DOXA

4

CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Índice

- Presentación
- El concepto de derechos humanos
  - Francisco Laporta - Sobre el concepto de derechos humanos
  - Antonio-Enrique Pérez Luño - Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)
  - Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero - A propósito del concepto de derechos humanos de Francisco Laporta
  - Francisco Laporta - Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero
  - Eugenio Bulygin - Sobre el status ontológico de los derechos humanos
- Racionalidad práctica y teoría de la argumentación
  - Letizia Gianformaggio - Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio
  - Aulis Aarnio - Sobre la ambigüedad semántica en a la interpretación jurídica
  - Ricardo A. Guibourg - El papel de la norma en la despersonalización del poder
  - León Olivé - Racionalidad y legitimación política
  - Ricardo Alberto Caracciolo - Racionalidad objetiva y racionalidad subjetiva
  - Martín D. Farrell - Acerca de algunas falacias de atingencia en la argumentación moral
  - Juan Antonio Garcia Amado - Tópica, Derecho y método jurídico
  - Manuel Atienza - Para una razonable definición de «razonable»
- Artículos
  - Ulises Schmill O. - El debate sobre Mitilene. Una interpretación
  - Roberto J. Vernengo - Relativismo ético y justificaciones morales
  - Pablo E. Navarro - Eficacia, tiempo y cumplimiento
  - Albert Calsamiglia - Eficacia y Derecho
  - Joaquín Herrera Flores - Reflexiones teóricas sobre el uso contemporáneo del derecho natural como método
- Notas
  - Gregorio Peces-Barba - Los deberes fundamentales
  - Javier Muguerza - Sobre el exceso de obediencia y otros excesos (anticipo)
  - Elías Díaz - Legitimidad y justicia: La constitución, zona de mediación
  - Javier de Lucas - Notas sobre libertad de expresión y democracia en la obra de Spinoza
  - Carlos S. Nino - El cuatrilema del consecuencialismo
  - Agustín Squella - Democracia e igualdad en América Latina
  - Roberto Bergalli - Argentina: cuestión militar y discurso jurídico del olvido
- Ernesto Garzón Valdés
  - Jorge Malem Seña - Ernesto Garzón Valdés: Apuntes biográficos y reseñas bibliográfica
  - Manel Atienza y Juan Ruiz Manero - Entrevista con Ernesto Garzón Valdés
- Bibliografía

- Josep Aguiló Regla y Francisco López Ruiz (coords.) - La filosofía del Derecho en España (1986)

NÚMERO DEDICADO A ERNESTO GARZÓN VALDÉS

P R E S E N T A C I Ó N

Este número 4 de DOXA -como el lector ya habrá advertido- está dedicado a Ernesto Garzón Valdés. Pertenece, por tanto, a la clase de los libros o números «homenaje», pero a la subclase -ciertamente menos extensa que la primera de los merecidos, por no decir de los supermerecidos. A ello se debe también su extraordinaria extensión. En principio, se había pensado en dedicar a Ernesto Garzón Valdés lo que se había concebido como un número «normal» de la revista. Luego, a lo largo de 1987, la redacción de DOXA ha ido recibiendo numerosos trabajos escritos expresamente como homenaje a su obra teórica y práctica, de manera que, al final, éstos constituyen la inmensa mayoría de éste, casi inmenso, número.

Ernesto Garzón Valdés ha sido y es un nexo fundamental entre tres comunidades de filósofos del Derecho (la española, la argentina y la alemana) y ha contribuido de manera esencial al desarrollo de la nueva filosofía del Derecho española, a la que esta revista pretende servir de órgano de expresión. Especialmente a lo largo de esta última década, ha desarrollado una intensa labor en nuestro país como conferenciante, como profesor invitado de diversas universidades, como introductor de nuevos temas en la filosofía del Derecho, de la moral y de la política, como impulsor de iniciativas culturales estre las que también se incluye la publicación de DOXA, y -por qué no decirlo- como maestro de una generación de filósofos del Derecho que no ha tenido a muchos. Garzón Valdés ha sabido desarrollar todas estas funciones con una soberana elegancia, como corresponde a su extraordinaria calidad personal e intelectual. No es éste, de todas formas, el lugar elegido para hablar de su trayectoria teórica y practica; el lector se encontrará con una sección de este número dedicada precisamente a ello.

La primera sección de este número recoge la polémica sobre el concepto de derechos humanos que se desarrolló en las X Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social, celebradas en diciembre de 1987 en Alicante. A la ponencia de Francisco Laporta (Sobre el concepto de derechos humanos) *le siguen las observaciones críticas dirigidas por Antonio E. Pérez Luño* (Concepto y concepción de los derechos humanos) *y por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero* (A propósito del concepto de derechos humanos de Francisco Laporta). *A continuación se publica la réplica a las mismas de Francisco Laporta. Finalmente, la sección se cierra con un artículo de Eugenio Bulygin, ajeno a la polémica, pero que incide sobre uno de los problemas planteados en la misma: el del status ontológico de los derechos humanos.*

En la segunda sección el lector puede encontrar una pluralidad de trabajos que abordan desde perspectivas distintas -e incluso relativamente heterogéneas- problemas vinculados con el concepto de racionalidad práctica y con la teoría de la argumentación. Se trata de los artículos de Letizia Gianformaggio (Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio), *Aulis Aarnio* (Sobre la ambigüedad semántica de la interpretación jurídica), *Ricardo A. Guibourg* (El papel de la norma en la despersonalización del poder),

León Olivé (Racionalidad y legitimación política), *Ricardo Caracciolo* (Racionalidad objetiva y racionalidad subjetiva), *Martín D. Farrell* (Acerca de algunas falacias de atingencia en la argumentación moral) *Juan Antonio García Amado* (Tópica, Derecho y método jurídico) *y Manuel Atienza* (Para una razonable definición de «razonable»).

La sección de artículos de tema libre comienza con un largo trabajo de Ulises Schmill en donde se plantea el problema de la justificación de la pena a partir del debate ateniense sobre el destino de los mitilenios. Le sigue un artículo de Roberto Vernengo (Relativismo ético y justificaciones morales) *que aborda uno de los problemas centrales de la reflexión iusfilosófica de Garzón Valdés: el de la necesidad (según Vernengo, más bien imposibilidad) de superar el relativismo ético. En el tercero de los trabajos de la sección* (Eficacia, tiempo y cumplimiento) *Pablo E. Navarro plantea esencialmente la conveniencia de distinguir dos conceptos de eficacia: eficacia como relación y eficacia como propiedad. El artículo de Albert Calsamiglia* (Eficiencia y Derecho), *que se publica a continuación, aborda también el problema de la eficacia del Derecho, pero desde el punto de vista del análisis económico. Finalmente, la sección se cierra con un extenso estudio de Joaquín Herrera Flores* (Reflexiones teóricas sobre el uso contemporáneo del Derecho natural como método).

En la sección de Notas se incluyen los trabajos de Gregorio Peces-Barba (Los deberes fundamentales), *Javier Muguerza* (Sobre el exceso de obediencia y otros excesos -un anticipo-), *Elías Díaz* (Legitimidad y justicia: la Constitución, zona de mediación), *Javier de Lucas* (Nota sobre libertad de expresión y democracia en la obra de Spinoza), *Carlos Nino* (El cuatrilema del consecuencialismo), *Agustín Squella* (Democracia e igualdad en América latina) *y Roberto Bergalli* (Argentina: Cuestión militar y discurso jurídico del olvido).

Tras la sección **Ernesto Garzón Valdés** *que se divide en dos apartados:* Ernesto Garzón Valdés: Apuntes biográficos y reseña bibliográfica, *del que es autor Jorge Malem y* Entrevista con Ernesto Garzón Valdés, *realizada por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, el número concluye con la habitual sección bibliográfica sobre la filosofía del Derecho en España (en esta ocasión se publica la correspondiente a 1986), coordinada por Josep Aguiló Regla y Francisco López Ruiz.*

EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

Empieza a detectarse en la literatura especializada una cierta alarma ante la creciente abundancia y no infrecuente ligereza de las apelaciones a *los derechos humanos*. No sólo se han multiplicado y diversificado hasta grados de concreción sorprendentes los venerables derechos del hombre y del ciudadano, sino que se dan por sentados derechos de contenido social y económico cada vez más minucioso y se anuncia todavía el nacimiento de una nueva «generación» de derechos relacionados con cosas tales como las nuevas tecnologías o la conservación del medio ambiente natural. Al mismo tiempo los teóricos más influyentes tienden a conferir a la idea de derechos humanos una particular fuerza justificatoria o motivacional, como si se tratara de 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.

La explicación remota de este trabajo, si es que ha de tener alguna, es que intuyo que ambas cosas tienden a ser incompatibles. Me parece razonable suponer que cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como, exigencia, y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente.

Para encarar esta y otras paradojas que amenazan a la idea de derechos humanos me parece necesario reabrir una indagación conceptual suficientemente rigurosa. Lo que voy a hacer, por consiguiente, a lo largo de estas páginas es ocuparme de las dificultades teóricas y las complejidades conceptuales que lleva consigo la noción misma de «derechos humanos», de forma que el sentido último de la investigación que aquí sólo se esboza podría ser el diseño de un test o banco de pruebas al que someter tal noción o alguno de sus más frecuentes usos con el objeto de ponderar el grado de precisión o sentido con que se nos presenta en sus múltiples apariciones en el discurso moral, político o jurídico. Aunque las cuestiones conceptuales se hallan siempre conectadas con los problemas de justificación y es quizás artificioso tratar de distinguirlas

demasiado tajantemente, me inclino a creer que tienen una cierta prioridad lógica sobre ellos, y por tanto concentraré la atención en ellas. La estructura del trabajo consta de dos partes. En primer lugar expondré muy sumariamente algunos problemas conceptuales que surgen en torno a la idea genérica de «tener derecho» o a las expresiones del tipo «A tiene derecho a X». Parece una obviedad que se olvida con cierta frecuencia que para hablar con fundamento de «derechos humanos» tenemos antes que saber hablar de «derechos» sin más. En segundo lugar me detendré más especialmente en analizar y presentar los problemas que plantea la idea de derechos humanos teniendo en cuenta los rasgos estructurales y formales que se le atribuyen o se le suponen cotidianamente, o que la noción misma parece demandar.

I

Nadie duda que la idea de «tener un derecho» o las expresiones del tipo «A tiene derecho a X» y similares encuentran su encaje adecuado dentro de un lenguaje normativo. Cual sea la posición que ocupen -o la postura que adopten- en ese lenguaje es cosa que trataremos de ver a continuación, pero es suficientemente aceptado que hablar de «derechos» sólo tiene un significado comprensible cuando se hace en el marco de lenguajes normativos. La pretensión de Hobbes y, en general, de la tradición seldeniana del siglo XVII inglés, de que se dan ciertos derechos *antes* de que existan normas, simplemente porque «tener derecho a X», parece ser, en ciertos casos, sinónimo de libertad en el sentido de ausencia de normas respecto de X, es un notorio error conceptual. Tal error consiste -como ya denunció Pufendorf en su día- en que la *ausencia* de normas por sí sola no atribuye un derecho sino cuando va acompañada de un deber para otros de abstenerse de interferir en las acciones emprendidas dentro del ámbito no regulado, es decir, cuando va acompañada de una *presencia* de normas. Como quiera que esta presencia de algún deber u obligación parece acompañar siempre a la exigencia de un derecho, ello supone que la noción de derecho ha de avecindarse, en efecto, en el mundo de los lenguajes normativos o en torno a ellos.

Ahora bien, si, por así decirlo, los derechos «pertenecen» a los lenguajes normativos es preciso preguntarse, aunque sea brevemente, por la naturaleza y componentes de esos lenguajes por si ello pudiera hacernos avanzar algo en el análisis de la noción de 'derecho'. Existe a este respecto una tendencia muy generalizada a concebir todo lenguaje normativo como un conjunto cuyos elementos son única y exclusivamente enunciados deónticos, es decir, enunciados

que contienen siempre al menos alguno de los típicos operadores deónticos ('Obligatorio', 'Prohibido', 'Permitido', etc...) e, incluso, que contienen prioritariamente el operador 'obligatorio'. Entre los juristas esto es particularmente intenso desde Kelsen. Pero nuestro problema es que si cedemos a ese uso -o abuso- entonces nos vemos abocados a tejer una estrategia argumentativa que tenga por objeto reducir las expresiones del tipo «A tiene derecho a X» a algunas de esas otras expresiones deónticas y en su caso a expresiones que incorporen el operador 'obligatorio'. De lo contrario los enunciados de 'derechos' sólo podrían lógicamente formar parte del conjunto normativo como segmentos o partes de otras expresiones. Esto nos lleva directamente a tener que mantener la llamada «tesis de la correlatividad» entre derechos y deberes en su sentido más fuerte. En ese sentido fuerte la tesis viene a decirnos que la expresión «tener un derecho» significa que otra u otras personas tienen un deber, es decir, que la noción de 'derecho' es reducible a una noción lógicamente más primitiva como es la de 'deber'. En cuyo caso el lenguaje de los derechos sería inútil por redundante. (Arnold, 1978).

En el plano lógico y conceptual la tesis de la correlatividad en sentido fuerte ha sido ya suficientemente discutida y objetada (p.e. Lyons, 1970, Feinberg, 1973, p. 61 y ss.) y no merece la pena detenerse en ella. Para lo que aquí interesa es más importante subrayar sus debilidades heurísticas en el plano de la explicación genética y de la justificación de enunciados normativos. En este plano la tesis otorga a los deberes u obligaciones una prioridad impertinente respecto a los derechos. De ella parece deducirse que el fundamento o la génesis de los derechos son las obligaciones que gravitan sobre otro u otros, o lo que es lo mismo, que A tiene un derecho *porque B tiene una obligación* (en su doble significado explicativo y justificatorio). Pero la idea usual que tenemos de lo que significa 'tener un derecho' es muy distinta. El lenguaje de los derechos parece tener una fuerza explicativa/justificatoria propia que se desarrolla en un sentido radicalmente contrario a esa descripción. Tal lenguaje suele llevar consigo la sugerencia fuerte de que el origen o el fundamento de esas obligaciones que se hacen gravitar en los demás es, precisamente, la previa existencia de mi derecho, o, lo que es lo mismo, que los demás tienen algún deber u obligación con respecto a mí *porque* (en su doble sentido) yo tengo previamente un derecho, y no al revés como acaba forzosamente por concluir la tesis fuerte de la correlatividad.

Tratar de reducir los 'derechos' a 'deberes' es, pues, una vía poco satisfactoria. Y aunque esto suscite por añadidura la nueva incógnita de la naturaleza de esa presunta «correlatividad» entre

los unos y los otros, sigamos de momento con la cuestión de si la imposibilidad de operar esa reducción nos obliga a extraer los derechos del ámbito de los lenguajes normativos. Afortunadamente tal cuestión tiene una clara respuesta negativa que puede fundarse en dos afirmaciones que no se excluyen entre sí: en primer lugar que no es necesario hacer equivaler la noción de 'norma' a la expresión de un enunciado deóntico arquetípico, como es el enunciado 'obligación', y, en segundo lugar, que no se requiere, para que un sistema tenga naturaleza normativa, que *todos* sus enunciados tengan esa naturaleza.

De hecho esto es algo que se ha asumido implícitamente en casi todas las teorías de los derechos. Siguiendo por ejemplo una línea de investigación que se inicia con Hohfeld se puede ver con cierta claridad. En el mundo de los sistemas normativos jurídicos Hohfeld identifica cuatro modalidades diferentes que funcionan en ese lenguaje jurídico como significados del término genérico 'derecho'. En una relación entre individuos A y B, el individuo A podría disponer, según el ordenamiento, de una *Acción* para exigir («Claim»), de un *Poder*, de una *Libertad* y de una *Inmunidad.* Según Hohfeld, el individuo B estaría «correlativamente» en situación de *Deber*, de *Sujeción*, de *No-derecho* y de *Incompetencia* respectivamente. Aunque Hohfeld mantuvo que 'derecho' en sentido estricto, y dentro de los sistemas jurídicos, sólo debería ser llamado el «claim-right», se ha considerado usualmente que su toxicomanía indicaba la existencia en esos sistemas de cuatro tipos básicos de 'derechos'. De acuerdo con ello y con el entendimiento que de ello se ha extendido, una «acción» sería un derecho; un poder normativo sería un derecho, una libertad sería un derecho y, por fin, una inmunidad sería un derecho.

Como vemos dentro de estas modalidades sólo una, la 'libertad', sería parafraseable en términos deónticos estrictos (como *permiso* fuerte o débil, con todos sus problemas). Las demás, es decir, 'claims', 'powers' e 'inmunities' no son definibles en términos de esa naturaleza. Algunas de las más conocidas teorías posteriores de los derechos, como la de Hart, también se desarrollan en un marco teórico parecido. Como es sabido, Hart afirma que los sistemas normativos -y en particular el sistema jurídico- están compuestos por dos tipos de «normas», unas «de conducta» (es decir, normas en el sentido lógico-deóntico estricto) y otras «secundarias» o de «competencia» sobre cuya naturaleza se viene discutiendo bastante. No creo mal interpretar a Hart si sugiero que en su teoría los 'derechos' son concebidos como expresión de normas 'secundarias' y, en concreto, como producto de «powerconferring rules» y no como expresión de normas de conducta,

porque lo que en su teoría distingue a los derechos especialmente es que en manos del titular se encuentra el *poder de* alterar el status del correlativo obligado. Al lado de esos derechos se encuentran los llamados «derechos-inmunidad», cuya elucidación conceptual puede hacerse también a través de la noción de «norma que confiere poder», porque la «inmunidad» no es sino un concepto parasitario del de «poder»: es simplemente la no-presencia de poder atribuido a alguien para modificar las normas que definen mi status legal. Y lo mismo o algo muy parecido podría afirmarse, por ejemplo, de la teoría de Feinberg, ya que, al identificar la noción de 'derecho' con la noción de 'pretensión', 'exigencia' o 'acción' («claim») evita que pueda ser definida en términos deónticos estrictos; para dar cuenta de ella tendremos, pues, que recurrir a un tipo de expresiones o «normas» diferentes de las clásicas.

Cualquiera que sea la razón por la cual se tienden a concebir los 'derechos' como algo distinto de, y no generado por, enunciados deónticos típicos, lo cierto es que el esquema hohfeldiano, que presupone esto, tiene hoy profundos defensores y ha sido perfeccionado y desarrollado con notable intensidad e interés hasta llegar a la identificación exhaustiva de las múltiples 'posiciones' legales posibles mediante un recurso sistemático a la lógica (Kanger, 1966, Lindahl, 1977, Makinson, 1986). Precisamente estos rigurosos desarrollos son los que me invitan a suscitar un problema general que va mucho más allá de esa suposición tan generalizada de que los derechos son en todo caso tipos muy particulares de normas y que, creo, puede abrir a nuestra consideración perspectivas nuevas al situar la noción de 'derecho' incluso más allá del mundo de las normas de competencia. El problema es el siguiente: Dejando a un lado la discusión interna, en el plano de la lógica, de estas aportaciones inspiradas en Hohfeld, quiero sugerir que se cimientan en un punto de partida bastante discutible: pueden incurrir en el error de confundir tipos de *derechos* con tipos de *protección normativa* que se dispensa a los derechos. O, dicho de otro modo, pueden confundir los derechos con las técnicas de protección de los derechos (Campbell, 1979, pág. 54 y ss.).

Lo que quiero sugerir es que los 'derechos' son *algo* que, por así decirlo, está *antes* que las acciones, pretensiones o exigencias, *antes* que los poderes normativos, *antes* que las libertades normativas y *antes* que las inmunidades de status. Se entienden mejor cuando se les concibe como el *título* (MacCloskey, 1965, 1976, Marshall, 1973) que subyace a todas esas técnicas de protección y a otras más, es decir, cuando se les concibe como el justificante de la puesta en marcha de tales técnicas. Sugiero que cuando usamos

la noción de 'derecho' no estamos haciendo referencia a ciertas normas primarias o secundarias de un cierto sistema normativo, sino a la razón (Raz, 1984) que se presenta como justificación de la existencia de tales normas. Es decir, que no es que tengamos 'derecho a X' porque se nos atribuya una acción o se nos reconozca una pretensión con respecto a X, sino que se nos atribuye tal acción y se nos reconoce tal pretensión *porque* tenemos o podríamos tener derecho a X; que no tenemos derechos sobre otro individuo B porque el sistema nos confiera un poder normativo sobre B, sino que nos confiere tal poder *porque* tenemos derecho sobre B; que no tenemos derecho a elegir entre diversos cursos de acción porque tengamos normas de libertad al respecto, sino que tenemos esa libertad normativa *porque* tenemos derecho a elegir; que no tenemos, en fin, derecho a mantener cierto status normativo porque los demás carezcan del poder de cambiar las normas que definen ese status, sino que éstos carecen del poder de cambiar esas normas *porque* tenemos derecho a tal status.

Si estas consideraciones son correctas nos llevan a suscitar algunas cuestiones que no carecen de interés. En primer lugar, y como tema más accesorio, cabría sugerir que esa confusión entre derechos y técnicas de protección de los derechos ha podido ser la causa de que se haya extendido tanto la idea de que los 'derechos' son componentes privativos de los sistemas jurídicos que no aparecen en otros sistemas normativos. Quizás la complejidad, la sofisticación o la eficacia de las técnicas de protección de los ordenamientos jurídicos, comparadas con las de otros sistemas normativos morales o sociales, hayan invitado a identificar apresuradamente ambas cosas. En particular los sistemas jurídicos disponen de mecanismos, como las acciones procesales y el reforzamiento institucional de sus normas, que pueden haber alimentado la sugestión de que sólo puede hablarse de 'derechos' cuando se dispone de los resortes necesarios para poner en marcha el aparato institucional de la fuerza. Pero esto, de acuerdo con mi propuesta, no es más que el producto de una confusión.

En segundo lugar parece que nos hemos encontrado con una 'entidad' que no esperábamos que viviera en los sistemas normativos. Además de sus prototípicos componentes-norma (normas-conducta y normas-poder) nos ha salido al paso *algo* que no es una norma ni parece el contenido de una norma, sino que está *antes* de esas normas, las cuales sólo operarían como vehículos de protección de esa *algo* que está *antes* que ellas. Una de las incitaciones de este descubrimiento es que pone una vez más de manifiesto que en los sistemas normativos complejos hay algunas cosas más de las que se suponen: podemos toparnos en ellos con definiciones,

con descripciones de estados de hecho, con juicios de valor, y con otras cosas, entre las que puede estar *eso* que buscamos. Indagar qué es ese algo que al parecer forma el núcleo de la noción de derechos tiene que ser una de las tareas de quien trata de analizar esa noción.

Y en tercer lugar parece que también se pone en tela de juicio la idea tan acríticamente asumida de que los sistemas normativos son equiparables a, o pueden presentarse adecuadamente como, sistemas deductivos. Nuestra sugerencia apunta a que entre algunos de los componentes de esos sistemas no sólo pueden darse relaciones lógico-deductivas sino que aparecen también relaciones justificatorias o instrumentales que pertenecen al mundo del razonamiento práctico y son imposibles de aprehender en los lazos formales del razonamiento lógico-deductivo.

Sin detenerme a desarrollar esas cuestiones sino simplemente teniéndolas en cuenta trataré de delinear brevemente una teoría de los derechos. En la jurisprudencia alemana tradicional que se ha ocupado del tema se ha distinguido desde hace mucho tiempo entre la teoría del interés y la teoría de la voluntad, mientras que en la jurisprudencia anglosajona se ha establecido una paralela distinción entre la teoría del beneficiario y las teorías de la elección. La teoría del interés alemana o la teoría inglesa del beneficiario tienen problemas propios que han sido señalados con frecuencia, pero tienen también la virtud de poner de manifiesto algo que tienden a olvidar las teorías de la voluntad o la elección. Me refiero a la dimensión de 'bien', 'satisfacción de interés', o 'beneficio' para el titular que parece llevar consigo muy marcadamente la noción de 'derecho'. Claro que ese 'bien' o 'satisfacción' no tiene por qué ser algo *empíricamente* constatable en todos los casos en que se atribuyen derechos: basta con que el sistema en cuestión considere que lo es o lo suponga aunque no lo experimente así el titular en la realidad. Pero lo cierto es que con la atribución de derechos los sistemas normativos buscan la satisfacción o la realización de algo *en interés* de la persona a la que se atribuyen (MacCormick, 1976, 1977); los derechos son, por así decirlo, la expresión de una especial consideración que los sistemas normativos atribuyen a ciertas situaciones o estados de cosas relativos a los individuos de una cierta clase. En realidad estas parecen ser siempre las dos dimensiones básicas de la noción de 'derecho': El valor especial que atribuye a un cierto estado de cosas como digno de protección y la adscripción 'individualizada' (en sentido amplio) de ese bien o beneficio y su protección.

Los sistemas normativos de una cierta complejidad, sean jurídicos, morales o sociales, contemplan tácita o expresamente algunas

posiciones, situaciones, estados de cosas o aspectos de ciertos individuos como algo valioso, como *bienes* que precisamente por su especial valor a los ojos del sistema normativo en cuestión constituyen razones, y suministran una justificación, para articular normativamente una protección específica para ellos. De entre todas las técnicas normativas que se utilizan para dispensar esa protección la más directa y sencilla es la creación de deberes y obligaciones sobre otro u otros individuos, y por eso es la que acompaña casi indefectiblemente al 'derecho', hasta el punto de que se ha asimilado a él de tal modo que puede parecer que es el propio derecho visto desde otra perspectiva, el mero «correlato» del derecho en los demás actores. Pero esto no es así, ni es sólo el 'deber' lo que acompaña siempre a un 'derecho'. Además de la creación de deberes la protección de los derechos se instrumenta confiriendo poderes al individuo, poniendo a su disposición acciones procesales (en el caso del sistema jurídico), concediendo inmunidades, etc... pudiendo de este modo configurarse un solo 'derecho' como la razón justificatoria de un universo muy complejo de enunciados normativos interrelacionados, a los cuales, el 'derecho' en cuestión no sólo «presenta» o sintetiza por economía del lenguaje, como pretendió Ross (Ross, 1961) sino que también explica y, sobre todo, *da sentido, justifíca*.

Naturalmente los 'derechos' han de ser razones de un cierto tipo. Y es plausible concebirlos, entre la amplia panoplia de razones que pueden configurar el razonamiento práctico (Raz, 1978) como 'bienes' relevantes, es decir, situaciones o estados de cosas a los que el sistema confiere una cierta importancia, un cierto valor, y de ahí la característica fuerza de «exigir» (Feinberg, 1970) que está presente en ellos. Porque la posición activa de exigencia potencial característica del titular de un derecho (a diferencia de la posición subordinada de quien es objeto de un acto de beneficencia) es el trasunto de la fuerza o la importancia especial que el sistema atribuye al bien o bienes que adscribe al individuo, del valor que da a los estados de cosas, circunstancias o situaciones que trata de proteger con esas técnicas normativas.

Y es, en particular, una exigencia jurídica, moral o social residenciada en *individuos*. No se adscribe en términos generales o impersonales como se hace con los deberes («se debe hacer X») sino que se atribuye a todos y *cada uno* de los integrantes de una clase (MacCormick, 1976, 1982) identificados mediante criterios que ponen de manifiesto esa individualidad. Naturalmente estos «individuos» pueden ser personas físicas o «personas» colectivas; incluso pueden ser colectividades («los pueblos», las naciones, etc...) aunque en este caso las dificultades conceptuales para medir el alcance

del 'derecho' suelen ser casi insuperables (MacKinson, 1987), pero siempre contemplamos alrededor de la noción de 'derecho' un conjunto de criterios explícitos o implícitos destinados a identificar al titular en tanto que «individuo» y no colectiva o impersonalmente. Cuando un enunciado que atribuye derechos dice, por ejemplo, «los comerciantes tienen derecho a...» o «los niños tienen derecho a...» no trata de decirnos que el colectivo de comerciantes o niños, como tal colectivo tenga unos derechos, sino que todos y cada uno de los individuos tales que sean 'comerciante' o 'niño' tiene ese derecho.

Con lo dicho hasta ahora en esbozo creo que es suficiente para presentar, mediante una disección analítica y a efectos meramente conceptuales una propuesta de noción de 'derecho', cuyos componentes aislados podrían ser los siguientes:

a) La adscripción a todos y cada uno de los miembros individuales de una clase de...

b) ...una posición, situación, aspecto, estados de cosas, etc...

c) ...que se considera por el sistema normativo un *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, la puesta a disposición de técnicas reclamatorias, etc...

Naturalmente esta propuesta de noción se refiere únicamente a lo que tomando a préstamo una distinción conocida (Raz, 1984) llamaré «derechos-núcleo» que son aquellos derechos «constituidos» por el sistema normativo, como diferenciables de los «derechos-derivados» que son aquellos que se pueden considerar «implicados» por los «derechos-núcleo» y que, por tanto, son susceptibles de ser obtenidos deductivamente a partir de éstos. Todo sistema normativo que crea un derecho iniciará así con ello una cadena de derechos derivados.

II

No ignoro que muchos de los puntos de vista que con cierto apresuramiento he mantenido en la sección anterior son altamente controversibles. Sirvan por ello solamente para invitar a la discusión. Uno de esos puntos de vista, no obstante, debe ser subrayado. He considerado deliberadamente que la idea de «tener un derecho» puede hallarse en *cualquier* sistema normativo dotado de un cierto grado de complejidad interna. Con ello trato de diferenciarme conscientemente de la actitud de quienes mantienen que

sólo puede hablarse de ‘derechos’ en el marco del sistema jurídico. Si lo hago así es porque, en general, no veo argumento alguno que demuestre convincentemente que la categoría normativa «derecho a...» sea una exclusiva de los lenguajes jurídicos, al igual que no lo es ninguna otra categoría normativa, como ‘deber’, ‘obligación’, ‘prohibición’, ‘facultad’, ‘permiso’, etc. (Páramo, 1987) pero más en particular lo hago porque si no se parte de esa perspectiva la idea de ‘derechos humanos’ tal y como se concibe usualmente encuentra un obstáculo teórico insalvable. Para ocuparme de éste y de otros aspectos de la idea de ‘derechos humanos’ voy a tratar de analizar las más típicas características formales que se suelen adscribir a ellos en el lenguaje ético, jurídico y político sobre el telón de fondo de la idea genérica de «tener un derecho...» que antes he ofrecido.

1.-El primero de los rasgos formales que se predican de los derechos humanos es la *universalidad.* Naturalmente ello no puede hacer alusión a un simple predicado lógico-formal porque entonces sería irrelevante. La «universalidad» como predicado de los derechos humanos hace usualmente referencia a los titulares de esos derechos y reviste una significación material o de contenido con respecto a ellos. Lo que trata es de determinar materialmente a los sujetos a quien se adscriben tales derechos. Y el rasgo de ‘universalidad’ significa que los derechos humanos se adscriben a *todos* los seres humanos. Mientras que la universalidad puramente lógica admite incluir en el enunciado universal cualquier circunstancia del caso, condición del sujeto y características del contexto (Por ejemplo: «Para *todo* X, tal que X esté en la circunstancia A, cumpla la condición B y viva en el contexto C, X tiene derecho a...»), la universalidad que es rasgo propio de los derechos humanos exige precisamente que se haga caso omiso de esas circunstancias, condiciones y contextos porque tales derechos tienen vocación de ser adscritos a *todos* al margen de ellas. Basta, al parecer, que se cumpla con el requisito mínimo de ser «ser humano» para que tales derechos le sean adscritos («Para todo X, tal que X sea «ser humano» (cualquiera que sea su contexto y circunstancia), X tiene derecho a...»).

La primera consideración que esto sugiere es que si admitimos el rasgo de universalidad entonces tenemos que sacar los derechos humanos fuera del ámbito del sistema jurídico positivo. Porque, en efecto, no hablamos de unos derechos que unos tienen y otros no tienen en función del sistema jurídico en que vivan. Hay una imposibilidad conceptual de afirmar simultáneamente que los derechos humanos son universales y que son producto del orden jurídico positivo, porque la condición de sujeto de un sistema jurídico

excluye la noción de universalidad de que estamos hablando. A no ser, claro está, que estemos dispuestos a argumentar la existencia de un sistema jurídico positivo cuyas normas sean universales en ese sentido. Por lo que a mí respecta tal empresa parece imposible.

Parece por ello menos controvertible que ubiquemos a los derechos humanos en el ámbito de la ética, como «derechos morales» y no como «derechos legales». Esto, naturalmente plantea a su vez un conjunto de problemas propios relativos a la dicotomía moralidad positiva/moralidad crítica, pero no voy a ocuparme de ellos aquí (Nino, 1984). Lo que me interesa ahora es presentar algunas consecuencias que para la noción de 'derechos humanos' en sentido moral tiene el rasgo de 'universalidad' que se predica de ellos.

En primer lugar es interesante recordar que la construcción de la noción de 'derecho' en la teoría moral predominante ha tendido a fijar el origen genético (y la justificación) de la atribución de derechos en el juego de algunas instituciones morales o en la ocupación de «posiciones» en el esquema ético-social. Se ha pensado de ordinario que los derechos morales eran atribuidos a aquellos individuos que interactuaban en el marco de una institución y de acuerdo con sus pautas. El caso de la promesa es de ese tipo. Un individuo realizaba una promesa en favor de otros y, por el juego mismo de la institución de la promesa, estos últimos se veían investidos de derechos morales frente a aquel. También es posible, de acuerdo con esa teoría, atribuir derechos morales en ciertas situaciones típicas que, para emplear un término tomado a préstamo de la sociología, podrían denominarse «situaciones de rol». El caso del «padre» respecto de los hijos es típico al respecto. Por el hecho de ocupar la «posición» o de jugar el «rol» de padre o de hijo se le adscribían a uno ciertos derechos morales. En todo caso la teoría ética no tenía previsto el nacimiento o la justificación de «derechos» sino en esas típicas situaciones institucionales o posicionales. Sin embargo con la aparición de un derecho moral que es calificado de «universal» en el sentido antes precisado, parece que nos vemos forzados a emancipar la idea de derecho moral de sus condicionamientos institucionales o de sus condicionamientos de «rol», es decir, nos vemos obligados a *descontextualiz*ar la idea de derecho moral, a desvincularla de las instituciones éticas concretas que funcionan en una moralidad positiva o que son propuestas por una moralidad crítica. Y ello porque la noción de «universalidad» implica por sí misma el hacer caso omiso de instituciones y roles para poder adscribir los derechos morales a *todos* al margen de su circunstancia vivencial o contextual.

Sin tratar de sacar las cosas de su razonable quicio, y suponiendo que la teoría usual de los derechos morales acertaba en su descripción/justificación de los mismos, la expansión actual de la idea de derechos morales *universales* puede ser un indicio de una cierta mutación de la moralidad positiva, muestra de la fuerza expansiva (Singer, 1983) de la ética. El paso de una concepción de los derechos morales como algo necesariamente «contextualizado» a una concepción de los derechos morales liberada de ataduras institucionales previas significa necesariamente un avance en el camino hacia el reconocimiento práctico de todos los seres humanos como agentes morales, y ello lleva implícito seguramente el que podamos estar asistiendo al principio de una paulatina superación de las moralidades positivas «locales» en favor de una ética común y general, de un «código» realmente impersonal de acción moral.

Ahora bien, si los derechos humanos son esos derechos morales universales ensayemos definirlos con arreglo al esquema de la noción de 'derecho' que antes se ha aventurado. Tenemos entonces que pensar en lo siguiente:

a) Para todos y cada uno de los miembros individuales *de la clase «ser humano»*...

b) ...una posición, situación, aspecto, estado de cosas, etc...

c) ...que se considera moralmente un bien tal que constituya una razón fuerte...

d) para articular una protección normativa en su favor...

Pero para pensar en un estado de cosas que pueda ser predicado de todos y cada uno de los miembros de la clase «ser humano» es forzoso hacer abstracción de los rasgos experienciales o de los contextos vitales concretos de los miembros individuales de esa clase, pues de lo contrario sería imposible pensar que tal estado de cosas es realmente «universal». ¿Qué rasgo o posición o situación a aspecto o estado de cosas puede ser predicado del «ser humano» al margen de su contexto empírico individual? Éste es problema básico de la teoría de los derechos humanos: Al tener que prescindir de la circunstancia empírica de los individuos en virtud de ese rasgo de universalidad se ve obligado a diseñar los derechos en términos de una gran abstracción, porque un catálogo excesivamente minucioso y concreto corre el peligro inmediato de ser inaplicable en determinados contextos culturales.

Baste con esto para dejar abierta la cuestión de la identificación de los rasgos o situaciones comunes a todos los seres humanos que han de servir de base a la teoría de los derechos humanos. Veamos ahora un nuevo frente de problemas también relativo a la 'universalidad'

que se postula de esos derechos. Surge de que, necesariamente, tal 'universalidad' tiene que gravitar también sobre los destinatarios de las obligaciones o deberes implicados en los derechos humanos (Nelson, 198l). Y es, también, un corolario de esa «descontextualización» que fuerza dicha 'universalidad'. Un derecho moral originado en el 'rol' de un individuo o en una institución implica obligaciones para los integrantes del escenario en que se desarrolla, pero un derecho moral «sin escenario» es una demanda frente a cualquiera. Por ello lo característico de los derechos humanos es fundamentar la presencia de obligaciones *generales* y no tanto de obligaciones especiales, es decir, de obligaciones de todos y no tanto de obligaciones meramente posicionales. Pero esto merece una reflexión ulterior.

Suelen diferenciarse las obligaciones en 'generales' (cuando gravitan sobre todos) y 'especiales' (cuando gravitan sobre determinadas personas, por lo común integradas en un marco institucional). Cada uno de estos dos tipos se subdivide a su vez en positivas y negativas: Las negativas son obligaciones de no hacer, de omitir. Las positivas son obligaciones de hacer, de realizar una acción. Pues bien, cuando los derechos humanos se postulan a sí mismos como unidos a obligaciones predominantemente generales u obligaciones para 'todos', se ha venido entendiendo esto en el sentido de obligaciones generales negativas. Respecto a las obligaciones especiales, y particularmente aquellas que se originan en el seno de la institución política, se ha aceptado que pueden ser tanto negativas como positivas. El resultado de todo ello es el siguiente: Los derechos humanos fundamentarían los siguientes tipos de obligaciones: 1.-Generales negativas, en el sentido de que *todos* estamos obligados a *abstenernos* de actuar de forma que lesione los bienes constitutivos del derecho humano en cuestión (p.e. obligación de abstenerse de poner en peligro las vida de los seres humanos). 2.-Especiales negativas, en el sentido de que los miembros de las instituciones políticas y jurídicas deben abstenerse de realizar ciertas conductas (p.e. interferir en la libre expresión de las ideas) y 3.-Especiales positivas, en el sentido de que los miembros de tales instituciones deben llevar a cabo acciones positivas de protección de ciertos bienes constitutivos de derechos humanos (p.e. promocionar la educación de los ciudadanos mediante la enseñanza obligatoria, o, por parte del ciudadano, pagar ciertos impuestos redistributivos). La historia de los derechos humanos podría también expresarse como la historia de los sucesivos pasos de una relación bien-obligación a otra u otras. Hoy en día parece que el foco básico de discusión en la dialéctica política es la fundamentación de las obligaciones 'especiales' 'positivas'. Es

decir, la fundamentación de la obligación institucional del Estado de promover positivamente bienes del individuo. De entre los derechos humanos, los llamados 'derechos económicos, sociales y culturales' serían el modelo básico de inspiración de esta posición, y, como es sabido, hoy están sometidos a un fuerte debate teórico. Pues bien, lo sorprendente no es que se debata esto, sino que se dé por cancelada la trayectoria de los derechos humanos en ese estudio. La verdad es, más bien, que la lógica interna de los derechos humanos demanda la existencia de obligaciones generales positivas (Garzón Valdés, 1987), es decir, de obligaciones de *todos* (y no sólo institucionales) de llevar a cabo acciones positivas para la realización y protección de los bienes constitutivos de los derechos básicos. Esto es de una importancia fundamental, porque, a partir de un rasgo estructural de la idea de derecho humano, como es su 'universalidad' respecto de los obligados, podemos entrever la decisiva mutación de la ética que esta noción puede llevar consigo: se trata del paso de la solidaridad basada en pautas de 'caridad' a la solidaridad en pautas de exigencia ética fuerte, o, para usar la terminología del Mill, del paso de una ética de la 'beneficencia' a la ética de la 'justicia' (Melden, 1970).

Ahora bien, esto significa que todos y cada uno tendríamos un deber fuerte de colaborar *activamente* en la protección de los bienes y la satisfacción de la exigencias que forman el núcleo de los derechos básicos de los demás, y ese deber plantea muchos problemas. Igual que todos debemos *abstenernos* de interferir lesivamente en ellos, igual que el Estado debe abstenerse de hacerlo y debe procurar que todos nos abstengamos, el Estado debe actuar positivamente para la realización de esos derechos y, a menos que nos detengamos caprichosamente ante las consecuencias implícitas en la noción de derechos humanos, todos debemos *actuar* positivamente para la realización de esos derechos en los otros. ¿Estamos seguros de que puede, entonces, seguir ampliándose ilimitadamente el catálogo de derechos humanos? ¿Estamos seguros de que puede seguir postulándose su fuerza especial?

2.-El segundo rasgo formal de la noción de derechos humanos que quiero analizar es su presunto carácter de «*absolutos*». Esta idea hace una directa referencia a lo que en términos generales se ha llamado su «importancia» (Edel, 197 l). Y lo que late bajo esa condición de «absoluto» o de «importante» de cualquier derecho humano es la idea de «fuerza», de exigencia moral fuerte o, como dice Richards: el carácter «urgente, exigente e intransigente de los derechos humanos» (Richards, 1981).

¿En qué consiste esa urgencia o intransigencia, esa fuerza particular, que parecen llevar consigo los derechos humanos? Afirmar

que consiste en la fuerza que tienen las obligaciones que los protegen es incurrir nuevamente en la vieja trampa de la «correlatividad», es decir, concebir a los derechos como «consecuentes» axiológicos de aquellas obligaciones. Pero los derechos humanos son el tipo de exigencia 'fuerte' que son, no *porque* sus obligaciones reflejas lo sean, sino que al contrario, las obligaciones son fuertes precisamente *porque* los derechos humanos llevan en sí una fuerza «constitutiva» (Wassestrom, 1979). Y si esa fuerza no deriva del componente obligación ha de derivar necesariamente del otro componente de nuestra argumentación, es decir, del *bien*, de la valoración cualificada de la situación o estado de cosas que trata de protegerse con esa técnica.

Efectivamente, creo que los derechos humanos pretenden obtener su fuerza característica de que son la expresión de bienes de particular relevancia para los seres humanos. «Los derechos humanos son,..., afirmaciones de intereses o necesidades básicas» (Benn, Hierro, 1982). La cuestión es determinar cuáles son esos intereses o necesidades cuya satisfacción es un bien caracterizado como básico de modo tan rotundo. Se ha escrito, por ejemplo, que «los derechos humanos representan esas mínimas condiciones bajo las que los seres humanos pueden prosperar (*flourish*) y que deben ser aseguradas para ellos, si es necesario, con la fuerza» (Kleinig, 1978). Lo que me interesa de esa definición por aproximación es bucear un poco en esa apelación a la fuerza que contiene y que, por cierto, no es única en la teoría (Hart, 1962). Desde los orígenes mismos de la teoría de los «derechos naturales» en el siglo XVII se puede registrar como una constante una cierta aceptación de la utilización de la violencia como algo moralmente justificado cuando se produce para proteger esos «derechos naturales». Hugo Grocio ya había mantenido la existencia en el estado de naturaleza de un «derecho natural a castigar» consistente en la justificación del empleo individual de la fuerza para defender los derechos naturales. Locke es, por supuesto, el teórico más conocido de esa justificación, por no hablar de Hobbes. Hasta el propio Kant asume de algún modo que la presencia de la fuerza que acompaña al Derecho tiene su fundamento en la protección de los derechos innatos. Si esa intuición que cruza los orígenes de la tradición moderna de los derechos humanos es correcta, entonces estamos en presencia de unos bienes personales tales que, en determinadas condiciones, el uso de la violencia para protegerlos está moralmente justificado. Ese puede ser el origen de su fuerza. Esto sugiere al pronto dos reflexiones interesantes. Una hace referencia a la significación misma de los derechos humanos respecto del sistema jurídico. Si de acuerdo con esos autores los individuos en

el estado de naturaleza pueden emplear la violencia privada para proteger sus derechos y tales autores concuerdan a su vez en que, tras el pacto, los individuos pierden esos derechos, entonces el contenido de ese pacto, el objeto del «contrato» es el ejercicio de la violencia, y como dicho pacto es la constitución misma del orden legal, entonces el orden legal aparece como la creación de un gran depósito de violencia a partir de las violencias privadas de todos y cada uno de los pactantes. Pero, siempre de acuerdo con esa tradición, ese depósito de violencia pública tiene como explicación genética o como justificación la protección de los derechos naturales. Parece entonces que en la tradición teórica en que se originan los derechos humanos el Estado es concebido como el garante típico de los derechos en virtud de su titularidad del monopolio de la fuerza y aquí viene la reflexión: Sugiero que ha sido la aceptación acrítica de esta tradición la que puede haber determinado la expansión de la idea «legalista» de los derechos humanos, es decir, de aquella idea que mantiene que sólo puede hablarse de derechos humanos cuando estamos en presencia de un dispositivo estatal-legal de protección institucionalizada de tales derechos. Pero lo que tratan de transmitirnos los primeros teóricos de los derechos humanos no es esto, sino precisamente lo contrario, es decir, tratan de sugerir fuertemente que cuando estamos en presencia de derechos humanos o naturales es *cuando* el funcionamiento de un aparato institucional de violencia como es el sistema jurídico recupera su justificación cabal.

La segunda reflexión que propondría tiene más que ver con el hilo de la argumentación que antes perseguíamos. Podría concretarse en la pregunta siguiente: ¿Podríamos usar el criterio de la legitimidad de la violencia privada en la protección de los derechos para identificar aquellos derechos que realmente consideramos básicos? La idea es que la consideración de algunos derechos como algo tan fundamental, como la expresión de los escalones más importantes del sistema ético o político, ha venido tradicionalmente unida a una cierta justificación de la violencia, de la fuerza física, como protección última de estos derechos. Usualmente esa fuerza física justificada viene administrada por el aparato institucional del Estado, pero no faltan desgraciadamente Estados ni legislaciones que en lugar de poner la fuerza al servicio de los derechos la ponen precisamente en su contra. En tales supuestos pudiera pensarse que la utilización privada de la violencia para defenderlos estaría justificada siempre que no supusiera, por ejemplo, la violación de un derecho equivalente de otro individuo. Pero aquí aparece todo un mundo de problemas relacionados con ese carácter de *absolutos* que se suele postular de los derechos humanos.

El *tipo* de las exigencias «morales» suele considerarse por definición como un tipo de exigencias *últimas* respecto de otros tipos de exigencias, como las de la prudencia o las jurídicas. Ello quiere decir que si entran en conflicto unas con otras las demandas morales se superponen a las demás. Pero ello, claro está, no significa que *dentro* del discurso moral no existan supuestos de contradicción de exigencias, conflictos de demandas o «dilemas morales».Para todos es evidente que hay circunstancias en la vida individual, social, profesional, política, etc... en las que es preciso optar entre dos alternativas incompatibles que transportan ambas una exigencia moral (Berlin, 1974). Hay autores, sin embargo, que mantienen que ello es simplemente una 'apariencia' porque un análisis riguroso de la situación, llevado a cabo en términos racionales, nos llevaría siempre a ordenar las decisiones por su fuerza moral (Hare, 1981). Otros, en cambio, mantienen a pesar de todo que el conflicto moral puede ser inevitable e insoluble (Williams, 198l). Cualquiera que sea la posición que adoptemos al respecto, lo que no cabe duda es que *no* todas las pautas, reglas, preceptos, normas,... morales se hallan en un mismo plano. Podemos encontrar un dilema último, pero en términos generales la mecánica de jerarquización de pautas morales arrojará como resultado que ciertas reglas o normas se imponen a otras, desplazándolas. Cuando decimos que los derechos humanos son derechos 'absolutos' lo que queremos decir es, precisamente, que se trata de requerimientos morales que, caso de entrar en conflicto con otros requerimientos morales, los desplazan y anulan, quedando ellos como la exigencia moral que hay que satisfacer. Y queremos decir que los desplazan y anulan *en todo caso.* Este es el problema.

Alan Gewirth, por ejemplo, escribe: «Un derecho es *absoluto* cuando no puede ser desplazado en ninguna circunstancia de forma tal que nunca puede ser infringido justificadamente y debe ser satisfecho sin ninguna excepción» (Gewirth, 1982). Al margen de la terminología especialmente matizada y especializada que utiliza Gewirth o de la concepción de los derechos como absolutos que pueda tener algún otro autor moderno (Finnis, 1980), y al margen, incluso de las listas de derechos o de los derechos concretos que tales autores o cualquier otro consideren como derechos absolutos, el problema que se plantea es el de las consecuencias lógicas que empiezan a atisbarse cuando a los caracteres o rasgos formales de que venimos hablando se añade éste. Si supusiéramos que hay un derecho *humano absoluto* tendríamos que suponer, por el rasgo de universalidad, que a *todo* individuo le es adscribible ese derecho. Si tal derecho es tan fuerte que la utilización de la violencia para protegerlo está justificada, imaginemos una situación

en que la satisfacción de *ese* derecho para *todos* los individuos fuera imposible, porque atender el derecho de alguno o algunos suponga necesariamente infringir ese mismo derecho en otros. Si esta situación se produjera y los derechos fueran «absolutos» nos encontraríamos en una situación de justificación generalizada de la violencia, es decir, tendríamos que considerar éticamente aceptable que se resolviera el dilema moral por la vía de la fuerza. Pero esto naturalmente nos habría expulsado «ipso facto» del reino de la moral.

La cuestión sin embargo no es tan grave, porque aunque en el mundo de la retórica política se pueda eventualmente encontrar alguna afirmación tajante sobre el carácter de absolutos de los derechos humanos, la mayoría de los teóricos mantienen que se trata de «derechos prima facie». Como les supongo a ustedes informados de los vericuetos de esta disputada calificación les ahorraré entrar en ello. Supongamos que se acepta que un derecho humano «prima facie» es una exigencia moral que en términos generales es vinculante, desplaza a otras exigencias morales y sólo excepcionalmente tiene que plegarse ante demandas morales muy específicas y delimitadas. Esto nos pone frente a una cuestión nueva: ¿Cuáles son las exigencias que los derechos humanos desplazan y cuáles las excepciones en que se ven desplazados? La respuesta a esta cuestión es, decididamente, lo que nos puede iluminar sobre la «fuerza» de esos derechos.

A partir de la teoría ética de John Rawls la idea de derechos básicos ha sido caracterizada como algo que no es susceptible de 'negociación' o 'regateo'. ¿Qué quiere ello decir? Pues en términos generales, que los derechos son enunciados morales incomparables con todos aquellos otros enunciados morales que no atribuyen derechos; es decir, que no pueden ser puestos en una balanza para ser contrapesados, y eventualmente desplazados, por consideraciones que no incorporen derechos, aunque sean considerados morales. Una expresión muy actual de esto es el enfrentamiento de los teóricos de los 'derechos' con los teóricos del 'utilitarismo'. Dworkin, uno de esos paladines, define incluso los derechos en términos de ese enfrentamiento: «Si alguien tiene un derecho a algo entonces es incorrecto que el gobierno se lo deniegue incluso aunque fuera de interés general hacerlo»(Dworkin, 1978, 269). A lo que ello apunta es a sugerir que puede haber un conflicto moral entre un derecho básico individual y medidas de 'interés general' o de 'utilidad general', que puede haber un conflicto moral entre un derecho básico y una decisión política tomada por una mayoría impecablemente democrática; que puede haber un conflicto entre un derecho básico y una directriz de 'bienestar general' (Lyons,

1979). Pues bien, la idea que sugiere la 'no negociabilidad' de los derechos básicos es que en tales conflictos los derechos desplazan al resto de las consideraciones en cuestión. En realidad lo que parecen querer subrayar estos teóricos es que los enunciados morales que describen y atribuyen derechos son requerimientos más fuertes que los demás enunciados morales y que, por tanto, en caso de conflicto, los desplazan necesariamente. Otra cosa, en la que aquí no puedo entrar, es si la diferencia entre unos y otros tipos de enunciados es siempre tan clara que permita estas distinciones tan tajantes.

Por tanto a la pregunta que hemos hecho sobre cuáles eran las excepciones que, en caso de conflicto, determinaban el desplazamiento de los derechos humanos, podría dársele una respuesta: las excepciones son los propios derechos humanos. Sólo cuando nos encontramos frente a un conflicto de derechos humanos cabe pensar en el desplazamiento *justificado* de uno de ellos en favor del otro. Y esto es, en definitiva, lo que viene a significar la expresión *absoluto* o «prima facie» aplicada a la noción de derechos humanos. Se dice que los derechos humanos son absolutos (significando en realidad que son 'prima facie') porque en caso de conflicto con demandas morales colectivas o con demandas individuales no constitutivas de derechos, logran imponerse a ambas, desplazándolas. O, dicho de otro modo, los derechos humanos son concebidos como los requerimientos morales más fuertes que se dan en el discurso moral y, por tanto, sólo pueden ser desplazados por requerimientos morales equivalentes en conflicto con ellos, es decir, por otros derechos humanos. Los pormenores de este desplazamiento son de una gran complejidad y, seguramente, incluyen ponderación de circunstancias, contexto, etc... pero no puedo ocuparme de ellos en este trabajo general.

De lo que sí me interesa ocuparme es de una consecuencia particularmente sorprendente que se deriva de mantener esta posición tan fuerte: que la Declaración Universal de las Naciones Unidas o la Convención Europea, por poner dos ejemplos, *no hablan* realmente de derechos humanos, o, si se prefiere, hablan pomposamente de ellos para desvirtuarlos a continuación. La Declaración de la ONU porque su artículo 29.2 somete los derechos a limitaciones derivadas de las «justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de la sociedad». La Convención Europea, especialmente, porque pone grandes cortapisas a la mayoría de los derechos (por ejemplo, la libertad de expresión «limita» con la seguridad nacional, la defensa del orden, la protección de la moral, etc...). Y todas aquellas Constituciones y declaraciones que incluyan cláusulas similares no parecen ajustarse a ese esquema

teórico que atribuye una fuerza tan singular a los derechos humanos. Quizá porque al ser catálogos demasiados amplios pierden la posibilidad de ser muy intensos, y cuando se quiere subrayar su intensidad tropiezan en la realidad con dilemas morales intrincados.

3. -La tercera característica general o rasgo formal que se predica de los derechos humanos es que son *inalienables.* Y respecto a ella la confusión teórica no es menor que en los casos anteriores. Esa confusión se produce en este caso básicamente porque algunos de los estudiosos que se han ocupado del tema de la inalienabilidad de los derechos básicos la han confundido lamentablemente con la idea de derechos 'absolutos' y con la idea derechos 'universales'. En efecto, para la mayoría de los que se han ocupado del tema, 'inalienable' quiere decir básicamente que 'no puede ser arrebatado o sustraído de la persona de su titular', y los derechos eran o pretendían ser inalienables porque *todos* sin excepción eran titulares de ellos (y por lo tanto *nadie* podía ser privado de ellos) y porque eran exigencias morales tan fuertes que se resistían con éxito a ser ignoradas. Pero esos dos rasgos tienen que ver sobre todo con el carácter universal y absoluto, y no con la idea de inalienabilidad en sentido estricto. Y esto no es, creo, un simple juego de definiciones estipulativas sino que tiene profundas raíces históricas.

Cuando Grocio diseña el paso del 'estado de naturaleza' a la 'sociedad civil' se plantea, iniciando una tradición que será legendaria, el problema de qué derechos naturales 'renuncian' los individuos al entrar en tal sociedad. Para él no cabe duda de que los individuos renuncian al derecho natural de autodefensa o derecho natural a castigar, pero sitúa el problema en el marco más amplio de la renuncia a la libertad (Tuck, 1979 pp. 77 y ss.). Y desde esa perspectiva la cuestión es más problemática. En efecto, si el mecanismo de paso a la sociedad civil es un acto voluntario y libre de los individuos naturales, cabe pensar en dos posibles modos de realizar ese paso: renunciando a *todos* los derechos naturales, o renunciando sólo a *algunos* derechos naturales. La disyuntiva, como es sabido, es importante porque de ella arrancan dos teorías de los derechos de significado contrario: la teoría conservadora y absolutista dará paso al Estado omnipotente sobre un individuo sin derechos frente a él; la otra, progresista y liberal, se expresará en el diseño de un Estado con el poder limitado por derechos morales anteriores a él.

Esta ilustración histórica sirve para iluminar el terreno al que se refiere el problema de la 'inalienabilidad', que, a través de Locke, va a pasar a la tradición americana de los derechos naturales.

Se trata del problema de la 'renunciabilidad' de ciertos derechos por parte de sus propios titulares, y ya en el mismo Grocio hay una fuerte inclinación a dar una interpretación especial de la idea del pacto. Lo que Grocio viene a sugerir es que, aun cuando lógicamente pueda pensarse en una posibilidad de renuncia absoluta en la misma noción de pacto voluntario y libre, no puede sino elegirse la interpretación suave, o como se la ha llamado usando una idea de Quine, la interpretación caritativa de que los individuos no podían hacer semejante barbaridad. Si aceptáramos lo primero la idea de esclavitud vendría a poder ser justificada por una teoría de los derechos naturales. No podemos, por tanto, interpretar el pacto de esa manera. Y de ahí surge el tema de la inalienabilidad de los derechos básicos: su formulación significa que no podemos pensar en ellos como algo que pueda ser renunciado por la propia voluntad del titular. Lo que los teóricos americanos querían hacer era establecer una restricción absoluta a la idea de consentir en ser privados de un derecho básico. Pensaban, por el contrario, que no podría nunca hablarse de derechos en ese sentido si un acto individual de consentimiento supusiera su desaparición (B. A. Richards, 1969). Y esto no puede identificarse, como apresuradamente se ha hecho, con la idea de que los derechos humanos no puedan ser desplazados justificadamente.

El problema aquí es cómo expresar la idea de que los derechos humanos son irrenunciables hasta por su propios titulares. Y creo que ello puede hacerse desde el punto de vista de la moral. La idea base es que «la aserción de un derecho es incomparable con el consentimiento moral a la negación de ese derecho», que «los hombres tienen esos derechos incluso si no los comprenden o no los esgrimen», que «un hombre, por miedo o por ignorancia, puede aceptar o someterse a una violación, pero no puede entenderse que ha consentido moralmente a ello» (Brown, 1965). Me parece que la idea de que 'no puede entenderse' que se ha consentido podría ser interpretada como una nueva versión de la «interpretative charity» a la hora de 'suponer' cómo se comportan los hombres. Pero tal suposición no trata sino de expresar la 'irrenunciabilidad' moral de los derechos. 'Inalienable' quiere decir estrictamente que 'no puede ser renunciado'. Y la idea de 'no poder' en sentido moral no es sino la idea de 'obligación moral de no hacer' o, si se prefiere acudir a otra técnica normativa, la idea de «inmunidad» respecto al propio status moral. Al hablar de 'universalidad' hemos visto cómo un derechos humano suponía la afirmación de un 'bien' de tal importancia para el individuo que ello constituía una razón suficiente para imponer obligaciones en todos los demás. Pues bien me parece que podría interpretarse la noción de 'inalienabilidad'

como la aplicación de la técnica normativa de la obligación o de la inmunidad al propio titular del derecho. Igual que todos tienen la obligación de respetar el derecho de cada uno o carecen de la facultad de alterar ese derecho, el propio titular está obligado a respetar sus propios derechos o está inmunizado normativamente frente a sí mismo.

Esta argumentación parece extraña a la tradición usual de vincular los derechos humanos, al menos en sus orígenes, con la idea de libertad, es decir, parece extraña a la tradición liberal. Pero es que la tradición teórica liberal, al menos en sus versiones más corrientes, me parece sustancialmente incorrecta. Y ello porque no hay libertad para tener o no tener derechos básicos, aunque algunos derechos básicos consistan en tener una libertad. La libertad, en este caso, atañe al ejercicio de los derechos pero no a su titularidad que es, en todo caso, impuesta al individuo (van de Veer, 1980). Los derechos humanos, en tanto en cuanto son «inalienables», se le adscriben al individuo al margen de su consentimiento, o contra él, y se le inmuniza moralmente incluso frente a su propia voluntad. Ello quiere decir que esos «bienes» cuya importancia es tal que suministran razones suficientes para una protección normativa tan relevante le son atribuídos a cada uno ineludiblemente. Y ello abona mi sospecha de que el ampliar más y más los catálogos de derechos humanos es incompatible con la mayoría de los rasgos que se predican de ellos.

Si pensamos, para concluir, 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 ineludible 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, o, para utilizar un lenguaje kantianizado, de las condiciones de posibilidad del mundo moral. 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.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Salvo mención expresa las referencias se hacen a trabajos donde *se discute* el tema en cuestión y no se sugiere con ellas un acuerdo con el autor de estas páginas.

ARNOLD, Christopher. *Analysis of Right*, en C. Arnold y otros Human *Rights,* Edward Arnold, Ltd, 1978 London.

BENN, Stanley. *Rights*, Enciclopedy of Philosophy, New York, 1967.

BERLIN, Isaiah. *Dos conceptos de libertad, Madrid,* 1974.

BROWN, Stuart M. *Inalienable Rights,* The Philosophical Review, 64 (1965).

CAMPBELL, Kenneth, *The Concept of Rights,* Doctoral Thesis. Oxford, Trinity Term, 1979.

DWORKIN, R. *Talking Rights seriously*, London, 1978.

EDEL, A. *Some reflections on the concept of Human Rights*, E.H. Pollack (ed.) *Human Rights,* Buffalo, 1971.

FEINBERG, Joel. *The Nature and Value of Rights,* Journal of Value Inquiry, 4, 1970.

FEINBERG, Joel. *Social Philosophy,* Englewood Cliffs, New Jersey, 1973.

FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Los deberes positivos generales y su fundamentación*, Doxa, 3, 1987.

GEWIRTH, Alan. *Are There any absolute rights?* en *Human Rights*, Chicago, 1982.

HARE, Richard. *Moral Thinking*, Oxford, 1981.

HART, H.L.A. *¿Hay Derechos Naturales?* Buenos Aires, 1962.

HIERRO, Liborio. *Derechos humanos o necesidades humanas. Problemas de un concepto*. SISTEMA, 46, 1982.

KANGER, S, and KANGER H. *Rights an Parliamentarism*, Theoria, 32, 1966.

KLEINIG, John. *Human Rights, Legal Rights and Social Change*, en Arnold (ed.) *Human Rights,* cit.

LINDAHL LARS. *Position and Change. A Study in Law and Logic*. D. Reidel Publishing Company. Dordrecht. Boston, 1977.

LYONS, David. *The Correlativity of Rights and Duties Nôus*, 4 1970.

LYONS, D. *Human Rights and the General Welfare*, en Lyons D. (Ed.), *Rights*, Belmont, California, 1979.

MacCLOSKEY, H.J. *Rights*, Philosophical Quartely, 15, 1965.

MacCORMICK, Neil. *Children's Rights: A Test case for Theories of Rights*. Archiv für Rechts und Sozial Philosophie, 62, 1976. *Rights in Legislation, Law Morality and Society*, ed. M.S. Haecker y J. Raz. Oxford, 1977.

MacCORMICK, Neil. *Rights, Claims and Remedies*, Law and Philosophy, 1, 1982.

MAKINSON, David. *On the formal representation of rights relations: remarks on the work of Stig Kanger and Lars Lindahl*. Journal of Philosophical Logic, 15, 1986.

MAKINSON, David. *Rights of Peoples: Point of view of a logician*, Original mecanografiado amablemente cedido por el autor. Aparecerá en James Crawford (ed.) *Rights of Peoples,* Oxford, 1987.

MARSHALL, Geoffrey. *Rights, Options and Entitlements. Oxford Essays in Jurisprudence*, ed. A.W.B. Simpson, Oxford, 1973,

MELDEN, A, I (ed). *Human Rights*, Introducción, Belmont, California, 1970.

NELSON, W. *Human Rights and Human Obligations,* en *Human Rights,* Nomos XXIII, ed. J. Roland Pennock and John W. Chapman, New York, 1981.

NINO, Carlos S. *Ética y Derechos Humanos,* Paidos, Buenos Aires, 1984.

PÁRAMO, Juan Ramón de. *El concepto de derechos: Una introducción bibliográfica,* Anuario de Derechos Humanos, 4, 1986-87.

RAZ, Joseph (ed.) *Practical Reasoning, Introduction,* Oxford, 1978.

RAZ, Joseph. *The Nature of Rights,* Mind, 93 1984.

RICHARDS, B.A. *Inalienable Rights: recent criticism and old doctrine,* Philosophie and Phenomenological Research, 29 (1969).

RICHARDS, David A.J. *Rights and Autonomy,* Ethics, 92. (1981).

ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia,* Eudeba, Buenos Aires, 1961.

SINGER, Peter. *The Expanding Circle,* Oxford, 1983.

TUCK, Richard. *Natural Rights Theories*, Cambridge, 1979.

VAN DE VEER, Donald. *Are human rights alienable?* Philosophical Studies, 37 (1980).

WASSESTROM, R. *Rights, Human Rights and Racial Discrimination,* en A. I. Melden *Human Rights,* cit.

WILLIAMS, Bernard. *Conflicts of values,* en *Moral Luck,* Cambridge, 1981.

CONCEPTO Y CONCEPCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (Acotaciones a la Ponencia de Francisco Laporta)

1.-*Planteamiento*.

El argumento que suscita este comentario, es decir, el interrogante: ¿qué son los derechos humanos?, invita a plantear un doble orden de consideraciones. En primer término, apremia a discernir cuál puede ser el concepto más adecuado para responder a esa interpelación. A su vez, ello induce a establecer la relevancia práctica de los elementos integrantes del concepto propuesto.

En cierto modo, este doble acercamiento responde a la distinción avanzada por Ronald Dworkin (1977 y 1986) entre concepto y concepción. Reducida a sus elementos más simples dicha distinción se cifra en que mientras el *concepto* alude al significado teórico y general de un término, la *concepción* hace referencia a la forma de llevar a la práctica un concepto. Cuando apelo a un concepto -indicará Dworkin- planteo un problema; cuando formulo una concepción intento resolverlo.

No es mi propósito, ni entiendo que esta sea la sede más adecuada para hacerlo, abordar aquí la mayor o menor dosis de originalidad de esta dicotomía, ni establecer sus virtualidades metodológicas últimas, únicamente la traigo a colación por parecerme útil a efectos de polarizar en su torno mis glosas a la Ponencia del profesor Francisco Laporta «Sobre el concepto de los derechos humanos».

2.-*Sobre el concepto de los derechos humanos*.

De entre las múltiples vías de acceso a la delimitación conceptual de los derechos humanos existen dos que, a mi entender, revisten especial interés por haber servido de apoyo a distintas exploraciones actuales encaminadas a definir esa categoría. Me refiero a las definiciones ostensivas y aquellas que operan desde premisas, vinculadas, con mayor o menor intensidad, al análisis lógico.

2.1.-*La aproximación ostensiva*.

A la pregunta: ¿qué son los derechos humanos? se puede contestar a partir de definiciones ostensivas, por denotación o extensión mostrando una serie de ejemplos de objetos o cosas de los que puede predicarse que son o que tienen que ver con los derechos humanos.

Así, una posible respuesta a dicha cuestión consistiría en exhibir o apelar a objetos tales como el texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la O. N. U., los Informes de los Ombudsmen o de nuestro Defensor del Pueblo, el Informe Anual de Amnistía Internacional, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, la jurisprudencia

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, el Título I de la Constitución española de 1978, o la jurisprudencia en materia de amparo de nuestro Tribunal Constitucional, o de *Verfassungsbeschwerde* del *Bundesverfassunsgericht* de Karlsruhe, y otros documentos o supuestos semejantes, para indicar que esos objetos son los derechos humanos.

Este tipo de definiciones, que no son infrecuentes en determinados ensayos actuales sobre los derechos humanos, tienen a su favor la fuerza de su evidencia, de operar con realidades experienciales y tangibles y no sobre meras elucubraciones teóricas. Ahora bien, sabido es que este procedimiento definitorio no se halla exento de riesgos y limitaciones (cfr. W.O. Quine, 1962), que sumariamente pueden cifrarse en los siguientes aspectos:

a) Las definiciones ostensivas se basan en uno, o en una serie, de ejemplos sin que su alcance pueda extenderse arbitrariamente más allá de los mismos. Ello condiciona las pretensiones de generalidad de este método definitorio. Ya que, en efecto, el repertorio de cosas o casos relativos a los derechos humanos que aquí, a modo de ejemplo, se apuntaba no es cerrado. De ahí, que no escape a la observación más superficial el carácter incompleto del inventario.

b) De otro lado, lo que justifica la relación entre esas muestras o experiencias ostensivas de cosas que son o tienen que ver con los derechos humanos, es la presencia en todas ellas de notas o propiedades referidas al concepto de los derechos humanos. Pues resulta evidente que esos supuestos tan heterogéneos entre sí son homogeneizados bajo un punto de vista -su vinculación con los derechos humanos-, punto de vista que, por tanto, es previo. En otros términos, en contra de lo que parece evocar, la evidencia ostensiva no es un *prius,* sino un *posterius;* no constituye el antecedente, sino la consecuencia de proyectar sobre determinados segmentos de la experiencia un concepto o idea previamente establecido o, al menos, intuido.

c) En suma, la evidencia sobre la que reposan las definiciones ostensivas no es algo que surja espontáneamente, sino el resultado de un determinado proceso reflexivo, sea o no consciente.

2.2.-*El análisis lógico*.

Las observaciones precedentes nos sitúan ante otra posible vía delimitadora del concepto de los derechos humanos. Consiste ésta en el análisis lógico tendente a establecer la comprensión, intensión o connotación de los derechos humanos a partir de sus notas constitutivas.

Si se descarta el acceso a esos rasgos constitucionales mediante el empleo de *definiciones reales*, pues se ha indicado que quien pretende buscar la esencia metafísica de las cosas se embarca en una de las empresas filosóficas más desesperadas (U. Scarpelli, 1955), habrá que recurrir a *definiciones nominales*. Estas últimas se dirigen a elucidar el significado de los términos en función de su uso en el lenguaje. En este punto se abre ante el investigador una nueva bifurcación encarnada por las siguientes modalidades o tipos de definición nominal:

1) *definiciones estipulativas,* es decir, convenciones sobre usos futuros de un término en un determinado contexto y con independencia de su incidencia empírica;

2) *definiciones lexicales,* término acuñado por R. Robinson (1954), para referirse a aquellas nociones que tienden a dar cuenta de todos los significados de uso de una palabra a partir de la experiencia de sus usos lingüísticos. Así, H. Kantorowicz (1964) abogaba, frente al realismo verbal, por un pragmatismo conceptual, o sea, por una definición nominal del derecho capaz de reflejar comprensivamente todo aquello que ha sido denominado derecho en el transcurso de la historia.

Estos dos tipos de definiciones nominales tienen sus luces y sus sombras. Las definiciones estipulativas han sido muy útiles en determinados ámbitos científicos, al haber contribuido poderosamente a ampliar los cauces de la investigación de diferentes esferas de conocimiento. Sin embargo, dichas definiciones, al prescindir de la experiencia del uso real de los términos, corren el riesgo de ser arbitrarias. Por eso, estas definiciones no parecen las más adecuadas para delimitar y precisar conceptualmente las categorías éticas y jurídicas y, por tanto, los derechos humanos. Para no perderme en los meandros de las disgresiones de los analistas del lenguaje moral, jurídico y político sobre el particular, pienso que bastará un penetrante fragmento del *Digesto* (33, 10, 7.ª): «Non ex opinionibus singulorum sed ex communi usu nomina exaudiri debent».

A su vez, las definiciones lexicales tienen a su favor el hallarse avaladas por la experiencia de la práctica lingüística, pero se enfrentan, entre otros, con los siguientes escollos:

a) En primer lugar, la pretensión de esas definiciones, por recoger exhaustivamente los significados de uso de un término se hace, en la práctica, inviable cuando se proyecta sobre nociones tales como la de «derecho» o «derechos humanos». Ya que estos términos han sido y son utilizados en múltiples y diferentes contextos lingüísticos alejados en el tiempo y en el espacio. Por eso las tentativas de elaborar una definición lexical de los derechos humanos, incluso aquellas que han contado con el apoyo de la informática como la desarrollada por el Instituto Internacional de los Derechos Humanos de Estrasburgo, sólo han alcanzado resultados modestos y fragmentarios (cfr. A. E. Pérez Luño, 1986 a).

b) Pero incluso en el caso de que mediante una adecuada programación informática se lograsen asumir exhaustivamente todos los significados de uso del término «derechos humanos», el resultado sería de escaso valor operativo. Lo más probable es que tal análisis redundaría en un repertorio de definiciones heterogéneas más que en una definición propiamente dicha.

c) Se da además la circunstancia de que las definiciones lexicales se mantienen en un plano puramente descriptivo y neutral, que elude el pronunciamiento sobre cómo deben ser utilizados los términos. En cierto modo, este tipo de definiciones son más útiles para clarificar metódicamente el sentido de lo que se desea definir, que para dar una respuesta a los interrogantes que en cualquier proceso definitorio se suscitan.

Bertrand Russell ha explicado, no sin cierta dosis de sorna, los límites de estas modalidades de análisis del lenguaje. «Cierta vez -relata

en el curso de su diálogo con Woodrow Wyatt (1960)- me dirigía a Winchester en bicicleta y me extravié. Penetré en un comercio de un pueblo e inquirí si podrían indicarme el camino más corto para Winchester. El hombre al que había hecho la pregunta se dirigió, a su vez, a otro que no podía ver porque se hallaba en otra estancia. 'Un señor desea saber el camino más corto, para Winchester'. Entonces una voz respondió: '¿Winchester?'. 'Sí'. 'Para ir a Winchester. 'Sí'. '¿El camino más breve?' 'Sí'. 'No lo sé'. Y así tuve que proseguir mi camino sin una respuesta».

En suma, las definiciones lexicales son más eficaces para formular lo que en términos heideggerianos pudiera calificarse de «la pregunta por la cosa» (Die *Frage nach dem Ding*), lo cual en cualquier investigación es de por sí importante, que para responder a una pregunta. Constituyen una herramienta intelectual muy útil para inventariar los usos lingüísticos de un término y, consiguientemente, para calibrar su grado de univocidad o equivocidad. Pero se mantienen en un plano de estricta neutralidad descriptiva y, por tanto, no se pronuncian por la definición mejor.

3) Nada tiene de particular que, precisamente por ello, desde premisas analítico-lingüísticas, se haya apuntado (U. Scarpelli, 1965), como alternativa frente a las definiciones lexicales, abocadas hacia el pasado, y a las definiciones estipulativas, convenciones sobre el futuro, un tercer tipo de definiciones (o redefiniciones según A. Belvedere, M. Jori y L. Lantella, 1979) denominadas *explicativas*. Estas definiciones, a diferencia de las estipulativas, no son arbitrarias por basarse en usos empíricos del lenguaje, pero a diferencia también de las definiciones lexicales no pretenden abarcarlos todos, sino que propugnan cómo debe ser utilizado un término en un determinado contexto para alcanzar la mayor dosis de precisión y sentido. Esa prescripción puede obedecer a presupuestos lógico-analíticos, orientación por la que se inclina Scarpelli, o histórico-empíricos, planteamiento que personalmente estimo preferible (A. E. Pérez Luño, 1971; 1982).

2.3.-*Orientación conceptual de la Ponencia*.

Una vez trazado este cuadro sumario procede instalar en la estructura ideal de sus anaqueles el tipo de concepto de derechos humanos que se desprende de la Ponencia. Dicho concepto entiendo que se cimienta sobre un armazón teórico más sólido que la endeble urdimbre de las definiciones ostensivas. Pienso también que la Ponencia rehuye deliberadamente perderse en búsquedas sobre la esencia metafísica de los derechos humanos, alejándose, por ello, de la esfera de las definiciones reales. El prof. Laporta parece optar por definiciones de carácter nominal. Dentro de ellas, por la frecuente remisión a distintas experiencias de uso del término «derechos humanos» induce a concluir que se inclina por una definición lexical, antes que estipulativa. Y esta impresión viene abonada por la declaración expresa del ponente, desde el mismo pórtico de sus reflexiones, donde nos advierte que: «el sentido último de la investigación que aquí sólo se esboza podría ser el diseño de un test o banco de pruebas al que someter tal noción (la de los derechos humanos) o alguno de sus más frecuentes usos con el objeto de ponderar el grado de precisión

o sentido con que se nos presentan en sus múltiples apariciones en el discurso moral, político o jurídico».

Ahora bien, pese a ese designio inicial, y aunque efectivamente una buena parte de la Ponencia se dirige al análisis crítico de diferentes usos doctrinales actuales del término «derechos humanos», pienso que ello no excluye el que la Ponencia entrañe la defensa de una definición explicativa.

Vendría a corroborar esta idea la propuesta explícita del ponente a que se consideren los derechos humanos como posiciones o situaciones de *todos* los miembros individuales *de la clase «ser humano»* que «se considere moralmente un bien tal que constituya una razón fuerte para articular una protección normativa en su favor». Ésta inequívoca opción conceptual se completa con la adhesión del prof. Laporta a las tesis que configuran la noción de los derechos humanos como derechos morales.

3.-*Sobre la concepción de los derechos humanos*.

La definición explicativa que se avanza en la Ponencia se amplía y prolonga en argumentaciones sobre la relevancia práctica de sus aspectos, es decir, conjetura una determinada concepción de los derechos humanos, en el sentido anteriormente apuntado. Exponer, de forma compendiada, los elementos más significativos de esa concepción es el fin de los comentarios que siguen. Debo anticipar, desde ahora, que he seleccionado aquellos nudos de interés de la Ponencia que juzgo más ilustrativos para dar cuenta de la concepción de los derechos humanos que a ella subyace y que, en mi opinión, se refieren a su inspiración, método y consecuencias.

3.1.-*Inspiración teórico-doctrinal de la Ponencia*.

Cualquier exégesis de una obra intelectual ajena suele iniciarse con el esfuerzo por ubicarla en determinados modelos u orientaciones teórico-doctrinales. En el caso de la Ponencia el inquirir esas afinidades en el seno de las grandes concepciones de la filosofía del derecho y la filosofía de los derechos humanos nos conduce al terreno de las tesis iusnaturalistas. Esta impresión inicial pienso que puede sustentarse en base a una serie de asertos explícitos del ponente que la corroboran.

a) En primer término, su afirmación de que no deben confundirse «*tipos de derechos* con tipos de *protección normativa*... los derechos con las técnicas de protección de los derechos».

Sugiere el Ponente que cuando se usa la noción de «derecho» no se hace referencia a las normas de un sistema normativo, sino a los *títulos* o *razones* que se aportan como justificación de la existencia de tales normas. Ello implica: «que no es que tengamos 'derecho a X' porque se nos atribuya una acción o se nos reconozca una pretensión con respecto a X, sino que se nos atribuye tal acción y se nos reconoce tal pretensión *porque* tenemos o podríamos tener derecho a X».

De lo anterior infiere el ponente que: «esa confusión entre derechos y técnicas de protección de los derechos ha podido ser la causa de que

se haya extendido tanto la idea de que los 'derechos' son componentes privativos de los sistemas jurídicos que no aparecen en otros sistemas normativos».

b) En puntual correlación con esas ideas afirma el ponente que en los derechos nos sale al paso «algo que no es una norma ni parece el contenido de una norma, sino que está antes de esas normas, las cuales sólo operarían como vehículos de protección de ese algo que está antes que ellas».

e) En función del planteamiento descrito concluye el ponente: «Con ello trato de diferenciarme conscientemente de la actitud de quienes mantienen que sólo puede hablarse de 'derechos' en el marco de un sistema jurídico... lo hago porque si no se parte de esa perspectiva la idea de 'derechos humanos' tal y como se concibe usualmente encuentra un obstáculo teórico insalvable.

En este conjunto de tesis parece pervivir el eco de la voz de Antígona cuando oponía al derecho positivo de Creonte, un derecho constituido por «normas no escritas», o sea, por títulos o razones anteriores y superiores al derecho positivo. Esta concepción refleja, en suma, la multisecular problemática del derecho natural.

La impronta iusnaturalista se refleja también en la propia definición explicativa de los derechos humanos propuesta por el ponente que, como se ha indicado, los concibe como bienes morales de todos los seres humanos que entrañan razones fuertes para deber ser protegidos normativamente. Planteamiento que incide en uno de los postulados centrales de la teoría iusnaturalista de los derechos humanos, para la cual la positivación de esos derechos por el ordenamiento jurídico es un acto declarativo y no constitutivo; se trata del reconocimiento de unas instancias o valores previos por el derecho positivo, que se limita a dar fe de que existen y a asegurar su vigencia (A. E. Pérez Luño, 1986 a; 1986 b).

Al propio tiempo, la Ponencia parece admitir, al menos de forma implícita, la continuidad entre la teoría de los derechos naturales y la teoría de los derechos humanos.

Debo advertir, de inmediato, que el ponente en ningún momento de su investigación se declara expresamente iusnaturalista, prefiriendo situar su concepción en el ámbito de la teoría de los denominados «derechos morales». Ahora bien, como he tenido ocasión de indicar respecto a esta misma propuesta avanzada hace ya algún tiempo entre nosotros por Eusebio Fernández (1981), la teoría iusnaturalista históricamente supuso un término para dar cuenta de la intersección entre el derecho y la moral. De ahí, que, a mi entender, la teoría 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 (cfr. A. E. Pérez Luño, 1986 a).

En todo caso, debo manifestar aquí mi plena coincidencia con la aseveración del ponente de que los derechos humanos responden a instancias o valores éticos anteriores al derecho positivo, esto es, preliminares y básicos respecto a éste. Así como mi congratulación de que en

apoyo de esta tesis, de inequívoca raigambre iusnaturalista, aporte un amplio y actualizado aparato crítico-bibliográfico, mayoritariamente anglosajón, expuesto con claridad y rigor.

3.2.-*Postura metódica*.

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 al derecho positivo el ponente se sitúa, consciente o inconscientemente, 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.

3.2.1.-*Sobre los rasgos caracterizadores de los derechos humanos*.

El ponente se propone, en su enfoque: «*descontextualizar* la idea de derecho moral, desvincularla de las instituciones éticas concretas que funcionan en una moralidad crítica. Y ello... para poder adscribir los derechos morales a *todos* al margen de su circunstancia vivencial o contextual».

Gracias a este empeño cree que se logrará el reconocimiento de los derechos humanos a todos los hombres. «El paso -escribe Laporta- de una concepción de los derechos morales como algo necesariamente *contextualizado* a una concepción de los derechos morales liberada de ataduras institucionales previas significa necesariamente un avance en el camino hacia el reconocimiento práctico de todos los seres humanos como agentes morales». El ponente se pronuncia, en suma, «en favor de una ética común y general, de un «código» realmente impersonal de acción moral».

Ahora bien, ese «código» impersonal de acción moral corre el riesgo de soslayar el soporte antropológico de los derechos humanos; de olvidar la referencia inmediata de *humanidad* que constituye la razón de ser de cualquier derecho y por antonomasia de los derechos humanos. Por esos derroteros teóricos se puede desembocar en la procelosa derivación de postular unos derechos humanos «deshumanizados», por elusión de la referencia a las vivencias contextualizadas social e históricamente en las que cualquier derecho humano se concreta. Las irónicas invectivas frente a los excesos de la dogmática jurídica que llevaron a elucubrar derechos subjetivos sin sujeto, sociedades de un solo socio e instituciones ayunas del substrato interpersonal que, precisamente, las define, debieran operar como antídoto para evitar la recaída en teorizaciones formales y abstractas con muy parco anclaje en la experiencia en la que todo derecho -también todo derecho humano- se resuelve.

Ese código impersonal ajeno a la experiencia y a la historia se traduce, a tenor de la Ponencia, en unos derechos humanos configurados como categorías universales, absolutas e inalienables.

Este planteamiento, que evoca las coordenadas mentales de las corrientes iusnaturalistas menos sensibles a la historia, pienso que no constituye la mejor plataforma para un enfoque de los derechos humanos abierto a las exigencias de nuestro tiempo. Porque conviene no desoír la aguda admonición de Francesco Carnelutti frente a las versiones del derecho natural como código eterno, absoluto e inmutable que es, precisamente, «l'idolo che non dobbiamo adorare» (1961. Vid. J. Delgado Pinto, 1964, 1982).

Frente a ese derecho natural ahistórico la problemática iusnaturalista que sigue manteniendo virtualidad actual es aquella que concibe el derecho natural como instancia crítica y valorativa de la experiencia jurídica en la historia. Se trata, por tanto, de aquel «diritto naturale delle genti» auspiciado por Giambattista Vico como un «diritto naturale che corre in tempo»; es decir, como el derecho que la razón práctica deduce de esa peculiar «naturaleza» del hombre y de la sociedad que es la historia (G. Fassó, 1966; cfr. A. E. Pérez Luño, 1987 b).

Que no es del todo ajeno a la propia sensibilidad intelectual del ponente el riesgo que puede derivarse de inferir las últimas consecuencias de su connotación de los derechos humanos como instancias universales, absolutas e inalienables, lo prueba su pertinente argumentación *ad absurdo* para evidenciar las aporías que derivarían de la nota del absolutismo. De admitirse el carácter absoluto de los derechos humanos, en su sentido fuerte, se infiriría «una consecuencia particularmente sorprendente... que la Declaración Universal de las Naciones Unidas o la Convención Europea, por poner dos ejemplos, *no hablan* realmente de derechos humanos». Tal conclusión podría fácilmente extenderse a nuestra vigente Carta constitucional en la que existen importantes cláusulas limitadoras de los derechos fundamentales (arts. 16.1; 20.4; 33.2; y 37.2), e incluso una cláusula de suspensión (art. 55), por lo que a tenor de esas premisas tampoco nuestra Ley de leyes sería un texto que «hablara realmente de derechos humanos».

Este tipo de inferencias podrían llenar de inquietud a quienes, poco familiarizados con las disquisiciones más alambicadas del discurso analítico, sintieran crepitaciones de angustia al comprobar que todavía puede cuestionarse, al menos, especulativamente, si la Declaración Universal de la O. N. U. o el Convenio Europeo, o la propia Constitución española de 1978 son textos donde se habla, es decir, donde se reconocen o no derechos humanos. Porque al tratar este tema no se puede hacer abstracción de que la Declaración Universal aún hoy es un ideal a alcanzar para muchos hombres y pueblos; que son muchos los europeos que tienen su esperanza puesta en aplicaciones concretas del Convenio; y que no son menos los españoles que aspiran, a través de los procesos de amparo, a que se tutelen sus derechos fundamentales. Y todas esas esperanzas y expectativas, se cimentan en la creencia y, por fortuna, también en la experiencia de que todos esos son textos en los que se habla y se tutela el sistema de derechos humanos.

De otro lado, una aproximación somera al quehacer de los tribunales constitucionales basta para disipar cualquier espejismo sobre la pretendida dimensión absoluta (también sobre los rasgos de universalidad e inalienabilidad) de los derechos humanos. Porque el absolutismo no sólo viene objetado por cláusulas externas limitadoras o suspensivas, sino por la constante necesidad de compatibilizar la aplicación práctica de los distintos derechos humanos. Para el logro de esa armonización la hermenéutica de los derechos humanos ha recurrido al principio de la ponderación de bienes (Güterabwägung) que constituyen una práctica consolidada en la aplicación jurisdiccional de los derechos humanos. (Cfr. las argumentaciones del *Bundesverfassungsgericht* en el célebre caso «*Mephisto*» de 24 de febrero de 1971, o las no menos reveladoras motivaciones de la *ratio decidendi* de la decisión mayoritaria y de los votos particulares de la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional 53/1985 de 11 de abril). Y, a mayor abundamiento, conviene recordar que frente a ese supuesto carácter absoluto de los derechos humanos Carmelo Gómez Torres (1979) planteó certeramente en nuestro ámbito doctrinal el problema de sus modalidades de abuso.

En función de estas consideraciones me acucia la duda de si todavía tiene sentido perfilar la significación de los derechos humanos, tal como se hace en la Ponencia, a partir de sus pretendidas notas de universalidad, absolutismo e inalienabilidad.

3.2.2.-«*Wandel der Grundrechte*»: *las generaciones de derechos humanos*.

El planteamiento eleático de la Ponencia se prolonga y tiene puntual correlato en su abierta crítica hacia la tesis de la mutación histórica de los derechos humanos (*Wandel der Grundrechte*) y las consiguientes «generaciones» de los derechos humanos. El ponente contempla, en efecto, con mezcla de escepticismo y hostilidad la tendencia más reciente de la literatura sobre los derechos humanos a ofrecer una visión generacional de la evolución de tales derechos. Y así concluye sus reflexiones sobre los derechos humanos exhortándonos a que «haríamos bien en no trivializarlos apelando a ellos sin ton ni son o extendiendo los catálogos y las «generaciones» arbitrariamente».

Ahora bien, para disipar estos recelos y resistencias convendrá recordar la idea, ampliamente compartida por la teoría actual de los derechos humanos, de que éstos son una categoría histórica, que tan sólo puede ser predicada con sentido en un contexto determinado; es decir, a partir del «tránsito a la modernidad» (G. Peces-Barba, 1982) que desembocará en las revoluciones burguesas del siglo XVIII.

Ese contexto genético otorga a los derechos humanos unos perfiles ideológicos definidos. Los derechos humanos nacen, como es notorio, con marcada impronta individualista, como libertades individuales que configuran la «primera fase o generación» de los derechos humanos. Dicha matriz ideológica individualista de los derechos humanos sufrirá un amplio proceso de erosión e impugnación en las luchas sociales del siglo XIX, que evidenciará la necesidad de completar el catálogo de libertades

de la primera generación con una «segunda generación» de derechos: los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos alcanzarán su paulatina consagración jurídica y política en la sustitución del Estado liberal de Derecho por el Estado social de Derecho.

La distinción, que no necesariamente oposición, entre ambas generaciones de derechos se hace patente cuando se considera que, mientras en la primera, los derechos humanos vienen considerados como derechos de defensa *(Abwehrrechte)* de las libertades del individuo que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de política administrativa; en la *segunda*, correspondiente a los derechos económicos, sociales y culturales, se traducen en derechos de participación (*Teilhaberechte*), que requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio y se realizan a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos. (Cfr. las Actas de las IV Jornadas de Profesores de filosofía del Derecho, Murcia, 1978, con Ponencias de B. de Castro Cid y G. Peces-Barba, 1981. Debe asimismo indicarse que la temática de los derechos sociales ha suscitado un amplio interés en nuestra disciplina, siendo asumida desde distintos enfoques. Así, Francisco Puy polarizará su atención en mostrar la impronta del pensamiento social cristiano en la génesis de los derechos sociales, 1983; Nicolás López Calera situará la dialéctica entre *Derechos individuales y Derechos del Estado*, 1986; mientras que Elías Díaz centrará su atención en cuestionar hasta qué punto el Estado social de Derecho es un cauce adecuado para la realización del contenido emancipatorio ligado a la idea de los derechos sociales, o se hace necesaria la búsqueda de alternativas que profundicen su dimensión democrática, 1966, 1978, 1982, 1984).

Conviene advertir, en cualquier caso, que las generaciones de derechos humanos no entrañan un proceso meramente cronológico y lineal. En el curso de su trayectoria se producen constantes avances, retrocesos y contradicciones por lo que su despliegue responde a un proceso dialéctico. De otro lado, las generaciones de derechos humanos no implican la sustitución global de un catálogo de derechos por otro, sino que, en ocasiones, se traduce en la aparición de nuevos derechos como respuesta a nuevas necesidades históricas, mientras que, otras veces, supone la redimensión o redefinición de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados.

3.2.2. 1.-*Sobre los derechos humanos de la «tercera generación».*

Los derechos que suscitan mayor perplejidad al ponente son, sin duda, los relativos a lo que recientemente se denomina «tercera generación». «Se anuncia todavía -indica al iniciar sus consideraciones- el nacimiento de una nueva «generación» de derechos relacionados con cosas tales como las nuevas tecnologías o la conservación del medio ambiente natural».

Como quiera que en algunos trabajos (1984, 1986 a, 1986-87, 1987 a) he defendido precisamente esta opinión me siento directamente concernido

por estas prevenciones y, por ello, voy a tratar de aducir algunos buenos motivos sobre la pertinencia de admitir esta nueva generación de derechos.

La estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presenta hoy con rasgos inequívocamente novedosos al polarizarse en torno a temas tales como: el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida, o la libertad informática. En base a ello se abre paso, con creciente intensidad, la convicción de que nos hallamos ante una «tercera generación» de derechos humanos complementadora de las fases anteriores referidas a las libertades individuales y los derechos sociales. De este modo, estos derechos y libertades de la «tercera generación» se presentan como una respuesta al fenómeno de la «contaminación de las libertades» (*liberties' pollution*), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías.

La revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones del hombre con los demás hombres, las relaciones entre el hombre y la naturaleza, así como las relaciones del ser humano con su contexto o marco de convivencia.

a) En el plano de las relaciones interhumanas la potencialidad de las modernas tecnologías de la información ha permitido, por vez primera, establecer unas comunicaciones a escala planetaria. Ello ha determinado que se adquiera consciencia universal de los peligros más acuciantes que amenazan la supervivencia de la especie humana. El desarrollo de la industria bélica sitúa a la humanidad ante la ominosa perspectiva de una hecatombe de proporciones universales capaz de convertir nuestro planeta en un inmenso cementerio. De ahí, que la temática de la paz haya adquirido un protagonismo indiscutible en el sistema de las necesidades insatisfechas de los hombres y de los pueblos del último período de nuestro siglo y que tal temática tenga una inmediata proyección subjetiva. Prueba elocuente de ello lo constituye la monografía de Wolfgang Däubler *Stationierung und Grundgesetz* (1983), que más allá de su título constituye un replanteamiento del entero catálogo de los derechos fundamentales de la *Grundgesetz* asumidos desde la perspectiva de la paz y el desarme (Cfr. también el tomo sobre *Derecho, Paz, Violencia* del «Anuario de Filosofía del Derecho», 1985).

b) Al propio tiempo, en el curso de estos últimos años, pocas cuestiones han suscitado tan amplia y heterogénea inquietud como la que se refiere a las relaciones del hombre con su medio ambiental en el que se halla inmerso, que condiciona su existencia y por el que, incluso, puede llegar a ser destruido. La plurisecular tensión entre naturaleza y sociedad corre hoy el riesgo de resolverse en términos de abierta contradicción cuando las nuevas tecnologías conciben el dominio y la explotación sin límites de la naturaleza como la empresa más significativa del desarrollo. Los resultados de tal planteamiento constituyen ahora motivo de preocupación cotidiana. El expolio acelerado de las fuentes de energía, así como la degradación y contaminación del medio ambiente, han tenido su puntual repercusión en el hábitat humano y en el propio equilibrio

psicosomático de los individuos. De ahí ha surgido la convicción, en los ambientes más sensibilizados hacia esta problemática, de que la humanidad puede estar abocada al suicidio porque, como *l'apprenti sorcier,* con un progreso técnico irresponsable ha desencadenado las fuerzas de la naturaleza y no se halla en condiciones de controlarlas. En estas coordenadas debe situarse la aparición de la inquietud ecológica.

La ecología representa, en suma, el marco global para un renovado enfoque de las relaciones entre el hombre y su entorno, que redunde en una utilización racional de los recursos energéticos y sustituya el crecimiento desenfrenado en términos puramente cuantitativos por un uso equilibrado de la naturaleza que haga posible la calidad de la vida.

La inmediata incidencia del ambiente en la existencia humana, su trascendencia para su desarrollo y su misma posibilidad, es lo que justifica su inclusión en el estatuto de los derechos fundamentales. Por ello, no debe extrañar que la literatura sobre el derecho medioambiental, derecho y ecología, y el derecho a la calidad de vida constituyan uno de los apartados más copiosos en la bibliografía actual sobre los derechos humanos. Y parece poco razonable atribuir este dato al capricho o a la casualidad.

Se da además un nexo de continuidad entre la inquietud por la paz y por la calidad de vida, tal nexo viene dado por cuanto de amenaza inmediata para esos dos valores suponen los riesgos de la energía nuclear. De ahí, la oportunidad de la obra de Alexander Rossnagel sobre la desintegración radioactiva de los derechos fundamentales (*Radiaktiver Zerfall der Grundrechte?*, 1984), cuyo provocativo título posee la virtualidad de enfrentarnos con uno de los problemas más urgentes que hoy se plantea a la tutela de los derechos y libertades. Porque, en efecto, se cierne un peligro de desintegración de los derechos humanos agredidos por las consecuencias inmediatas (conflicto atómico o contaminación nuclear del ambiente), o mediatas (medidas de seguridad generalizadas limitadoras o suspensivas de las libertades), que se derivan de la utilización de las tecnologías radioactivas.

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

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

En una sociedad como la que nos toca vivir en la que la informática es poder y en la que ese poder se hace decisivo cuando convierte informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas, la reglamentación jurídica de la informática reviste un interés prioritario. Es evidente, por tanto, que para la opinión pública y el pensamiento

filosófico, jurídico y político de nuestro tiempo constituye un problema nodal el establecimiento de unas garantías que tutelen a los ciudadanos frente a la eventual erosión y asalto tecnológico, especialmente informático, de sus derechos y libertades (A. E. Pérez Luño, 1984, 1987).

3.2.2.2. -*Evolución de los derechos humanos y ampliación de los «status» subjetivos*.

La dimensión generacional de los derechos humanos ha tenido consiguiente reflejo en las técnicas jurídicas de positivación y tutela. Así, en el ámbito de la doctrina iuspublicista se ha considerado apremiante la necesidad de completar la célebre teoría de los *status* público-subjetivos elaborada por Georg Jellinek, ampliándola mediante el reconocimiento de un *status positivus socialis,* que se haría cargo de las exigencias de los derechos de la segunda generación, es decir, de los derechos sociales; un *status activus processualis,* para hacerse eco de la trascendencia actual de las jurisdicciones constitucionales de la libertad, así como de las modalidades de tutela innovadas por las instancias jurisdiccionales internacionales; y un *status* de *habeas data,* que se hallaría encarnado por cuanto han supuesto para la teoría de los derechos humanos el reconocimiento de la libertad informática y el derecho a la autodeterminación informativa (cfr. M. Cappelletti, 1971; P. Häberle, 1983; A. E. Pérez Luño, 1987).

Esta sucesiva ampliación de los derechos humanos ha determinado que incluso la conocida teoría de las modalidades jurídicas activas y pasivas elaborada por Wesley N. Hofeld, que parecía exhaustiva, se haya considerado insuficiente para dar cuenta de las diversas situaciones y posiciones jurídico-subjetivas en que hoy se traduce el sistema de los derechos fundamentales (cfr. R. Alexy, 1986. En España Manuel Atienza,1986-87, se ha servido de la tipología de Hofeld para proponer una sugerente clasificación de los derechos humanos).

3.3. -*Consecuencias de la Ponencia desde la teoría y la práctica de los derechos humanos*.

El planteamiento teórico y metódico sustentado en la Ponencia se prolonga en unas consecuencias que apuntan hacia una visión limitada y restrictiva de los derechos humanos. Como corolario de su investigación el ponente sugiere una concepción homeostática, es decir, un equilibrio de la escasez de los derechos humanos.

Desde el inicio de sus reflexiones el ponente enuncia su aserto de que: «cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como exigencia, y que cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente». Y esa convicción expresada en el pórtico de su análisis se reiterará con tenaz perseverancia a lo largo de diferentes momentos de la Ponencia hasta el punto de erigirse en su auténtico *leitmotiv* o clave teleológica.

Se ha dicho que una de las funciones más estimulantes del análisis filosófico es la de dar cuenta y clarificar los tópicos o lugares comunes. De ser ello así, el ponente vería plenamente legitimado su empeño de proyectar el tópico: «quien mucho abarca poco aprieta» a la temática de los derechos humanos. Lo que ocurre es que, a mi entender, en la esfera de los derechos humanos existen argumentos teóricos y consideraciones prácticas para inferir que precisamente las cosas ocurren al contrario.

1) En el plano *teórico*, es sabido que para la concepción progresista de la historia ésta se resuelve en una constante ampliación de las necesidades humanas, que tiene como puntual correlato la ampliación de la libertad.

«El animal -señalará Hegel- tiene un círculo limitado de medios para satisfacer sus necesidades, que son igualmente limitadas. El hombre, incluso en esa dependencia, muestra su posibilidad de superarla y su universalidad mediante la multiplicación de las necesidades y los medios...» (1821, parágraf. 190).

Retomando esta idea Karl Marx considerará como primer hecho del desarrollo histórico humano la producción de los medios indispensables para satisfacer las necesidades más apremiantes para la subsistencia. A la vez, la satisfacción de esas primeras necesidades, la acción de satisfacerlas y la construcción de los medios necesarios para ello conducen a una ampliación de las necesidades: «Zu neuen Bedürfnissen führt...» (1867).

Esa ampliación progresiva de las necesidades, que jalona el progreso de la cultura, se traduciría en sucesivas formas de ampliación de la libertad. En Hegel esta concepción será expresada como un proceso ideal marcado por el tránsito desde los imperios orientales en los que tan sólo un hombre -el emperador- era libre, a través del mundo clásico grecolatino en el que algunos hombres eran libres, hasta arribar a la civilización cristiano-germánica en la que serán libres todos los hombres (182 1, 1840). Marx hará hincapié en la lucha de clases como motor del cambio y del progreso dialéctico de la historia que conducirá con el triunfo del proletariado a la sociedad sin clases. En esa sociedad definitivamente desalienada la satisfacción plenaria de las necesidades humanas, a tenor del célebre principio de la *Crítica al Programa de Gotha*: «a cada uno según sus necesidades» (1875), coincidirá con la realización del reino de la libertad en la comunidad de los trabajadores asociados en la que «la libertad de cada uno será la condición para el libre desarrollo de todos» (1848. La teoría marxista de las necesidades ha sido objeto recientemente de una amplia reelaboración por parte de la Escuela de Budapest, de modo especial en la obra de Agnes Heller (1978), que, a su vez, ha impulsado diversos trabajos sobre la fundamentación de los derechos humanos a partir del sistema de necesidades. Cfr. R. González Tablas, 1986; J. Herrera Flores,1985, 1988).

Frente a estas tesis la concepción conservadora de la historia (cfr. G. Lukács, 1976; F. Meinecke, 1943) contempla con marcado pesimismo el curso de los aconteceres humanos y rechaza la creencia progresista en la sucesiva ampliación de las necesidades y las libertades del hombre.

«La Historia -en palabras de Edmund Burke- está compuesta, en su mayor parte, del relato de las desgracias atraídas sobre el mundo por el orgullo, la ambición, la avaricia, la venganza, las pasiones, las sediciones, la hipocresía, el celo desordenado y el conjunto de los apetitos desatados que sacuden la sociedad» (1790, se cita por 1954, pp. 336-337).

Esta visión involutiva, en la que la historia aparece como encarnación tangible de los ríos del mal en el mundo, se traduce en una actitud restrictiva y cicatera respecto a las libertades. Burke comparte con Joseph de Maistre (1817, en cierto modo también, aunque desde premisas ideológicas diferentes, con Jeremy Bentham, 1791) la idea de que los derechos y libertades no pueden ampliarse indefinidamente sin poner en peligro el orden jurídico y político. Tesis reactualizada por algunos conocidos representantes del neoliberalismo de orientación conservadora (Friedrich von Hayek, Lord Robbins, Milton y Rose Friedman... cfr. A. E. Pérez Luño, 1986 a), quienes coinciden en contemplar con el máximo recelo la creciente reivindicación de nuevos derechos humanos, que puede sumir a las sociedades democráticas en la anarquía y el caos.

Estas consideraciones sumarias nos sitúan ante un aspecto de la Ponencia que puede suscitar perplejidad. Porque parece, en efecto, paradójico que un análisis que por su inspiración obedece, sin duda, a un compromiso progresista, presente en lo tocante a la evolución y ampliación de los catálogos de derechos y libertades, marcadas afinidades con las tesis pesimistas y restrictivas enunciadas por el pensamiento conservador. Quizás no sea ocioso conjeturar que, pese a esa aparente coincidencia, ambas actitudes difieren en la clave hermenéutica de sus objetivos. Así, para el pensamiento conservador, las más de las veces, la prevención ante el progresivo incremento de las libertades tiene su trasfondo en la defensa del *statu quo,* es decir, teme que la ampliación de las libertades debilite o haga peligrar los derechos adquiridos de quienes ya los disfrutan. En la Ponencia el recelo ante la ampliación de los catálogos de derechos y libertades parece obedecer a una inquietud muy diferente centrada en la preocupación por no comprometer la realización de los derechos humanos al extender su catálogo más allá de las posibilidades efectivas para su garantía.

2) Ahora bien, esta precaución se revela infundada en el plano *práctico*, ya que la experiencia más reciente de los sistemas del derecho comparado de las libertades muestra que son, precisamente, aquellos ámbitos donde el catálogo de derechos humanos es más *extenso*, allí donde más *intenso* se revela su mecanismo de protección.

A esa circunstancia se refería certeramente Norberto Bobbio al poner de relieve la dramática coyuntura en que se debate la tutela internacional de los derechos humanos. Ya que, paradójicamente, son los Estados de Derecho, esto es, aquellos países que cuentan un catálogo de derechos y libertades más completo a nivel interno, los que permiten a sus ciudadanos beneficiarse de los más perfeccionados instrumentos de protección internacional, como es el caso de la Convención Europea. Mientras que quienes padecen el sometimiento a regímenes políticos que no son Estados de Derecho, cuyo catálogo de libertades es mínimo o inexistente,

son aquellos cuya población encuentra mayores dificultades para acceder a las instancias de tutela internacional. Llegándose así a la amarga paradoja, expresada con la lúcida capacidad de síntesis de Bobbio, de que respecto a la garantía internacional de los derechos del hombre «nos encontramos hoy en una fase en la que allí donde sería posible, no es quizá del todo necesaria, mientras que allí donde sería necesaria, es menos posible»(1982, p. 24).

A ello se debe añadir que la inquietud cívica de los movimientos alternativos por los derechos de la «tercera generación», se da, precisamente, en sociedades donde ya existe una cierta experiencia de los derechos de la «primera» y «segunda» generaciones. Tal reivindicación es ajena, incluso impensable, para aquellas colectividades humanas en las que los derechos humanos más antiguos y primarios son todavía un ideal a alcanzar. En suma, estimo que los argumentos teóricos y prácticos apuntados, aconsejan invertir los términos del planteamiento de la Ponencia para afirmar que, en el terreno de los derechos humanos: «quien más abarca es también quien más aprieta».

4. -*Observaciones conclusivas*.

Al iniciar su exégesis del artículo primero en el *Alternativkommentare* de la *Grundgesetz* el prof. Erhard Denninger recuerda que: «La consideración histórica enseña que los derechos fundamentales no son la expresión, ni el resultado de una elaboración sistemática, de carácter racional y abstracto, sino respuestas normativas histórico-concretas a aquellas experiencias más insoportables de limitación y riesgo para la libertad» (1987, p. 249).

Pienso que este texto compendia cabalmente la inquietud y orientación desde la que se han avanzado estas acotaciones a la Ponencia. Por compartir con Denninger el convencimiento de que los derechos humanos aparecen, las más de las veces, como réplicas a situaciones previas de violación o carencia a cuyo remedio, precisamente, se dirigen he insistido, quizás hasta el exceso, en que su significación no puede ser captada al margen de la experiencia y de la historia. Opino, en efecto, que, por más depurados que puedan ser los instrumentos de análisis lógico con los que se aborde la problemática de los derechos humanos, no se puede hacer abstracción de su trama real y concreta, es decir, contextualizada.

Actuar de otro modo puede conducir a una consideración inversa a las señas de identidad de nuestra «hectárea de conocimiento», o sea: *ajurídica*, por prescindir no sólo de los cauces normativos, sino de los propios avatares jurisdiccionales que dan la medida efectiva de la tutela de los derechos humanos; *amoral*, porque carecería de la fuerza de convicción y el compromiso con los valores éticos de la liberación y la emancipación humanas; y *apolítica*, por entrañar, a lo sumo, un concepto, pero no una concepción de los derechos humanos al no explicitar la voluntad de realizarlos.

Entiendo que el ponente no se muestra del todo insensible a estas exigencias y, así, indica que en los sistemas normativos «no sólo pueden

darse relaciones lógico-deductivas sino que aparecen también relaciones justificatorias o instrumentales que pertenecen al mundo del razonamiento práctico y son imposibles de aprehender en los lazos formales del razonamiento lógico-deductivo».

Al dar inicio a mi comentario de la concepción del prof. Laporta no dudaba en manifestar mi pleno acuerdo respecto a la inspiración general que le servía de encuadre teórico. Ese acuerdo se ha visto luego truncado respecto al método y consecuencias de su postura sobre los derechos humanos. Si bien, incluso esos motivos de disidencia no son sino otros tantos testimonios del interés y, en cierto modo, de la inquietud que me han suscitado algunas de sus tesis abiertamente encontradas con las que he defendido en estos últimos años. Me complace, por tanto, coincidir de nuevo con el ponente respecto a la atinada observación del párrafo reseñado, al que sólo se me ocurriría objetarle no haber visto reflejado, con mayor rotundidad, el designio que encarna a lo largo de la Ponencia.

Al igual que el ponente, pienso que esos peculiares sistemas normativos que son los derechos humanos, no pueden ser aprehendidos a partir del estricto razonamiento lógico-deductivo, porque sus «relaciones justificatorias» pertenecen de lleno a la esfera del razonamiento práctico. De ahí, que estime que los modernos empeños rehabilitadores de la racionalidad práctica, las tesis neocontractualistas, así como la teoría consensual de los valores poseen incuestionable interés para abordar el significado y alcance de los derechos humanos.

Es tiempo de poner fin a éstas, ahora ya, farragosas y excesivas disgresiones. Y deseo hacerlo con un testimonio premonitorio de muchas de las actuales nociones consensuales de la verdad. El fragmento tiene, por añadidura, la virtud de hallarse escrito en la impecable prosa de Unamuno, que expresa la dignidad del hombre hecha palabra. «La verdad -nos dice en *La agonía del cristianismo*- es algo colectivo, social, hasta civil; verdadero es aquello en que convenimos y con que nos entendemos» (1931, se cita por 1986, p. 25). Sin esperanza de haber abarcado el infinito censo de cuestiones que dimanan del asunto que nos convocaba, el interrogante: «¿qué son los derechos humanos?», quisiera, al menos, haber contribuido a través de estas glosas a la Ponencia a posibilitar formas de discusión, consenso y entendimiento colectivo de su respuesta.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, R.: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1986 (reprod. de la ed. de Nomos, Baden-Baden, 1985).

ATIENZA, M.: *Una clasificación de los derechos humanos,* en «Anuario de Derechos Humanos», vol. 4, 1986-87.

BELVEDERE, A.; JORI, M.; LANTELLA, L.: *Definizioni giuridiche e ideologie,* Giuffrè, Milano, 1979.

BENTHAM, J.: *Anarchical Fallacies: being and examination of the Declarations of Rights issued during the French Revolution* (1791), en *Works,* ed., Bowring, reimp. de Russell & Russell, New York, 1962, vol. II.

BOBBIO, N.: *Presente y porvenir de los derechos humanos,* en «Anuario de Derechos Humanos», vol. 1, 1982.

BURKE, E.: *Reflexiones sobre la Revolución Francesa,* (1790) se cita por la ed. cast. acargo de E. Tierno Galván, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954.

CAPPELLETTI, M.: *La giurisdizione costituzionale delle libertà,* Giuffrè, Milano, 1971.

CARNELUTTI, F.: *L'antinomia del diritto naturale,* en sus *Discorsi intorno al dirito,* Cedam; Padova, 1961, vol. III.

DÄUBLER, W.: Stationierung und Grundgesetz, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 2.ª ed., 1983.

DE CASTRO CID, B: *Los derechos sociales: análisis sistemático,* en el vol. *Derechos económicos, sociales y culturales.* (Actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho, Murcia, diciembre, 1978). Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1981.

DELGADO PINTO, J.: *Derecho-Historia-Derecho Natural. (Reflexiones acerca del problema de la oposición entre la existencia del derecho Natural y la historicidad de los órdenes jurídicos),* en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», 1964, fas. 2.

DELGADO PINTO, J.: *De nuevo sobre el problema del Derecho Natural* (Discurso leído en la solemne apertura del Curso Académico 1982-83). Ediciones Universidad de Salamanca, 1982.

DE MAISTRE, J.: *Consideraciones sobre Francia,* (1817), se cita por la ed. cast. a cargo de R. Gambra, Rialp, Madrid, 1955.

DENNINGER, E.: *Einleitung vor Art. 1*, en *Kommentar zum Grundgesetz für Bundesrepublik Deutsch1and. Reihe Alternativkommentare,* Luchterhand, 1987.

DÍAZ, E.: *Estado de Derecho y sociedad democrática,* Edicusa, Madrid, 1966 (8.ª ed. Taurus, Madrid, 1981).

DÍAZ, E.: *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático,* Civitas, Madrid, 1978.

DÍAZ, E.: *Socialismo en España: el partido y el Estado,* Mezquita, Madrid, 1982.

DÍAZ, E.: *De la maldad estatal y la soberanía popular,* Debate, Madrid, 1984.

DWORKIN, R.: *Taking Rights Seriously,* Duckworth, London, 1977.

DWORKIN, R.: *Law's Empire,* Harvard University Press, Cambridge (Mass), and London, 1986.

FASSÒ, G.: *La legge della ragione*, Il Mulino, Bologna, 2.' ed., 1966.

FERNÁNDEZ, E.: *El problema de la fundamentación de los derechos humanos*, en «Anuario de Derechos Humanos», vol. 1, 1982; recogido posteriormente en su libro *Teoría de la justicia y derechos humanos,* Debate, Madrid, 1984.

GÓMEZ TORRES, C.: *El abuso de los derechos fundamentales,* en el vol. col. ed. a cargo de A. E. Pérez Luño, *Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema,* Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.

GONZÁLEZ-TABLAS, R.: *Necesidades y valores. Su fundamentación antropológica mediante una explicación heurística,* en «Anuario de Filosofía del Derecho», 1986.

HÄBERLE, P.: *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz,* Müller, Heidelberg, 3.ª ed., 1983.

HEGEL, G. W. F.: *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), se cita por *Werke in zwanzig Bänden,* ed. a cargo de E. Moldenhauer y K. M. Markus, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1970, vol. 7.

HEGEL, G. W. F.: *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte* (1840), en la ed. cit. vol. 12.

HELLER, A.: *Teoría de las necesidades en Marx*, trad. cast. de J. F. Ivars, Península, Barcelona, 1978.

HERRERA FLORES, J.: *A propósito de la fundamentación de los derechos humanos y la interpretación de los derechos fundamentales,* en «Revista de Estudios Políticos», 1985, n.º 45.

HERRERA FLORES, J.: *La fundamentación de los derechos humanos en la Escuela de Budapest,* en curso de publicación, 1988.

JORI, M, vid. BELVEDERE, A.

KANTOROWICZ, H.: *La definición del derecho,* trad. cast. de J. M. de la Vega, Revista de Occidente, Madrid, 1964.

LANTELLA, L., vid. BELVEDERE, A.

LÓPEZ CALERA, N.: *Derechos individuales y Derechos del Estado,* (Discurso de apertura de la Universidad de Granada, Curso Académico 1986-87), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1986.

LUKACS, G.: *El asalto a la razón,* trad. cast. de W. Roces, Grijalbo, Barcelona, 3.ª ed., 1976.

MARX, K.; ENGELS, F.: *Die deutsche ideologie* (1846), se cita por *Marx Engels Werke,* Dietz, Berlín, 1978, vol. 3.

MARX, K.; ENGELS, F.: *Das Kommunistische Manifest* (1848), en la ed. cit, vol. 4.

MARX, K.: *Kritik des Gothaer Programms* (1875), en la ed. cit. vol. 19.

MEINECKE, F.: *El historicismo y su génesis,* trad. cast. de J. Mingarro y T. Muñoz, Fondo de Cultura Económica, México, 1943.

PECES-BARBA, G.: *Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales,* en el vol. *Derechos económicos, sociales y culturales.* (Actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho, Murcia, Diciembre, 1978), Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1981.

PECES-BARBA, G.: *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982.

PECES-BARBA, G.: *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.

PÉREZ LUÑO, A. E.: *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna,* Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1971.

PÉREZ, LUÑO, A. E.: *Lecciones de Filosofía del Derecho,* Minerva, Sevilla, 1982, (2.ª ed. 1986).

PÉREZ LUÑO, A. E.: *New Technology and Informatics in a Free Society,* en ((lnformatica e Diritto», 1984, fas. 3.

PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución,* Tecnos, Madrid, 2.a ed. 1986 a.

PÉREZ LUÑO, A. E.: *Los derechos fundamentales,* Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 1986 b.

PÉREZ LUÑO, A. E.: *La contaminación de las libertades en la sociedad informatizada y las funciones del Defensor del Pueblo,* en «Anuario de Derechos H um anos», vol. 4, 1986-87.

PÉREZ LUÑO, A. E.: *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho*, Fundesco, Madrid, 1987 a.

PÉREZ LUÑO, A. E.: *Razón e historia en la experiencia filosófica y jurídica de Guido Fassò*, en el vol. col. *Reason in Law,* ed. a cargo de C. Faralli y E. Pattaro, Giuffré, Milano, 1987 b.

PUY MUÑOZ, F.: *Derechos humanos. Vol. 1: Derechos económicos, sociales y culturales,* Paredes, Santiago de Compostela, 1983.

QUINE, W. O.: *Desde un punto de vista lógico,* trad. cast. de M. Sacristán, Ariel, Barcelona, 1962.

ROSSNAGEL, A.: *Radioaktiver Zerfall der Grundrechte?*, C. H. Beck, München, 1984.

ROBINSON, R.: *Definition,* Oxford University Press, 1954.

RUSSELL, B., vid. WYATT, W.

SCARPELLI, U.: *Il problema della definizione e il concetto di diritto,* Istituto Editoriale Cisalpino, Milano, 1955.

SCARPELLI, U.: *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunitá, Milano, 1965.

UNAMUNO, M., *La agonía del cristianismo* (1931), se cita por la ed. a cargo de A. García Calvo, Alianza, Madrid, 1986.

WYATT, W., *Bertrand Russell speaks his Mind,* The World Publishing Co., London, 1960.

A PROPOSITO DEL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS DE FRANCISCO LAPORTA

La indagación conceptual en torno a los derechos humanos presentada por Francisco Laporta es susceptible, a nuestro juicio, de críticas de diverso tipo: la más relevante de ellas sería, probablemente, una crítica externa que pusiera de relieve algunas consecuencias indeseables que -cabe pensar- se derivan inevitablemente de la fuerte restricción del catálogo de derechos humanos que la concepción de Laporta implica. Ello no obstante, las brevísimas observaciones que aquí presentamos obedecen a una perspectiva meramente interna y se limitan a llamar la atención sobre algunos problemas que creemos encontrar en determinadas piezas del andamiaje conceptual del sugerente trabajo de Laporta. Agrupamos estas observaciones como sigue: en (1) nos ocuparemos de su rechazo a definir los derechos en términos deónticos; en (2) trataremos de poner de relieve la presencia de una oscilación -que recorre todo el texto- acerca de la relación entre los derechos y los sistemas normativos y señalaremos algunos problemas e inconsistencias que, en nuestra opinión, se derivan de la que parece ser la posición definitivamente adoptada por Laporta al respecto; en (3) mostraremos las dificultades con que en nuestra opinión se enfrentan algunos de los derechos humanos usualmente considerados como más básicos para satisfacer las exigencias de la concepción de Laporta.

1

Una de las razones de Laporta para rechazar la consideración de los derechos en términos deónticos -y aquí el término 'derechos' parece sinónimo de las 'modalidades jurídicas activas' de Hohfeld; esto es, se utiliza el término 'derechos' tal como opera en el lenguaje jurídico- es que, en su opinión, sólo la 'libertad' (en el sentido de *privilege* de Hohfeld) sería parafraseable en términos deónticos estrictos, «como permiso fuerte o débil con todos sus problemas». No se ve sin embargo fácilmente cuál sea el sentido de esa afirmación. «A, tiene derecho (en el sentido de *claim*) a X» es, nos parece, igualmente parafraseable en términos deónticos. La conducta de A, cuando se trata de un *derecho*, es también una conducta permitida, aunque en algunos casos esté permitido X y no-X (X es, pues, una conducta facultativa) y en otros esté permitido X, pero no lo esté no-X (X es, entonces, una conducta obligatoria). Un análisis semejante cabría hacer de las otras dos modalidades activas de Hohfeld: poder e inmunidad.

Si lo que Laporta quiere decir es que el parafraseo en términos deónticos no agota la significación de 'tener un derecho' (en el sentido de *claim*) podríamos concordar con él. Pero las cosas no serían distintas a este respecto si lo que se parafrasea en términos deónticos es la expresión 'tener una libertad' (en el sentido de *privilege*).

2

2.1. Laporta considera que los derechos humanos son *algo* que se encuentra antes -o más allá- de los enunciados deónticos típicos (enunciados de obligación) e incluso más allá de los enunciados normativos, bien se trate de normas de conducta o de normas de competencia.

No resulta claro, sin embargo, en el texto de Laporta, si tales entidades son en cualquier caso *relativas* a un sistema normativo (aceptando que un sistema normativo no contiene sólo enunciados normativos, y, desde luego, que el Derecho no es el único ejemplo de sistema normativo) o si se encuentran también *antes o más allá* de los sistemas normativos.

2. 1. 1. A favor de la primera interpretación podrían aducirse textos de la ponencia como los siguientes: «en los sistemas normativos complejos hay algunas cosas más de las que se suponen: podemos toparnos en ellos con definiciones, con descripciones de estados de hecho, con juicios de valor, y con otras cosas, entre las que puede estar eso que buscamos. Indagar qué es ese algo que al parecer forma el núcleo de la noción de derecho tiene que ser una de las tareas de quien trata de analizar esa noción»; o este otro: «los derechos son, por así decirlo, *la expresión de una especial consideración que los sistemas normativos atribuyen* a ciertas situaciones o estados de cosas relativos a los individuos de una cierta clase», (el subrayado es nuestro).

2.1.2. Otros pasajes de su ponencia hacen pensar, sin embargo, en una consideración de los derechos como entidades *previas* a los sistemas normativos. Por ejemplo: «es plausible concebir (los derechos) como 'bienes', es decir, situaciones o estados de cosas a los que el sistema (normativo) confiere una cierta importancia, un cierto valor». Esta consideración de los derechos como entidades *previas* a los sistemas normativos parece predominar finalmente en la concepción de Laporta, pues se refleja también en su «propuesta de noción de 'derecho'» que se articularía en los siguientes componentes: «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... c) que se considera por el sistema normativo un *bien* tal que constituye una razón fuerte... d) para articular una protección normativa en su favor a través de la imposición de deberes y obligaciones, la atribución de poderes e inmunidades, la puesta a disposición de técnicas reclamatorias, etc.».

2.2. Laporta acusa a las teorías normativistas de los derechos de «incurrir en el error de confundir tipos de *derechos* con tipos de *protección normativa* que se dispensa a los derechos (...) los derechos con las técnicas de protección de los derechos». Pues bien: a su concepción de

los derechos como entidades pre-normativas podría acusársele de confundir los derechos con el fundamento de los derechos.

2.3. La concepción de los derechos como entidades prenormativas parece incompatible -en el sentido de que da lugar a sinsentidos- con los rasgos (universalidad, carácter absoluto e inalienabilidad) que, también según Laporta, caracterizan a los derechos humanos. La afirmación, por ejemplo, de que el derecho de A a realizar X es inalienable tiene un sentido más o menos claro. Pero ¿qué sentido tiene decir que «la razón que se presenta como justificación de la existencia de la norma» que establece que A tiene derecho a hacer X es inalienable? ¿Tiene sentido decir que *la razón o los fundamentos o las necesidades son inalienables*?

3

La ponencia de Laporta comienza y termina señalando la existencia de una posible incompatibilidad entre la multiplicación de la nómina de los derechos humanos, por una parte, y el aumento o, en todo caso, el mantenimiento de su «fuerza» moral o jurídica, por el otro. Pero su concepción nos lleva, de un universo de derechos humanos con probablemente excesivos moradores, a otro del que resulta difícil decir si tiene habitante alguno. La libertad podría, quizá, ser uno de los derechos humanos que pasasen la criba de la concepción de Laporta. Pero el problema es que -como indica el propio Laporta- no se trataría ya de la noción liberal de libertad, sino de una noción de libertad que quizá nos conduzca a paradojas de difícil solución, como la postulación de que la libertad nos obliga a ser libres. La vida es otro de los candidatos que probablemente haya también que excluir, puesto que -es de suponer- no pasaría el test de inalienabilidad (o irrenunciabilidad). Y la igualdad quedaría reducida a una pura abstracción vacía, a la regla formal de justicia de Perelman, puesto que el *bien* igualdad debe ser tal que pueda ser adscrito a todos los seres humanos al margen de cualquier circunstancia, condición y contexto. Ocurre sin embargo, que lo realmente interesante es conocer en qué (en qué circunstancias, respecto de qué bienes, etc.) somos iguales o deberíamos ser tratados por igual.

RESPUESTA A PÉREZ LUÑO, ATIENZA Y RUIZ MANERO

Tanto las acotaciones de Antonio-Enrique Pérez Luño como los problemas que señalan Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero me obligan a precisar algunos puntos, reformular ideas y ampliar ciertos temas de mi trabajo sobre el concepto de derechos humanos. Les agradezco vivamente el interés y la minuciosidad con que lo han leído. Si en algo mejora con esta respuesta sólo a sus observaciones será debido.

Pérez Luño termina sus acotaciones con una invitación a aceptar, de la mano de Miguel de Unamuno, una teoría consensual de la verdad. Es una invitación que en principio me siento inclinado a aceptar, aunque debo llamar la atención sobre lo escasamente autorizado que se halla don Miguel para hacer semejante propuesta. Disentir, y no tanto consentir verdades, fue siempre la impronta básica de su vida intelectual. Y escrutarlas: «inquirir verdades y decirlas», ése era para él el «santo oficio» del escritor. Mucho peor dotado que don Miguel, pero algo deudor suyo, lo que me propongo con mi trabajo es, precisamente, tomar la idea convencional, convenida, consentida de «derechos humanos», «inquirirla» y poner de manifiesto, a través de un análisis crítico, algunas dificultades internas que puede llevar consigo.

En particular llego a dos conclusiones provisionales: a) Si definimos la noción de «tener un derecho» en términos de que otro u otros tengan un deber u obligación, entonces el lenguaje de los derechos es redundante y nos vemos obligados además a atribuir una prioridad lógica y axiológica a los deberes u obligaciones sobre los derechos. Como esta implicación me parece indeseable trato de reformular la noción de «tener derecho» en otros términos, con el fin, entre otros, de no poner en peligro la prioridad, sobre todo axiológica, de los derechos humanos. b) Si definimos, como es verdad convencional, los derechos humanos como derechos universales, «prima facie» e inalienables, entonces estamos haciendo referencia a proposiciones de una gran fuerza prescriptiva y ello no parece compadecerse bien con una incesante ampliación del catálogo de los mismos sin que acabemos por encontrarnos sumidos en severos dilemas teóricos y prácticos. En mi trabajo trato solamente de llamar la atención sobre ello con el fin de que dediquemos algo de nuestro tiempo a pensar en estos posibles dilemas.

Al hilo de esas conclusiones provisionales trataré de responder y comentar las observaciones de mis colegas. Acepto que mi definición de la noción de «tener derecho...» pueda ser «explicativa» en los términos que menciona Pérez Luño, pero sólo pretende eludir la implicación de redundancia a que he aludido; no apetecen mayores dosis de autoridad. Respecto a la definición de «derechos humanos» creo que más bien trato de llevar a cabo un análisis de las implicaciones de una definición lexical

o lexicográfica muy usual y que tácitamente hago también mía. Para llegar a ambas tengo que abrir primero la cuestión de si los derechos son definibles en términos de modalidades deónticas típicas y postulo que no lo son. Desgraciadamente utilizo un término infeliz, «parafrasear», para expresar la posible interdefinibilidad entre «derecho» y «deber» dados dos actores, y Atienza y Ruiz Manero me llaman justamente la atención al respecto. Sin embargo no parecen ser críticos con la tesis principal, a saber: que mediante expresiones deónticas típicas no se puede agotar la significación de «tener un derecho».

Pero yo doy un paso más allá: propongo que no sólo las normas de conducta típicas (enunciados deónticos) sino tampoco las normas de competencia son capaces de agotar esa significación porque tanto las unas como las otras son «técnicas normativas de protección de derechos» más que derechos. Los derechos serían algo que estuviera *más allá* de las normas y constituyera la *razón* para articular esa protección mediante las normas. Y aquí, seguramente por mis propias dudas y mis infelices expresiones, empiezan a producirse desacuerdos aparentemente más serios. Porque puede quizás pensarse que lo que afirmo es que «más allá» del sistema normativo *jurídico* se dan unos derechos *jurídicos* que constituyen la *razón* justificatoria de normas de ese sistema. Y no se trata de eso.

Mi posición es que *cualquier* sistema normativo dotado de una cierta complejidad (sea jurídico, moral, social, de juegos, etc...) se presenta como un conjunto *dentro* del cual pueden hallarse elementos de muy diversa naturaleza, tales como normas (de conducta y de competencia), principios, descripciones, juicios de valor, definiciones, reglas técnicas, etc... Tales elementos están, permítaseme que insista, *dentro* del sistema normativo en cuestión, y se hallan relacionados entre sí por vínculos de muy diverso tipo. Uno de esos vínculos puede ser de naturaleza argumentativa práctica, de forma que unos elementos del sistema sean razones prácticas para la existencia de otros elementos del sistema. Y sostengo que para comprender qué es un derecho no puede uno limitarse a contemplar sólo las *normas* del sistema, sino que hay que ir «más allá» a la búsqueda de algunos de los otros componentes del mismo y de algunos de los vínculos que los interrelacionan, porque los derechos son miembros complejos de dichos sistemas. No creo que esto sea «confundir los derechos con el fundamento de los derechos» como afirman Atienza y Ruiz Manero porque, entre otras cosas, los derechos se presentan como razones *intrasistemáticas* de normas de conducta y de competencia, y el fundamento de un derecho sería más bien la justificación extrasistemática de sus componentes. A este respecto sugieren también ambos que puede producirse un sinsentido al calificar de p.e., inalienables a las 'razones' y no a los derechos. Sería en todo caso el mismo sinsentido que se produjera al calificar como 'posible' a una 'razón' cuando digo: «Que es posible que llueva es una razón para llevar paraguas». Lo que es posible no es la razón sino el hecho de que llueva. Lo que es 'inalienable' no es la razón sino el estado de cosas 'bueno' que suministra esa razón.

Si estas cosas quedan claras creo que el núcleo de las acotaciones de Pérez Luño se viene abajo, y ello porque creo advertir que ha leído mi trabajo con la mirada usual del prejuicio «legalista». Trataré de explicar

esto. Los sistemas jurídicos modernos son particularmente complejos y minuciosos y como, por su propia naturaleza de «jurídicos», administran el uso de la fuerza, sus normas se ven con frecuencia satisfechas a través de un mecanismo especializado de «forzamiento». Muchas veces los sistemas jurídicos protegen los *derechos* que confieren mediante la técnica de poner en manos del titular la posibilidad de poner en marcha dicho mecanismo de «forzamiento», y ha sido seguramente la eficacia y la perentoriedad de dicha técnica de protección lo que ha acabado por llevar a muchos a sostener que sólo puede hablarse de «tener un derecho» cuando se puede poner en marcha el dispositivo institucional de la coacción. Pero esto no se corresponde con la realidad ¡ni siquiera en el ámbito del sistema *jurídico* mismo!

Para desterrar ese prejuicio hay que aceptar que del mismo modo que en el sistema jurídico al lado de las obligaciones encontramos *derechos legales*, en ese conjunto de proposiciones que llamamos moral o moralidad, si tiene la complejidad que hoy tiene, al lado de las obligaciones morales encontramos *derechos morales*. Y por lo mismo que las obligaciones o deberes morales no tienen una conexión necesaria con las obligaciones o deberes legales, los derechos morales no la tienen tampoco con los derechos legales. Es decir, el hecho de que algo sea obligatorio moralmente no implica que sea obligatorio legalmente; y que alguien tenga un derecho moral no implica que tenga un derecho legal. Y al revés las cosas suceden exactamente igual: las obligaciones legales no tienen por qué ser necesariamente obligaciones morales, y los derechos legales no tienen por qué ser derechos morales. De forma que puede utilizarse la noción de 'derechos morales' sin que eso suponga «vehículo de intersección entre el Derecho y la Moral», como afirma Pérez Luño; y por mi parte sigo manteniendo que entre Derecho y Moral no hay conexiones necesarias o conceptuales, aunque pueda haberlas históricas y contingentes.

Pues bien, si concebimos el iusnaturalismo como una teoría del derecho que afirma que al lado (o por encima, o más allá...) del orden jurídico empírico hay otro orden normativo *también jurídico*, más o menos extenso, y con el que aquél mantiene o debe mantener determinadas relaciones, entonces resultará claro que mi posición *no* es iusnaturalista. Cuando Kelsen critica al iusnaturalismo como «Dualismo en la teoría del derecho», lo que niega es que *lo jurídico* se presente en la realidad en dos manifestaciones distintas: lo *jurídico*-natural y lo *jurídico*-positivo. Pero no niega que por un lado se dé un orden jurídico y por otro una moralidad, y no niega, por cierto, tampoco, que por un lado haya 'derechos jurídicos' y por otro 'derechos morales'. Esa es mi posición.

Y vamos al centro de la cuestión. Si aceptamos que tenemos el orden jurídico empírico (nacional o internacional) por un lado, y la moralidad por otro, y que tenemos en el primero, derechos *legales* y en la segunda, derechos *morales*, ¿dónde situamos los «derechos humanos»? Si los situamos en el orden jurídico positivo como derechos legales nos vemos en la tesitura de tener que afirmar que sólo tienen «derechos humanos» aquellos seres humanos que son destinatarios de las normas y demás

elementos de ciertos sistemas jurídicos empíricos. Y, entonces, a la pregunta ingenua ¿viola el régimen de Pinochet los derechos humanos?, tenemos que contestar: NO, porque los chilenos *no tienen* derechos humanos (o no tienen ciertos derechos humanos). ¿Violaba el régimen de Franco los derechos humanos? No, porque hasta 1978 los españoles no tuvieron derechos humanos. Es cierto que podemos apelar a la Declaración «Universal» de las Naciones Unidas, pero las salidas son tan poco convincentes como éstas: el nazismo, que es anterior a esa declaración, no violó, por lo visto, los derechos humanos.

Esto no sólo me insatisface personalmente sino que me parece contrario a la más elemental semántica de la expresión 'derechos humanos'. Siempre se ha dicho que la condición de «ser humano» era lo único que se necesitaba para ser titular de 'derechos humanos' y creo, por mi parte, que en Chile se violan y en la Alemania nazi se violaron gravemente los derechos humanos, fuera cual fuera el sistema jurídico-positivo imperante. Pues bien, el único camino para conferir un significado libre de aporías a estas ideas es mantener que tales derechos son derechos morales, de forma tal que los sistemas jurídicos que no los reconozcan traicionan exigencias morales de gran importancia y violan derechos. Esas exigencias o pautas morales, esos derechos morales, son tales que su desconocimiento justifica acciones como la desobediencia a las leyes y la resistencia a la opresión jurídico-positiva. Y en este sentido la voz de Antígona sigue teniendo el vigor de siempre.

Dando por sentado que los derechos humanos son derechos morales y no pueden ser otra cosa mi argumentación es hipotética: *Si* se mantiene que los derechos humanos son derechos universales, derechos moralmente muy fuertes y derechos inalienables, entonces no podemos pensar que su nómina crece sin cesar al ritmo de los tiempos, y en particular no podemos arriesgarnos a suponer que se reproducen en «generaciones» con cierta rapidez, sin que se ponga gravemente en cuestión que son derechos *fuertes* y para *todos* sin excepción. Al menos no lo podemos pensar en un mundo escaso y superpoblado como el nuestro. Los derechos humanos, *si* son así, tienen que ser pocos para muchos y no muchos para pocos, y la teoría de las «generaciones» desemboca seguramente en esta segunda posibilidad.

Estoy seguro de que la preocupación de Pérez Luño por los problemas de los derechos humanos llamados de la «tercera generación» obedece a inquietantes realidades de nuestro tiempo que nadie con un mínimo de sensibilidad moral puede ignorar. De lo que no estoy tan seguro es de que se necesiten «nuevos» derechos humanos para hacer frente a esas realidades. Para expresarlo con una idea que, como tantas otras, he aprendido de Ernesto Garzón Valdés, creo que de las «viejas» premisas éticas se pueden seguir obteniendo conclusiones aptas para responder a los nuevos desafíos. No se trataría, por tanto, de nuevos derechos o de nuevas generaciones de derechos, sino de respuestas de las exigencias morales básicas ante nuevos interrogantes. Y esto no es una mera opción de preciosismo metodológico sino algo que puede determinar que dispongamos o no dispongamos de criterios para resolver los dilemas morales que han de presentarse. Porque si concebimos cada respuesta a un

nuevo problema como el nacimiento de un derecho fundamental que, como tal, tendrá la fuerza y la perentoriedad de todos los derechos fundamentales, las contradicciones entre demandas morales fuertes serán incesantes y, con cierta facilidad, insolubles. Si, en cambio, concebimos esa respuesta como la articulación de un nuevo alcance para un postulado ético anterior, como una nueva «conclusión» o como un «derecho derivado», para seguir la terminología de Raz, estaremos en mejores condiciones para diseñar racionalmente el territorio y los límites de los derechos básicos en cada momento histórico. Mi desacuerdo con Pérez Luño no es tampoco en este caso, como se ve, insalvable. El tema, que sugieren Atienza y Ruiz Manero, de los posibles moradores del universo de los derechos humanos, es lo suficientemente amplio y complejo como para declinar cortésmente su invitación a abordarlo aquí.

Quiero, por último, hacer por mi parte algunas acotaciones a las acotaciones finales de Pérez Luño en la esperanza de que sirvan para iluminar un poco más las cuestiones dada la relevancia de los temas que suscita. En primer lugar unos comentarios sobre la función de la «historia» y de las concepciones de la historia en la teoría de los derechos humanos. Todo surge en torno a la idea de que el rasgo de «universalidad» que es inherente a la semántica de los derechos humanos, nos obliga a poner atención en aspectos del ser humano no especialmente determinados por circunstancias empíricas o por rasgos contingentes. Esa «descontextualización» parece que aleja mi propuesta de la historia y, en definitiva, de la realidad. Después de las consideraciones anteriores no creo que esto pueda mantenerse pero me da pie para cuestionar precisamente el papel de la «historia» como presunto artífice de los derechos humanos, que son, según Pérez Luño, una «categoría histórica». ¿Qué quiere esto decir? Si lo que quiere decir es que la idea de derechos humanos «aparece» y se desarrolla en la historia no tengo nada que objetar, sencillamente porque todo aparece, se desarrolla (si es que se desarrolla) y desaparece en la historia. También la más abstracta de las especulaciones racionales. Si lo que quiere decir, más bien, es que se trata de una categoría que aparece en un determinado momento histórico como consecuencia de ciertos problemas que provocan un desarrollo de la conciencia moral o jurídica que, al descubrir, por ejemplo, la individualidad humana como centro de imputación ética o agencia moral o jurídica, necesita de un nuevo instrumental conceptual para dar cuenta de sus nuevas percepciones y resolver los nuevos problemas, tampoco tengo nada que objetar. Esto constituye la explicación genética de la categoría, aunque he de advertir que no es privativo de ella pues todas las categorías científicas y culturales, incluso el cálculo infinitesimal o el álgebra de Boole, son categorías «históricas» en este sentido. Pero si lo que se sugiere con esa expresión es que la «historia» suministra una demostración o justificación de su validez científica o moral, entonces no puedo compartir semejante sugerencia. La validez de los enunciados se determina por argumentación racional, teórica y práctica, y el hecho de que se presenten en un momento histórico no añade nada a esa argumentación. La historia está llena de categorías erróneas.

Y me parece advertir que algo de esa tercera posibilidad hay en la vinculación que establece Pérez Luño entre las concepciones optimistas o progresistas de la historia y la expansión de los derechos humanos, por una parte, y entre las concepciones pesimistas de la historia y la reducción de los derechos humanos por otra. En primer lugar tengo que decir que detecto en sus acotaciones una cierta contradicción, porque no sé cómo se puede tener una concepción «progresista» u optimista de la historia y temer al holocausto termonuclear o la degradación irreversible de la naturaleza tanto como para tratar de oponerles toda una generación de derechos humanos. Con una concepción optimista de la historia sobran todas esas cautelas, y también las de las «generaciones» anteriores de derechos. No habría más que sentarse en la carreta de la historia para asistir al progreso ineluctable. Porque no sé cómo puede sostenerse concepción alguna de la historia, ni pesimista ni optimista, y al mismo tiempo defender un conjunto de postulados morales. La ética es, por naturaleza, contrafáctica, y una de sus preguntas fundamentales: ¿qué debo hacer?, presupone conceptualmente la existencia de un abanico contingente de opciones, lo que convive dificultosamente con la inevitabilidad de la historia. Porque, por último, no veo cómo pueda mantenerse una concepción de la historia, que no sea una pura arbitrariedad, en ningún caso. La «historia» es un *totum revolutum* de acciones e interacciones, azares y causalidades, hechos y actitudes de cuyo decurso sólo podemos enterarnos (para nuestro beneficio o nuestro perjuicio) una vez que ha sucedido, es decir, «post festum», sin que en mi opinión pueda alcanzarse a vislumbrar hoy por hoy la más remota posibilidad intelectual de hacer significativas y razonables conjeturas prospectivas hacia el futuro. No hay pues concepción alguna de la historia que se tenga mínimamente en pie, y decir de su decurso que es un movimiento «dialéctico» me parece, con todo respeto, un artificio cultista para traducir aquello de «si sale con barba San Antón y si no la Purísima Concepción», es decir, recurrir a un concepto a través del cual podemos explicar lo bueno y lo malo, el avance y el retroceso, la paz y la guerra, o lo que es lo mismo, podemos explicarlo y comprenderlo todo, y como dijo también don Miguel de Unamuno, comprenderlo todo es, en puridad, no comprender nada. Pero si la historia es un río inmenso y tumultuoso de problemas y soluciones, errores y aciertos, momentos sublimes e inmundicias morales, entonces el hecho de que algo venga flotando en ese río no justifica en absoluto su calidad científica o ética. Tenemos que usar un *conjunto de criterios* para diferenciar las soluciones buenas de las malas, los errores de los aciertos, los momentos de excelencia moral de las inmundicias éticas,... los derechos humanos del Terror o la guillotina que flotan a su lado. Y son esos *criterios* los que, en su caso, suministran un respaldo de validez científica o ética al conjunto de nuestras creencias, y no la historia ni nuestra concepción de la historia. A riesgo de suscitar otro debate ajeno a éste me atrevería incluso a decir que uno de los factores que nos pueden llevar al holocausto nuclear es, precisamente, la concepción optimista o «progresista» de la historia, y también, por qué no decirlo, la concepción religiosa de «esta» vida, providencia, y la «otra»

recompensa. Porque si tuviéramos perfectamente claro que la historia empírica es la única que tenemos y corre *sólo* de nuestra cuenta la conciencia antinuclear sería mucho más viva y eficaz.

Para terminar quisiera poner brevemente de manifiesto, las dudas que albergo respecto de la creencia de Pérez Luño en torno a lo que, según él, es una «consecuencia práctica» equivocada de mi posición sobre los derechos humanos. Me refiero al hecho, que parece a primera vista indudable, de que aquellos Estados donde más se reconocen los derechos humanos es donde más protección real y efectiva garantía de los mismos se puede constatar. Pero, pregunto, ¿los derechos humanos de quién? Y la respuesta tácita no puede ser más que una: los derechos humanos «de sus propios ciudadanos». Estamos, pues, ante un panorama en el que hay Estados en los que ese descubrimiento de «nuevas necesidades» de que habla Pérez Luño marcha tan rápidamente que está llegando a alcanzar cotas de auténtica sofisticación colectiva y cada día se «necesitan» cosas más superfluas y perecederas; exactamente los mismos Estados donde surgen como «derechos humanos» los derechos de «los consumidores» la «protección de datos» y la «calidad de vida», para satisfacer y proteger los cuales se hacen cosas tales como destruir literalmente, o congelar en stocks interminables, millones de toneladas de alimentos o bienes de primera necesidad con el único objetivo de «mantener los precios» o no poner en peligro el status de sectores «de sus propios ciudadanos» (o de parte de ellos). Mientras tanto la muerte por hambre o la vida en los límites de la pura supervivencia es la realidad cotidiana de una buena porción de la especie humana. Pues bien, si alguien piensa que los derechos humanos como categoría moral son *universales* tiene que preguntarse si las mayores y más usuales violaciones de los derechos, tan usuales que ni siquiera las advertirnos ya, no se estarán produciendo precisamente en aquellos Estados en los que, con las fronteras bien cerradas y sin dignarse a mirar por encima de ellas, no sólo se tiene «derecho humano» a alimentarse, sino también a la calidad y el buen empaquetado de los alimentos, no sólo se tiene «derecho humano» a la salud, sino también a elegir el médico más congruente con nuestro carácter, no sólo se tiene «derecho humano» a la educación, sino también a una amplia panoplia de ofertas ideales y morales al gusto de cada unidad familiar. Y así sucesivamente. No trato de sugerir que esta «opulencia» en el disfrute de los derechos sea la causa directa de aquella otra miseria, pero tampoco cabe olvidar que la protección efectiva de muchos de esos minuciosos y sofisticados «derechos humanos» se lleva a cabo sobre la base de una cantidad de recursos económicos y sociales muy considerable. Y ello me lleva a temer que desde los «otros» Estados, los «otros» ciudadanos miren a los derechos del hombre como un artículo de lujo que, como siempre, sólo pueden disfrutar en lugares remotos. Si para tener dignidad moral hay que tener fortuna geopolítica de nacimiento, los derechos humanos serán ignorados.

SOBRE EL STATUS ONTOLÓGICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El problema de los derechos humanos no solamente se ha convertido en nuestra época en un tema central de la discusión teórica, en la que participan activamente representantes de diversas disciplinas (juristas, filósofos, politólogos, etc.); desde el punto de vista de la política se trata de una cuestión sumamente actual, cuya importancia práctica difícilmente podría ser exagerada.

En el transcurso del desarrollo de la teoría de los derechos humanos fueron ofrecidas distintas propuestas para su fundamentación. Casi todas estas propuestas parten del supuesto de que los derechos humanos no pueden tener su fundamento (exclusivo) en el derecho positivo, pues la idea de derechos humanos cobra especial importancia cuando tales derechos son violados o no reconocidos por los ordenamientos jurídicos positivos. Para usar un ejemplo de Nino[1]: cuando en nombre de los derechos humanos se acusa a la Unión Soviética de no admitir otros partidos políticos que el partido comunista, la respuesta de que el orden jurídico de ese país prohíbe otros partidos sería claramente insatisfactoria. La razón es clara: una respuesta de este tipo, de ser verdadera, sólo confirmaría la legitimidad de la crítica. En este sentido parece claro que los derechos humanos no pueden reducirse a la regulación normativa, de un orden jurídico positivo, pues ellos ofrecen justamente el marco dentro del cual es posible la crítica de las leyes o instituciones del derecho positivo. De aquí parece inferirse que cuando un orden jurídico positivo otorga derechos humanos, en realidad no hace otra cosa que reconocer derechos ya preexistentes e independientes de lo que establece el orden jurídico en cuestión. Ahora bien ¿qué son estos derechos independientes del orden jurídico?

Las primeras formulaciones históricas de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo XVIII (*Bill of Rights* de la Constitución de Virginia, 1776, la declaración francesa de los derechos humanos de 1789) invocan expresamente el derecho natural. Los derechos humanos son concebidos como derechos otorgados por el derecho natural y su existencia no depende del derecho positivo. Lo único que queda al legislador es su reconocimiento.

En el transcurso del siglo XIX esta fundamentación de los derechos humanos perdió gran parte de su fuerza de convicción cuando el positivismo jurídico se convirtió en la concepción jusfilosófica dominante. Sin embargo, esta situación no fue vivida como una pérdida, porque los derechos

(1) Nino, Carlos S., *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1984, p. 24.

humanos fueron recepcionados bajo la forma de derechos y garantías constitucionales por la mayoría de los órdenes jurídicos positivos y tuvieron reconocimiento práctico por lo menos en el mundo «civilizado». (Por mundo civilizado se entendía en aquella época fundamentalmente Europa y los Estados Unidos; qué ocurría en otras partes del mundo, interesaba poco).

Recién con la aparición de los regímenes totalitarios en los años veinte y treinta de este siglo, regímenes que suprimieron en forma decidida los derechos y garantías constitucionales, se sintió una urgente necesidad de proporcionar a los derechos humanos una fundamentación más sólida que el mero derecho positivo para poder proteger esos derechos contra los regímenes totalitarios. A ello se agregó, además, la ampliación del mundo «civilizado». Ahora ya no puede ser contemplado con indiferencia lo que ocurre en Chile, África del Sur o en Corea.

Un problema práctico, la urgente necesidad de justificar el castigo de los crímenes del Tercer Reich, originó en los años cincuenta, es decir, pocos años después de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, una reacción contra el positivismo dominante hasta entonces, que condujo a una especie de renacimiento del derecho natural, sobre todo en Alemania. Pero es dudoso que la invocación del derecho natural era capaz de suministrar una fundamentación teóricamente satisfactoria (y no sólo psicológicamente convincente) para el mencionado problema práctico[2]. En todo caso en la polémica de los años cincuenta se encuentran muy pocos argumentos racionales contra el positivismo jurídico; la mayoría de los ataques al positivismo descansan en confusiones conceptuales. Así, por ejemplo, se ha atribuido a todos los positivistas ciertas doctrinas que en el mejor de los casos fueron sostenidas por algún epígono, pero que jamás fueron compartidas por las figuras rectoras del positivismo jurídico moderno como Hans Kelsen, Alf Ross, H. L. A. Hart o Norberto Bobbio. En efecto, se ha sostenido más de una vez que para el positivismo todo derecho positivo y en particular toda norma jurídica emanada del poder estatal es válida en el sentido de que debe ser obedecida, cualquiera que sea su contenido. Basándose en argumentos de este tipo se acusó al positivismo de haber facilitado el advenimiento del régimen nazi, olvidando que los ideólogos del nacionalsocialismo solían invocar el derecho natural para justificar las tropelías jurídicas del Führer y sus secuaces[3]. En realidad, el positivismo jurídico como teoría filosófica nada tiene que ver con las ideologías políticas y como bien decía Hume no hay peor argumento contra una teoría científica o filosófica que señalar sus presuntas consecuencias políticamente perniciosas.

---

(2) Cfr. Hart, H. L. A., «Positivism and the separation of law and morals», *Harvard Law Review*, vol. 71, n.º 4, 593-629. (Trad. castellana de Genaro R. Carrió, «El Positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral» en H. L. H. Hart, *Derecho y Moral*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1962).

(3) Cfr. Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho y «Naturaleza de las Cosas»*, vol. II, Córdoba, 1971.

No es de extrañar pues que este «renacimiento» del derecho natural no haya durado mucho tiempo. Autores como Kelsen, Ross, Hart y Bobbio[4] se encargaron de poner las cosas en su sitio. De todos modos esta polémica tuvo también su lado positivo: los positivistas se vieron obligados a clarificar el concepto de positivismo jurídico para definirlo con mayor precisión. De esta manera salieron a la luz diferentes y a veces incompatibles tesis que fueron sostenidas por distintos positivistas. Esto lleva a la distinción entre varios tipos de positivismo; un trabajo paradigmático en tal sentido es el de Bobbio[5].

Sin embargo, en los últimos tiempos se ha producido un nuevo renacimiento de las teorías jusnaturalistas, 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[6]. 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 la 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*[7].

¿Cómo fundamenta un autor moderno como Nino los derechos humanos? Nino comienza por señalar que el concepto de derecho subjetivo está referido a normas: proposiciones acerca de derechos subjetivos en general y de derechos humanos en particular son equivalentes a proposiciones acerca del contenido de las reglas o principios de un determinado sistema de normas (p. 23).

En esto Nino tiene sin duda razón. En el caso especial de los derechos humanos se trata de reglas o principios de un sistema *moral*. Por lo tanto los derechos humanos son, al menos en su sentido originario, *derechos morales*. Llegamos, pues, a la conclusión de que los derechos humanos otorgados por un orden jurídico son derechos morales, que el orden jurídico en cuestión reconoce, pero cuya existencia es independiente de ese reconocimiento.

---

(4) Cfr. Kelsen, Hans, «Naturrechtslehre und Rechtspositivismus» en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961-IV, pp. 8-45 (con traducción castellana de Eugenio Bulygin); Ross, Alf, «Validity and the conflict between legal positivism and Natural Law», ibídem, pp. 46-93 (con trad. castellana de Genaro R. Carrió v Osvaldo Paschero); Hart, H. L. A., op. cit., en nota 2, y Bobbio, Norberto, El *problema del positivismo jurídico* (trad. castellana de Ernesto Garzón Valdés), Buenos Aires, 1965.

(5) Cfr. el libro citado en la nota anterior.

(6) Cfr. Dworkin, Ronald, «Is Law a System of Rules?» en R. M. Dworkin, *The Philosophy of Law*, Oxford, 1977, (publicado originariamente en 1967 bajo el título «The Model of Rules», 35 *University of Chicago Law Review* 14).

(7) Op. cit. nota 1.

Cuando Nino habla de sistema moral no se trata de un sistema de moral positiva, es decir de una moral vigente de hecho en una sociedad determinada en un momento determinado, sino de una moral ideal o crítica. La moral ideal es para Nino un sistema de principios y juicios de valor que poseen validez objetiva, es decir, valen en todo tiempo y lugar, con independencia de su reconocimiento fáctico, y que son accesibles a la razón humana. De esta caracterización surge claramente que tal sistema moral no se distingue de un sistema de derecho natural, cosa que Nino admite sin tapujos (p. 25).

La fundamentación de los derechos humanos descansa, pues, en la hipótesis de un sistema moral objetivamente válido, accesible al conocimiento humano. No voy a examinar aquí las razones que da Nino en favor de la aceptación de esta hipótesis (aunque no puedo dejar de reconocer que estas razones no acaban de convencerme). Pero Nino cree que esta hipótesis también es aceptable para un positivista jurídico, al menos para un positivista conceptual, por oposición a un positivista ideológico. Para poder analizar esta afirmación de Nino es indispensable definir con claridad los conceptos de jusnaturalismo y positivismo, decisivos en este contexto.

El jusnaturalismo puede ser definido (y es definido también por Nino) mediante las siguientes dos tesis: a) La primera tesis afirma la existencia de un derecho natural, es decir, de un sistema de normas universalmente válidas y cognoscibles que suministran criterios para la justicia de instituciones sociales; b) La segunda tesis afirma que un sistema normativo que no se ajusta al derecho natural (esto es, se halla en conflicto con él) no es un orden jurídico.

La primera es una tesis ontológica; en cambio, la segunda tesis puede ser considerada como una tesis semántica, pues ella limita la extensión del concepto de derecho y sirve, por lo tanto, para la determinación del significado de la palabra «derecho».

Nino caracteriza el positivismo conceptual como la posición que niega la segunda, pero no la primera tesis del jusnaturalismo. Este tipo de positivismo se reduce, por lo tanto, conforme a Nino, a una propuesta semántica: a saber, usar la palabra «derecho» en un sentido más amplio, de modo que también los sistemas normativos injustos, es decir, que contradicen el derecho natural puedan ser llamados «derecho». No es de extrañar, pues, que toda la polémica entre los positivistas y los partidarios del jusnaturalismo se reduzca para Nino a una pseudodiscusión acerca del significado de palabras.

La conveniencia de la definición del positivismo propuesta por Nino resulta dudosa, pues la mayoría de los autores de cuño positivista consideran que su posición es incompatible con la creencia en la existencia de un derecho natural. Por ejemplo, autores como Kelsen, Ross y Hart (y también von Wright) consideran la negación de la tesis (a) como una característica definitoria del positivismo jurídico. Por el contrario, el positivismo jurídico, tal como lo define Nino, resulta compatible con la aceptación del derecho natural. Nino cree que la negación de la tesis (a) no es característica definitoria del positivismo jurídico, sino del *escepticismo*

ético. El escéptico en ética en el sentido de Nino no cree en la posibilidad de poder identificar un sistema normativo justo y universalmente válido (llámese éste derecho natural o moral ideal), sea porque tal sistema no existe (escepticismo ontológico), sea porque no es accesible para la razón humana (escepticismo gnoseológico).

Personalmente prefiero considerar el escepticismo ético como una característica definitoria del positivismo jurídico. Es interesante observar que un filósofo como G. H. von Wright, quien tiene poco que ver con el positivismo jurídico, caracteriza este último a través de las siguientes tres tesis: (1) Todo derecho es derecho positivo (creado por los hombres); (2) distinción tajante entre proposiciones descriptivas y prescriptivas (ser y deber), y (3) la concepción no cognoscitiva de las normas, que no pueden ser verdaderas ni falsas. Estas tres tesis implican que no puede haber normas verdaderas (ni jurídicas, ni morales) y por consiguiente no hay derecho natural. Si esto es considerado como escepticismo ético, entonces este último es una característica definitoria del positivismo jurídico en la concepción de von Wright.

Naturalmente, no tiene sentido discutir sobre el significado de las palabras y por lo tanto es en principio indiferente si el positivismo jurídico es definido como una tesis puramente semántica o como una tesis sustantiva. La pregunta interesante en este contexto es: ¿qué son los derechos humanos, es decir, cuál es su status ontológico para un positivista (en mi sentido del término) o para un escéptico ético en el sentido de Nino?

Es claro que si no hay normas morales absolutas, objetivamente válidas, tampoco puede haber derechos morales absolutos y, en particular, derechos humanos universalmente válidos. ¿Significa esto que no hay en absoluto derechos morales y que los derechos humanos sólo pueden estar fundados en el derecho positivo? Esta pregunta no es muy clara y no cabe dar una respuesta unívoca.

Por un lado, nada impide hablar de derechos morales y de derechos humanos, pero tales derechos no pueden pretender a una validez absoluta. Ellos sólo pueden ser interpretados como *exigencias* que se formulan al orden jurídico positivo desde el punto de vista de un determinado sistema moral. Si un orden jurídico positivo cumple o no efectivamente con esas exigencias es una cuestión distinta, que sólo puede ser contestada en relación a un determinado orden jurídico y un determinado sistema moral.

Por lo tanto, los derechos humanos no son algo dado, sino una exigencia o pretensión. Recién con su «positivización» 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 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.

Por eso, la fundamentación de los derechos humanos en el derecho natural o en una moral absoluta no sólo es teóricamente poco convincente, sino políticamente sospechosa, pues una fundamentación de este tipo tiende a crear una falsa sensación de seguridad: si los derechos humanos tienen una base tan firme, no hace falta preocuparse mayormente por su suerte, ya que ellos no pueden ser aniquilados por el hombre. Para la concepción positivista, en cambio, los derechos humanos son una muy frágil, pero no por ello menos valiosa conquista del hombre, a la que hay que cuidar con especial esmero, si no se quiere que esa conquista se pierda, como tantas otras.

La discusión en torno a la fundamentación de los derechos humanos presenta una marcada analogía con la que se suscitó al comienzo de la edad moderna y muy especialmente en la Ilustración respecto de la existencia de Dios. También en aquella época se esgrimió el argumento de que sin Dios el hombre se encontraría solo en medio de un universo hostil y la vida no tendría sentido. Pero si Dios no existe, de nada vale postular su existencia y fomentar la fe. Hay que probar la existencia de Dios de una manera independiente de las tristes consecuencias que acarrearía su ausencia. Y si tal prueba no se produce, la actitud racional consiste en afrontar la realidad, exactamente como en el caso de los derechos humanos.

RACIONALIDAD PRÁCTICA Y TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN

LÓGICA Y ARGUMENTACIÓN EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA O TOMAR A LOS JURISTAS INTÉRPRETES EN SERIO (*)

a Giovanni Tarello

Esta ponencia sobre la interpretación, presentada en un Congreso en el que falta la ponencia de apertura, general, sobre la interpretación, está dedicada a Giovanni Tarello, algunas de cuyas tesis fundamentales precisamente sobre la interpretación se discuten aquí.

Críticamente: porque la filosofía como actividad es, necesariamente, análisis crítico; y la filosofía como producto, si se toma como objeto del discurso y no se la desnaturaliza, no puede sino tomarse como objeto de análisis critico. La filosofía no se puede santificar.

Comencé a escribir sobre filosofía del Derecho hace exactamente veinte años, en la primavera de 1967, y escribí cuatro páginas de glosa, un poco pedante (a los veintidós años yo ya era pedante), a una página de una espléndida ponencia de Giovanni Tarello, después del primer «Seminario de S. Giuseppe» que tuvo lugar en Turín[1]. Después de veinte años sigo estando en el mismo punto: haciendo únicamente glosas un poco pedantes. No ya, sin embargo, a una espléndida ponencia, porque esta vez la ponencia no existe; sino a un libro asimismo espléndido. El libro sí existe; y en el libro está el autor[2].

Hablaré de la interpretación jurídica entendida como interpretación *del* Derecho.

El término «interpretación» remite en seguida al término «significado». Pues bien, hablaré de la interpretación que se refiere al significado *del* Derecho, y no al significado *de* Derecho, es decir, que no se refiere *al Derecho como significado*. O lo que es lo mismo, hablaré de la interpretación que se refiere al significado que el Derecho *tiene*, y no al significado que el Derecho *es*[3].

(*) Ponencia presentada al XVI Congreso Nacional de la Sociedad Italiana de Filosofía Jurídica y Política (Padua, 21-23 de mayo de 1987).

[1] Cfr. las Actas de aquel Seminario, celebrado el 19 de marzo de 1967, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», XLIV, 1967/3, pp. 417-568.

[2] G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.

[3] En la terminología de la obra póstuma de Kelsen se diría: referente al *Inhalt* y no al *Sinn* del Derecho. Cfr. la distinción entre «interpretación de significado» e «interpretación de sentido», en U. SCARPELLI, *L'interpretazione. Premesse alla teoria dell'interprerazione giuridica*, U. SCARPELLI-V. TOMEO (eds.), *Società, norme e valori. Studi in onore di Renato Treves*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 139-165.

En la interpretación jurídica, en efecto, o sea en la interpretación en la esfera del Derecho, hay que distinguir entre:

a) la interpretación del Derecho; y

b) la interpretación de algo como Derecho[4].

Es claro que, consideradas éstas como dos fases distintas de un procedimiento complejo, pero unitario, b) precede lógicamente a a). Sin embargo, el uso de «interpretación jurídica» para aludir a la interpretación de algo como Derecho es mucho menos frecuente que el otro, de forma que, creo, tenemos buenas razones para considerarlo secundario.

Como (casi) siempre sucede, también esta rígida bipartición admite, o genera, un híbrido *tertium quid*, o sea, una interpretación ni (sólo) en sentido a), ni (sólo) en sentido b): piénsese en la interpretación de los Arts. 16 al 31 de las «Disposiciones sobre la ley en general» elaborada para justificar la tesis de la relevancia o irrelevancia constitucional del Derecho internacional privado; o piénsese en la interpretación elaborada para justificar la tesis de que una determinada norma es de Derecho común o excepcional.

Estrechamente relacionado con «interpretación» está -como ya he recordado-, «significado». Y, al igual que la interpretación, el significado jurídico -también esto lo he dicho ya- puede ser o el significado *del* Derecho, es decir, la mayoría de las veces de una particular porción o segmento del Derecho (regla, instituto, disposición), o el significado *de* Derecho, es decir, el Derecho como significado. Y también está, como *tertium quid*, el significado de constitución, el significado de ley, el significado de acto administrativo, etc.; con tal de que, naturalmente, no se entiendan las atribuciones de dichos significados como meras particularizaciones de categorías normativas abstractas, en cuyo caso, entre otras cosas, escaparía a tal conceptualización el «significado de constitución», al no existir ninguna norma de nivel superior al constitucional que especifique qué o cómo es o debe ser la constitución[5].

Por último, respecto al concepto de Derecho, es decir, a la problemática relativa al significado del término «Derecho», no me parece que usualmente se incluya en la temática de la interpretación jurídica: esta última, en cualquier caso, es con seguridad dependiente de aquélla[6].

Resumiendo, podemos distinguir:

1) La interpretación de «Derecho», es decir, la actividad de responder, o la respuesta, a la pregunta «¿qué es el Derecho?», que significa plantearse el problema de la juridicidad.

---

[4] La que Peczenik llama «transformación en Derecho»: Cfr. A. PECZENIK, *The Basis of Legal Justification*, Lund, 1983, cap. II: *Transformations into the Law*, pp. 3-32.

[5] Cfr. L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della costiluzione tra applicazionedi regole ed argomentazione basata su principi*, en ID. *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 1986, pp. 91-129.

[6] Cfr. U. SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*. Milano, Nuvoletti, 1955.

2) La interpretación de algo como Derecho, es decir, la actividad de responder, o la respuesta, a la pregunta: «¿cuál es el Derecho?», que significa rastrear, reconocer la juridicidad.

3) La interpretación del Derecho, es decir, la actividad de responder, o la respuesta, a la pregunta: «¿qué dice, o prescribe, el Derecho?», que significa dar sustancia a la forma de la juridicidad, llenar de contenidos la juridicidad.

Hablaré de 3). Entenderé la interpretación jurídica como *la interpretación del Derecho*.

III

Hablaré de la interpretación jurídica *de la ley*. Si, como acabo de explicar, se entiende la interpretación jurídica como la interpretación del Derecho, entonces la interpretación de la ley ha de entenderse como la interpretación jurídica de la ley, o como la interpretación *del* Derecho *en* la ley[7].

Quiero decir que en las expresiones «interpretación del Derecho» e «interpretación de la ley» los dos genitivos, los dos complementos determinativos, no tienen el mismo significado, la misma función, ni la ley ha de entenderse como *species* del *genus* Derecho.

La ley ha de entenderse como una de las *fuentes* del Derecho. Y así la interpretación de la ley como interpretación jurídica ha de entenderse como *la búsqueda del Derecho en la ley*, o como *la reconducción del Derecho a la ley*.

Se podría, obviamente, proceder también a una interpretación *no jurídica* de la ley, sino -por ejemplo- *literaria* (puesto que la ley está escrita tal como hablaba monsieur Jourdan: en prosa), o *filosófica* (puesto que ciertamente es posible extraer de la ley una filosofía).

IV

Por «ley» entenderé aquí, estipulativamente, simplemente normas generales de Derecho expresadas en forma escrita, establecidas en forma escrita. Es decir, aquellas normas en relación con las cuales *preexiste a la interpretación un texto*, que es *el* texto: un texto preciso, que el intérprete no está autorizado a modificar.

Y esto no sucede siempre en el Derecho. No sucede ni en relación con las normas de Derecho consuetudinario[8], ni en relación con las normas extraídas de los precedentes jurisprudenciales, y/o de su ratio[9].

---

[7] Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione...* cit. I. 2, pp. 5-11.

[8] Las recopilaciones de usos, por ejemplo, en nuestro sistema jurídico, hacen ley sólo salvo prueba en contrario: Cfr. art. 9 de las Disposiciones sobre la ley en general.

[9] Cfr. W. TWINING-D. MIERS, *How toDo Things With Rules*, 2.ª ed. London, Weidenfeld and Nicolson, 1982, p. 137: «often we can treat the expression or formulation of a rule as being for practical purposes the rule itself; but it is sometines crucial to

Resumiendo: hablaré de la interpretación jurídica como la búsqueda, y/o el hallazgo, del Derecho en un texto.

V

En la serie de distinciones que trazaré aquí inmediatamente a continuación a propósito del significado de «interpretación» en la expresión «interpretación jurídica de la ley», radica, en realidad, todo el sentido de mi ponencia.

Y la tesis que intento sostener es ésta y sólo ésta: que, dados los distintos significados que en seguida veremos del término «interpretación», no se puede inferir de la especificación de los, o de algunos, caracteres de la interpretación en uno de sus sentidos, la presencia o la ausencia de los mismos caracteres, o de caracteres correlativos, en la interpretación entendida, sin embargo, en otro sentido del término.

La distinción fundamental es obviamente la ya habitual entre:

1. Interpretación-actividad.

2. Interpretación-producto[10].

1. es el interpretar; 2. es el resultado de interpretar. Pero (lo cual para mí es más importante ahora, e inusual), en la interpretación-actividad hay que distinguir entre:

1.1 interpretación-actividad noética;

1.2 interpretación -acto lingüístico;

1.3 interpretación-actividad dianoética[11].

En consecuencia, en la interpretación-producto hay que distinguir entre:

2.1 interpretación-producto de la actividad noética;

2.2 interpretación-producto del acto lingüístico;

2.3 interpretación-producto de la actividad dianoética.

1.1 Es el «fenómeno mental de la atribución de un significado a un documento»[12];

1.2 es la «adscripción de un significado a una

---

distinguish between the notion of a rule and the notion of a formulation of a rule. One reason why this distinction can be important is because some difficulties about interpreting rules arise from the fact that they have no agreed or official verbal formulation or that the rule has only been partly expressed in words. Disagreements may then arise as to what is precisely the 'correct' or 'true' wording of the rule. This particular kind of doubt is absent when there is an agreed official text in which the rule is expressed in a specific form of words»; ID., op. cit., p. 267: «One outstanding characteristic of rules of law derived from cases is that they are rules not in fixed verbal form. A case can be of precedent value even if no rule was articulated by the court, indeed if no reasons were given for the decision. Furthermore, even if a rule is stated very precisely and explicitily in a judgement, no one is bound by the exact form of words.

[10] Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione*..., cit., II. 6, 39-42.

[11] Los términos «noético» y «dianoético», de los cuales en estas acepciones confieso que no estaría en absoluto en condiciones de hacer su historia, me han sido sugeridos por Amedeo Conte, a quien estoy infinitamente agradecida por el tiempo que me ha dedicado para discutir esta ponencia *in fieri*.

[12] G. TARELLO, *L'interpretazione*..., cit., p. 39.

disposición»[13]; 1.3 es el «tipo de actividad que se dirige a elucidar el significado de un enunciado»[14]. (En adelante, para simplificar, sustituiré «documento», «disposición» y «enunciado» por «signo»: lo cual puede hacerse, creo, sin que ello prejuzgue nada).

Pues bien: 1.1 es una aprehensión, una comprensión, un entender; 1.2 es una enunciación de un enunciado interpretativo; 1.3 es un razonamiento, una justificación, una argumentación[15].

En consecuencia: 2.1 es un significado -lo que se entiende o se ha entendido-; 2.2 es también un significado, pero sólo si existen condiciones o criterios de validez del acto, pues de otro modo, creo, es sólo una adscripción de significado; 2.3 *no es un significado, y no es una adscripción* de significado, sino que es un enunciado o una proposición del tipo: «S (el signo S) ha de entenderse como S' (tiene el significado de S')», y es la conclusión de un argumento.

VI

Hablaré de la interpretación jurídica de la ley como actividad dianoética. Por tres razones. Por una razón contingente: el título de la ponencia que me ha sido asignada[16]. Por una razón subjetiva: mis preferencias e inclinaciones científicas. Por una razón ni contingente ni subjetiva: una concepción de la filosofía del Derecho.

Yo entiendo la filosofía del Derecho como metajurisprudencia, es decir, como metodología jurídica. Ahora bien: yo tendería a distinguir la metajurisprudencia filosófica de una sociología del conocimiento jurídico. Esta sí, se ocuparía de la interpretación jurídica como actividad noética, y tendería a explicar por qué el jurista ha entendido, con ese signo, ese significado, y a qué lleva o tiende, o es funcional, esa interpretación.

Otra cosa, creo yo, o al menos también otra cosa, es lo específico de la metajurisprudencia filosófica o metodología jurídica: de la filosofía del Derecho. Yo creo que es otra cosa porque creo que todavía tiene

---

[13] R. GUASTINI, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Torino, Giappichelli, 1985, p. 102.

[14] «The form of activity which aims at expounding the meaning of an utterance» (A. ROSS, *On Law and Justice*, London, Stevenson and Sons Limited, 1958, p. 117).

[15] Una prueba de que la interpretación como actividad, o acción, puede entenderse en sentidos diversos, viene dada por la crítica que Betti, después de definir la interpretación como «la acción cuyo resultado o evento útil es el entender», dirige a Heidegger: «la tesis de Heidegger (compartida por Bultmann y Gadamer) invierte el orden lógico de un entender preliminar, que sería un presupuesto de la actividad interpretativa» (E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 59, y nota 4). Parece claro que las dos distintas concepciones de la interpretación pueden ser interpretadas útilmente (aun cuando sin duda reductivamente) como dos conceptos distintos de «interpretación».

[16] El título de la ponencia, dentro del tema congresual de la interpretación jurídica, título ahora modificado para su publicación, era: *Gli studi sulla logica, il linguaggio e l'argomentazione*.

un sentido, e importante, a pesar de tantas cosas, a pesar del post-positivismo, del post-popperismo, a pesar del post-casi-todo (y también, naturalmente, dado que hoy no se puede dejar de hablar de ello, de la post-modernidad), la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación[17].

Pues bien, quien acepta todavía esta distinción no puede dejar de pensar que el campo de estudio de la metodología jurídica es el contexto de la justificación jurídica[18]; y por lo tanto que el campo de estudio de la metodología de la interpretación jurídica es el contexto de la justificación interpretativa del Derecho[19]. Y que (la) función de la metodología es la de especificar, o descubrir, o diseñar, o retocar, o solamente examinar *el camino interpretativo* que sigue el jurista; el trayecto interpretativo, el sendero que los juristas recorren al interpretar. O los caminos, los trayectos, los senderos: el método, en suma.

Entendido el método como camino, no se puede, sensatamente, estar «contra el método». El camino, o los caminos, existen porque la gente se mueve. Tomemos en serio a la gente. El trayecto, o los trayectos interpretativos, existen porque los juristas interpretan. Tomemos a los juristas en serio.

VII

Pues bien, ¿qué hace el jurista intérprete cuando interpreta, con arreglo a lo que con este término, en cuanto término indicativo de una actividad, entiende el metodólogo?

---

[17] Cfr. H. REICHENBACH, *The Rise of Scientific Philosophy*, Berketey -Los Angeles, University of California Press, 1951, chapt. XIV.

[18] Cfr. U. SCARPELLI, *Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi* en ID, *L'etica senza veritá*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 251-285

[19] En el curso de la discusión que siguió a la lectura de esta ponencia, Enrico Pattaro planteó una reserva muy seria en relación con la legitimidad de la utilización, respecto a la actividad interpretativa, de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación. Señaló Pattaro, con razón, que entre la invención de una teoría científica, en la que la intuición tiene una parte notable, y la atribución de un significado a un termino o a un enunciado, actividad regida por *habitus* inducidos por convenciones lingüísticas difusas, hay en realidad muy poco en común. La observación es acertadísima, y la objeción daría en el blanco si yo intentara sostener que los significados de los términos se inventan, como las teorías científicas. Pero no es esto lo que yo sostengo, Sólo sostengo -y lo argumento razonando por analogía- que, igual que no es un sólido fundamento para refutar el racionalismo de los neopositivistas la observación de que las reglas de la lógica no son reglas de descubrimiento (cfr. S. TUGNOLI PATTARO, *La giuslificazione nella scienza: riflessioni per un confronto con l'etica e il diritto*, en L. GIANFORMAGGIO-E. LECALDANO (eds), *Etica e diritto. Le vie delta giustificazione razionale*, Roma-Bari, Laterza, 1986, pp. 277-283), tampoco puede ser un sólido fundamento para refutar un análogo racionalismo en la teoría de la interpretación jurídica la observación de que las reglas de la lógica no son reglas de atribución de significado. Creo que toda posibilidad de equívoco se podría eliminar si yo adaptase la terminología al nuevo uso de la distinción. Como Scarpelli, quien en el ensayo citado en la nota anterior ha hablado no de contexto de descubrimiento / contexto de justificación, sino de contexto de decisión / contexto de justificación, también yo podría hablar de contexto de atribución / contexto de justificación.

Cuando hace esto, *el jurista argumenta*, es decir, produce, estructura, organiza *argumentos interpretativos*.

Este enunciado es una obviedad porque, en base a cuanto acabo de decir, es sinónimo de este otro: en el contexto de justificación de una interpretación jurídica el jurista produce justificaciones interpretativas.

Esta obviedad corre pareja con otra: que la interpretación como actividad noética no es una actividad lógica[20], lo que se desprende del concepto mismo de actividad noética.

Y, si queremos una terna de obviedades, dado que son tres los significados de interpretación-actividad que he especificado, podemos añadir ésta: entendida la interpretación como acto lingüístico de adscripción de significado a un signo, al no existir ningún significado genuino de un signo, no existe ninguna interpretación como producto del acto lingüístico que pueda calificarse de *verdadera*[21].

Sólo que, y con esto llego a la primera versión de la tesis fundamental de mi ponencia, no se puede de la segunda obviedad -o sea, de la tesis según la cual la interpretación como actividad noética no es una actividad lógica- inferir que, entonces, la justificación interpretativa no es lógica sino, digamos, retórica[22].

Y además, y con esto llego a la segunda versión de la tesis fundamental de mi ponencia, no se puede de la tercera obviedad -o sea, de la tesis según la cual no existen significados genuinos de los signos ni interpretaciones verdaderas- inferir que, entonces, «falta un criterio objetivo para aceptar una interpretación y rechazar otra»[23], si con ello se quiere decir que «los argumentos aducidos por los operadores jurídicos a favor de sus opciones interpretativas tienen carácter no de argumentos lógicos, y por lo tanto incuestionables, sino más bien de argumentos retóricos, como tales más o menos persuasivos en relación con el auditorio y con una variedad de circunstancias»[24].

---

[20] «...todas las operaciones de atribución de significado a los documentos que constituyen el discurso de la ley... se sustraen a la 'lógica', cuyo empleo más bien presupone que tales operaciones ya han sido realizadas» (G. TARELLO, *L'interpretazione*..., cit., p. 82).

[21] «...de un discurso adscriptivo no tiene sentido preguntarse si es verdadero o falso, porque no se refiere a nada. Es por tanto insensata la cuestión tradicional: si existe una interpretación 'verdadera'». (R. GUASTINI, *Lezioni*..., cit., p. 104).

[22] Escribe Tarello, dos páginas después del fragmento citado en la nota 20: «Si la motivación de la decisión de atribuir un determinado significado a un documento normativo (y la argumentación de una propuesta relativa a tal decisión) no se encuentra cómoda en las reglas de la lógica, ¿no será por ventura la retórica capaz de proporcionar algún criterio?». (G. TARELLO, *L'interpretazione*..., cit., p. 85).

[23] R. GUASTINI, *Lezioni*..., cit., p. 105.

[24] Op. ult. cit., p. 108.

VIII

Hasta aquí, he propuesto sólo una tesis negativa, que es ésta: no se podría aducir como una buena razón a favor de la tesis de que la interpretación-actividad dianoética tiene (o no tiene) este o aquel carácter, la de que la interpretación-actividad noética o la interpretación-acto lingüístico tienen (o no tienen) este o aquel carácter[25].

Ahora quisiera proponer una segunda tesis negativa, estrechamente ligada a la primera[26], que es ésta: nada se puede inferir, en cuanto a los caracteres propios de una argumentación interpretativa, de los caracteres propios, o sólo de ciertos caracteres propios, de la relación signo/significado.

Esto por la muy sencilla razón de que la argumentación interpretativa es ciertamente un trayecto, un camino, que une dos lugares (locus, topos, son precisamente los términos de la tradición); pero estos lugares son, y no pueden ser otra cosa, *enunciados interpretados*. El lugar de partida, es decir, la premisa del argumento interpretativo, no puede ser más que un enunciado interpretado, y no puede ser un signo. Un signo no puede ser la premisa de un argumento, y por lo tanto tampoco de un argumento interpretativo, igual que no puede serlo una silla[27], y tampoco una virtud cardinal[28].

Esta es la tesis de Tarello[29], que comparto plenamente y de la que hago la siguiente utilización[30]: puesto que hay argumentaciones interpretativas, y puesto que las argumentaciones interpretativas no pueden tener signos como premisas y significados como conclusiones, se sigue que el hecho de que una relación signo/significado no tenga carácter lógico no dice nada acerca de los caracteres que pueda o no pueda tener una argumentación interpretativa.

Y, en efecto, decir que la relación signo/significado no tiene carácter lógico significa, bien mirado, decir que no tiene carácter argumentativo; lo cual, sin embargo, no implica, evidentemente, decir que no hay argumentaciones interpretativas.

---

[25] Ni Tarello ni Guastini aducen las tesis a que aluden en los fragmentos citados por mí respectivamente en la nota 20 y en la nota 21 *explícitamente y unívocamente* como fundamento de las tesis a que aluden en los fragmentos citados por mí en la nota 22 y en las notas 23 y 24. Sin embargo, si las razones no son ésas, no siendo posible encontrar otras en estos escritos suyos, la tesis según la cual los argumentos interpretativos no son lógicos carece, en estos mismos escritos, de justificación.

[26] Esta segunda tesis negativa puede considerarse, en realidad, el fundamento de la primera.

[27] Es decir, un objeto o referente.

[28] Es decir, un concepto o significado.

[29] Según la cual, como acabamos de ver en el pasaje citado en la nota 20, el empleo de la lógica presupone que las operaciones de atribución de significado han sido ya realizadas.

[30] Que, como puede verse fácilmente, es distinta de la suya.

Sostener lo contrario es como inferir de la negación del carácter de amistad en las relaciones de vecindad en el país X que, entonces, en el país X no hay relaciones de amistad.

En resumen, de la tesis según la cual las relaciones signo/significado no tienen carácter lógico no se puede inferir más que lo siguiente: que las argumentaciones interpretativas son algo distinto de trayectos a través de los cuales de los signos se llega a los significados. Entre otras cosas, si se pudiese pasar de la negación de un carácter de la relación signo/significado a negar que ese mismo carácter pueda ser propio de la argumentación interpretativa, entonces se debería concluir también que la argumentación interpretativa ni siquiera puede tener carácter retórico.

IX

Hemos visto hasta ahora lo que es y lo que no puede ser, para operar como premisa de un argumento, la premisa de un argumento interpretativo. Veamos ahora qué es y qué no puede ser, para ser conclusión de un argumento, la conclusión de un argumento interpretativo.

Exactamente igual que la premisa de un argumento interpretativo no es un signo, la conclusión del mismo no puede ser un significado. Tanto la premisa como la conclusión de un argumento interpretativo no pueden ser sino enunciados interpretados, es decir, signos significantes.

La conclusión de un argumento interpretativo es (ya lo he dicho) un enunciado de la forma «S significa S'» (donde S ha de interpretarse como signo; el ser un signo es la *interpretación* de S); o bien de la forma: «El Derecho dice (o prescribe) S'» (y entonces, entre las premisas, estará la siguiente: «Porque en la ley está escrito S»).

La conclusión de un argumento interpretativo no es por tanto el significado del signo que se quiere interpretar, sino una tesis interpretativa: la tesis según la cual un signo (texto) se puede sustituir por otro porque ambos tienen, en el contexto en cuestión, el mismo significado. Mientras que resulta muy claro, me parece, que nadie podría hablar jamás de sustitución de un significado en lugar de un signo[31].

---

[31] Ciertamente es verdad que, si bien el significado no sustituye al signo, atribuir o adscribir significado no puede hacerse más que produciendo signos; Cfr. E. PATTARO, *Introduzione*..., vol. II, cit., p. 216: «El resultado o producto de la actividad interpretativa es una masa de nuevas expresiones lingüísticas... que se sustituye o añade las expresiones lingüísticas contenidas en las disposiciones jurídicas»; también R. GUASTINI, *Lezioni*..., cit., p. 104: «interpretar una disposición equivale a reformularla con otras palabras». Pero, si convenimos en la tesis «pragmatista» de que el significado es sólo un signo (considerado) sinónimo de aquello de lo que es significado (Cfr. Ch. HARTSHORNE and P. WEISS (eds), *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, vol. V, 1960, p. 323: «The next moment of the argument for pragmatism is the view that every thought is a sign»), queda siempre la diferencia de que las actividades noética y lingüística de la interpretación del signo S producen nuevas expresiones lingüísticas (por ejemplo S') a sustituir por S, mientras que la actividad dianoética de la interpretación produce enunciados del tipo: «el signo S puede (o debe) ser sustituido por S').

El argumento interpretativo es el que justifica una sustitución: el que justifica una opción interpretativa.

La argumentación interpretativa, a diferencia de la actividad dianoética del interpretar, no existe siempre, cada vez que se interpreta. La interpretación-actividad dianoética existe sólo si hay (si se considera que hay) algo que justificar, es decir, si hay objeciones, reales o presuntas, planteadas, a la opción interpretativa que se propone, a la sustitución del texto producido por el intérprete usuario (aunque sea sólo potencial) en lugar del producido por el legislador.

Todos, en efecto, entienden; pero no todos, y no siempre, razonan sobre lo que han entendido o entienden; primero, porque razonar es difícil; segundo, porque razonar sobre lo que se entiende supone la consciencia, en ningún caso obvia, de que también se podría entender otra cosa, o supone el conocimiento del hecho de que alguien ha entendido, o podría haber entendido o entender, otra cosa.

Por esto, entendida la interpretación como actividad-dianoética, o sea, como razonamiento interpretativo, *in claris non fit interpretatio* es tautológico[32] (con tal de que se reconozca, obviamente, que el ser o no ser claro es algo propio no de un signo, sino de una relación signo/significado, y que está en función de un contexto y de una situación)[33].

X

Llegada a este punto, no he probado todavía nada, en positivo. Sólo he probado, al menos espero haberlo conseguido, que una razón que se podría aducir para justificar la tesis de que los argumentos interpretativos no son lógicos no sería, en la realidad, una buena razón.

Pero insisto, todavía no he probado nada, en positivo, sobre el carácter de los argumentos interpretativos; y todavía queda absolutamente intacta, al menos así lo creo yo, la gran plausibilidad de la tesis de que, ello no obstante, los argumentos interpretativos no son nunca *válidos* o *inválidos*, sino sólo más o menos fuertes[34].

---

[32] Cfr. A. AARNIO, *Argumentation Theory and Beyond. Some Remarks on the Rationality of Legal Justification*, en «Rechtstheorie», 14 (1983), pp. 385-400, p. 389: «...the central problem in legal interpretation is how to *justify the choices* between (semantically and / or legally) possible alternatives. Having achieved this task, the scholar gives an answer to the question: *why* this and not some other interpretation is the proper one?».

[33] Cfr. A. ROSS, On Law and Justice, cit., pp. 111-123; Cr. también Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, p. 36: «... quand il s'agit d'un texte rédigé dans une langue ordinaire, dire que le texte est claire, c'est souligner le fait qu'en l'ocurrence, il n'est pas discute. Au lieu de tirer de la clarté d'un texte la conséquence qu'il n'est pas possible, raisonnablement, de ne pas être d'accord sur sa signification et sa portée, c'est plutût le contraire que nous pouvons affirmer: comme il ne fait pas l'objet d'interprètations divergentes et raisonnables, on le considère comme clair».

Ahora me ocuparé de esta tesis. Tras lo cual, advierto desde ahora, no llegaré aquí a ninguna conclusión positiva sobre el carácter de los argumentos interpretativos *en general*: únicamente tomaré como objeto de estudio una pequeñísima muestra de argumentación interpretativa para analizarla, y de ello algo extraeré, espero. Probablemente muy poco, pero eso no es grave. Lo que importa es que ese poco esté fundado; porque eso es la investigación, y éste es el método analítico en filosofía, y en la investigación en general: caminar paso a paso, pero cerciorándose con cuidado, a cada paso, de que el terreno que se ha ganado sea sólido. Pocos son capaces de volar.

Así pues, aunque no sean válidos algunos de los argumentos aducibles a primera vista a favor de la tesis de que los argumentos interpretativos no son lógicos, queda la gran plausibilidad de la tesis misma, que es ya casi un topos de nuestra cultura jurídica y metajurídica[35], y en esta tesis en sí, y en las razones de su plausibilidad, debo detenerme ahora. Para tal propósito, me parece indispensable dedicar algunas palabras al significado del término «argumento» en la expresión: «los argumentos interpretativos no son lógicos sino, por ejemplo, retóricos».

Hasta aquí, he usado el término «argumento» para designar la unidad mínima de la argumentación o justificación. El argumento es un período compuesto por varias proposiciones ligadas por vínculos de subordinación, y también eventualmente de coordinación, y tales que una de ellas se suponga inferida de las otras, que se aducen como garantía de su aceptabilidad[36].

---

[34] No es fácil decir qué es la fuerza de los argumentos. Cfr. Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *La Nouvelle Rhétorique. Traité de l'Argumentation*, Paris, Presses Universitaires de France, 1957, t. II, p. 611: «Pour se guider dans son effort argumentatif, l'orateur utilise une notion confuse, mais indispensable semble-t-il, c'est celle de *force des arguments*. Celle-ci est certainement liée d'une part, à l'intensité d'adhésion de l'auditeur aux prémisses, y compris les liaisons utilisées, d'autre part, à la relevance des arguments dans le débat en cours. Mais l'intensité d'adhésion, et aussi la relevance, sont à la merci d'une argumentation qui viendrait les combattre. Aussi la force d'un argument se manifeste tout autant par la difficulté qu'il y aurait à le réfuter que par ses qualités propres. La force des arguments variera donc selon les auditoires et selon le but de l'argumentation».

[35] La tesis, en efecto, se entiende a menudo ni más ni menos que como una reformulación de la tesis trivial según la cual, por ejemplo, «el hecho interpretativo se revela, en su esencia última, como un fundamental hecho cultural, que de ningún modo se puede separar de la personalidad y socialidad del intérprete... Y esto vale tanto para la interpretación de la narración del pasado como para la interpretación de normas imperativas que, para ser aplicadas, deben respetar las exigencias del mundo de hoy». (E. PARESCE, *Interpretazione (filosofia)*, en «Enc. Dir.», vol. XXII, Milano, Giuffrè, 1972, p. 174).

[36] «An argument... is any group of propositions of which one is claimed to follow from the others, which are regarded as providing evidence for the truth of that one... An argument is not a mere collection of propositions, but has a structure. In describing this structure, the terms 'premiss' and 'conclusion' are usually employed. The conclusion of an argument is that proposition which is affirmed on the basis of the other propositions of the argument, and these other propositions which are affirmed as providing

En este sentido, el argumento es el *logos*.

Pero «argumento» se usa también en el sentido de *topos*, es decir, en el sentido de una posible premisa del argumento como *logos*, o sea, en el sentido de esa garantía a la que me acabo de referir.

Loci, sedes argumentorum: aquí el *argumentum* no es el *logos* sino que es la premisa que se ha de encontrar para que de ella surja el *logos*, es decir, para comenzar a argumentar: y ésta es la tarea de la *inventio* retórica[37].

XI

Del argumento como lugar, o *locus*, o *topos*, no es predicable la validez lógica (exactamente igual que la validez lógica no es predicable del cielo estrellado), sino la bondad, o la fuerza. Del argumento entendido como *logos* se puede en cambio predicar tanto la bondad o la fuerza como la validez formal o necesidad lógica.

Lo que ocurre es que decir de un argumento entendido como *logos* que no es válido, pero es fuerte, es como decir de un hombre que no es alto, pero tiene los ojos azules[38]. Mientras que a menudo, cuando se dice que un argumento no es válido pero es fuerte, no se especifica ni siquiera implícitamente el sentido de «argumento», y entonces se cae en el mismo equívoco en que se caería diciendo: «El tiempo no era lluvioso, sino breve»[39].

Ahora bien, me parece que muchas veces, cuando se dice *de un argumento interpretativo en particular* que no es válido sino fuerte (que no es lógico sino retórico) es como si se dijese de un hombre que no es alto pero que tiene los ojos azules. Mientras que cuando se dice *de los*

---

evidence or reasons for accepting the conclusion are the premisses of that argument». (I. COPI, *Introduction to Logic*, New York, The MacMillan Company, 1961, pp. 7-8). Cfr. también Ch. PERELMAN, y L. OLBRECHTS-TYTECA, *La Nouvelle Rhétorique. Traité de l'Argumentation*, cit., T. I. pp. 251-258; y R. ALEXY, Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Tehorie der juristischen Begründung, Frankfurt a. M., Shukamp, 1978, p. 123.

37 Cfr. R. E. CURTIUS, *Europäische Literatur und lateinisches Mittelalter*, Berna, Francke, 1948, p. 77: «Wesentlich ist: jede Rede (auch die Lobrede) hat einen Satz oder eine Sache annehmbar zu machen. Sie Muss Argumente dafür aunführen, die sich an der Verstand oder das Gemüt des Hörers wenden. Nun gibt es eine ganze Rehie solcher Argumente, die für die verschiedensten Fälle anwendbar sind. Es sind gedankliche themen, zu beliebiger Entwickiung und Abwandlung geeignet. Griechisch heissen sie *koinói tópoi* sind also ursprünglich Hilfsmittel für die Ausarbeitung von Reden. Sie sind, wie Quintilian sagt, «Fundgruben für den Gedankengang» *(argumentorun sedes)*, sind also einen praktischen zweck dienstbar».

38 Es decir, de un argumento entendido como *logos* se dirá que es: o válido y fuerte, o válido *pero* débil, o inválido *pero* fuerte, o inválido *y* débil.

39 Porque se querrá decir, en realidad, que *la estructura* del argumento *no es formalmente válida*, pero que *la premisa* sobre la que se funda *es fuerte*.

argumentos interpretativos en general, que no son válidos sino fuertes (que no son lógicos sino retóricos) es como si se dijese del tiempo que no es lluvioso sino breve.

Porque fuerte o débil, más o menos persuasivo, viene referido en realidad al argumento como lugar, es decir, como razón o garantía o premisa del argumento como razonamiento o *logos*; y fuerte o débil, más o menos persuasiva, será considerada, por lo tanto, la conclusión del argumento como *logos*. Pero el argumento como *logos*, como período o estructura inferencial, sólo en sentido figurado habrá sido calificado, en este caso, de persuasivo o fuerte. Por metonimia o, mejor, por sinécdoque: el todo por la parte.

XII

Preguntémonos: ¿por qué nunca podría ser válido o necesario, o sea lógico, un argumento interpretativo que tenga la forma: «S' es Derecho, porque en la ley está escrito S»? Yo creo que la gran plausibilidad de esta tesis encuentra su explicación (léase bien: explicación y no justificación) en el hecho de la constatación obvia de que los problemas de interpretación jurídica admiten, casi siempre o muy a menudo, más de una conclusión[40].

Así pues, la disociación que acabo de trazar entre los dos significados del término «argumento» podría, en mi opinión, aclarar por fin el equívoco. En efecto, de un argumento como: «S' es Derecho porque en la ley está escrito S» no se puede decir nada, ni que es válido, ni que no es válido, ni que es un argumento más o menos fuerte o persuasivo, mientras no se explicite el argumento-premisa, o razón, o garantía, o regla de inferencia, o lugar.

El explicitarlo, o hace al argumento formalmente válido, o nos pone de manifiesto su invalidez formal. Y, en el segundo caso (ya se trate, por ejemplo, de una *reductio ad absurdum*, pero sólo en el caso de que no evidencie una contradicción lógica; o de un *argumentum a proportione* o analogía, pero sólo cuando los valores de las relaciones a equiparar sean cualitativos y no cuantitativos; pero también, por ejemplo, si se trata de una inducción, o de una abducción), quedará por sopesar la mayor o menor fuerza o persuasividad del argumento como *logos* así como, obviamente, en estos como en todos los demás casos, del argumento como *topos*.

Pero también un argumento interpretativo formalmente válido, si existen, podrá ser, según los contextos, más o menos fuerte o persuasivo; y también de un argumento interpretativo formalmente válido, si existen,

---

[40] Ejemplar, desde este punto de vista, es el siguiente pasaje: «in the context of interpretation most or even all of the reasons in an argument may be logically inconclusive, in that they do not support their conclusions as a matter of *logical necessity*. None of the reasons that may be advanced... logically compels the choice by the court of one of the conflicting interpretations». (W. TWINING -D. MIERS, *How To Do*..., cit., p. 250).

la conclusión interpretativa podrá ser calificada de más o menos fuerte o persuasiva todas las veces (y son casi todas) que la premisa, o razón, o lugar del argumento del cual esa conclusión es conclusión, sea, sólo, más o menos fuerte.

También es distinta, a su vez, evidentemente, la validez jurídica de la conclusión interpretativa, o sea, de la conclusión del argumento interpretativo; que no depende ni de la validez lógica de éste (al menos no necesariamente), ni de la aceptabilidad racional de su premisa (al menos no necesariamente); sino que depende únicamente de la autoridad (competencia) del órgano que es su autor, que la dicta.

XIII

Ahora quisiera poner a prueba todo lo que he sostenido mediante el análisis de una argumentación interpretativa de Derecho.

Me referiré a una controversia interpretativa suscitada recientemente a propósito de la construcción del delito de asociación de tipo mafioso.

El Art. 1 de la ley n.º 646 de 13 de septiembre de 1982, «Disposiciones en materia de medidas de prevención de carácter patrimonial e integraciones a las leyes n.º 1.423 de 27 de diciembre de 1956 y n.º 575 de 10 de febrero de 1962. Creación de una comisión parlamentaria sobre el fenómeno de la mafia», dice:

«Tras el Art. 416 del código penal se añadirá el siguiente: Art. 416 bis: *Asociación de tipo mafioso*. -El que formare parte de una asociación de tipo mafioso, constituida por tres o más personas, será castigado con la pena de reclusión de tres a seis años.

Quienes promovieren, dirigieren u organizaren la asociación serán castigados, sólo por ello, con la pena de reclusión de cuatro a nueve años.

La asociación es de tipo mafioso cuando quienes forman parte de ella se valen de la fuerza de intimidación del vínculo asociativo y de la condición de sometimiento y de compromiso de silencio (*) que se deriva de ese vínculo para cometer delitos, para adquirir de modo directo o indirecto la gestión o cualquier forma de control de actividades económicas, de concesiones, de autorizaciones, contratas y servicios públicos, o para obtener beneficios o ventajas injustas para sí o para otros.

En relación con el párrafo 3.º de dicho artículo, se ha planteado un problema interpretativo referente al significado de las palabras «se valen».

El problema es el siguiente: si las palabras «se valen» de la ley significan «se valen efectivamente» o «intentan valerse» o «acostumbran a valerse»; la relevancia de la cuestión es grande, como es fácil comprender, porque se trata de establecer si el delito en cuestión ha de entenderse como delito de resultado o de peligro. Ahora bien, yo no querría discutir ahora el fondo de esta cuestión, sino simplemente de qué tipo son los argumentos utilizados para justificar las diversas tesis interpretativas; es decir, de qué tipo de controles son susceptibles tales argumentos; para

(*) N. del T. -Se ha traducido por «compromiso de silencio» el término dialectal «omertà», con el que en el lenguaje de la mafia se designa la obligación de sus miembros de mantener en secreto sus actividades delictivas.

preguntarme, por último, qué y cuánto puede decir un análisis lógico y retórico de los argumentos acerca del valor de sus conclusiones.

Examinaré los argumentos aducidos para justificar la conclusión interpretativa según la cual «se valen» significa «se valen efectivamente»[41].

XIV

ARGUMENTOS **PRO**	ARGUMENTOS **CONTRA**
a) «El tenor literal de la disposición es inequívoco. El uso del verbo «se valen» no deja opción al intérprete, que no puede sustituir la expresión por otra que comprenda sin más el significado opuesto. En efecto, decir que son punibles con una determinada pena quienes «se proponen valerse» de la fuerza de intimidación, significa decir que son punibles también quienes no se valen y jamás se han valido de ella»[42].	

41 El modo en que presento en el texto los argumentos *pro* y *contra* una conclusión interpretativa me ha sido sugerido por W. TWINING -D. MIERS, *How to do*..., cit., pp. 237-240. He introducido, sin embargo, una variante: mientras Twining y Miers alinean los argumentos de este modo

Pro	*Contra*
a)	a)
b)	b)
c)	c)

yo he preferido presentarlos desalineados, para mostrar ya visiblemente que la producción de argumentos pro y contra una tesis interpretativa no tiene lugar fuera del tiempo, y fuera de un contexto, sino que todo argumento es una respuesta a otro que se ha producido antes, del cual intenta valer como refutación; y que la consideración de este dato es esencial para la comprensión de cada argumento y del sentido del combate interpretativo. En efecto, toda acción argumentativa, en la interpretación igual que en cualquier otro campo, es a la vez una defensa y un contraataque. La interpretación-actividad dianoética es, en suma, un discurso, es decir, está inserta en una actividad comunicativa, y no monológica. Cfr. R. ALEXY, *Theorie*..., cit., *passim*; y D. MACDONELL, *Theories of discourse. An Introduction*, Oxford, Blackwell, 1986, p. 1: «Discourse is social. The statement made, the words used and the meaning of the words used, depend on where and against what the statement is made».

42 G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, Cedam, 1984, p. 42. Este fragmento muestra con gran claridad que incluso el más simple argumento *pro*, el argumento literal, es, en realidad, un argumento *contra*: contra una interpretación distinta que ya se había defendido, y que tendía a superar el tenor literal de la disposición. Prueba de ello es la consideración del hecho de que la primera vez, que yo sepa, que se propuso entender el «se valen» de la disposición examinada como «se valen efectivamente», esta lectura (esta interpretación-actividad noética) no fue acompañada

b) «Los trabajos parlamentarios confirman la interpretación adoptada...

En la sesión conjunta decisoria de las Comisiones de Interior y Justicia de la Cámara de los Diputados celebrada el 5 de agosto de1982 se interpusieron dos enmiendas.

...En la discusión que siguió, el ponente de una de las enmiendas, el hon. Mammì, defendió su propuesta explicando que la elección del indicativo «se valen» servía para indicar «con claridad» que era necesario "el uso de esa fuerza"[43].

a) «El argumento literal tiene una relevancia menos decisiva y unívoca de lo que a primera vista pudiera parecer»[44].

b) «Para convencernos basta echar un vistazo a los trabajos preparatorios. [En efecto, en esa misma sede el hon. Mammì dijo también:] "A mi juicio el elemento constitutivo del hecho mafioso

por ninguna interpretación-actividad dianoética, por ninguna argumentación, no habiéndolo sido todavía, y al parecer no habiéndose propuesto ninguna interpretación distinta. Cfr. V. PAJNO, *Aspetti di diritto sostanziale e processuale della l. 13/9/82 n.º 646*, ponencia presentada en el Seminario organizado por el Consejo Superior de la Magistratura sobre el tema: «La ley n.º 646 de 13 de septiembre de 1982. Problemas interpretativos y aplicativos» (Maiori, 16-19 diciembre 1982), pp. 15-16 del texto mecanografiado: «Hay que destacar... que aunque se acoge... el principio inspirador de la originaria propuesta La Torre (es decir, la referencia a dicha fuerza intimidadora como elemento característico del delito), se ha modificado sustancialmente el concepto de asociación mafiosa como en ella se había previsto. Según la propuesta, ésta se calificaba así cuando «quienes forman parte de ella tienen la finalidad de cometer delitos o de cualquier modo obtener beneficios o ventajas para sí o para otros, valiéndose de la fuerza intimidadora del vínculo mafioso», y por lo tanto el delito continuaba manteniendo siempre, como el previsto en el art. 416 c.p., la naturaleza de delito de peligro. Por el contrario el art. 416 bis, como resulta del texto legislativo, se ciñe al ejercicio ya efectuado, por parte de los asociados, de la fuerza de intimidación, para la persecución de los objetivos en él indicados («se valen... para...»), lo cual incide profundamente en la naturaleza de dicho delito, diferenciándola de la que caracteriza al art. 416 c. p.».

43 G. SPAGNOLO, *L' associazione di tipo*..., cit., pp. 43-44-45.

44 G. FIANDACA, *L'associazione di tipo mafioso nelle prime applicazioni giurisprudenziali*, en «Il Foro It.», CVIII, 1985, parte V, col. 301-311, en la col. 303.

está representado por el hecho de valerse de la fuerza intimidadora de un vínculo asociativo y por la condición de sometimiento que se deriva de él. Respecto a la actual redacción del Art. 1, es por lo tanto oportuno modificar solamente la forma"... La relevancia sólo formal de la enmienda Mammì se encuentra por lo demás confirmada por la posterior intervención del hon. Violante, quien afirmó: "Por lo que respecta al uso del gerundio o del indicativo del verbo valerse, digo al instante que me parece una distinción solamente formal"... El intérprete que quisiera extraer argumentos de la sustitución del gerundio "valiéndose" por el indicativo "se valen" acabaría pues por atribuir al legislador histórico una consciencia que en realidad no tenía»[45].

a) «Obviamente esto no afecta a que al argumento literal se le pueda atribuir un peso determinante en el plano de la interpretación llamada objetiva, o sea, prescindiendo del fundamento y persuasividad de los puntos de vista subjetivamente manifestados por los redactores de ley en el curso de los trabajos preparatorios»[46].

c) «[Queda sin embargo, el hecho de que la pretendida interpretación literal] contradiría la *ratio legis* precisamente porque, paradójicamente, acabaría por circunscribir el ámbito aplicativo del nuevo tipo penal a límites más restringidos que los correspondientes

[45] G. FIANDACA, *op. cit*., col. 303-304.

[46] G. FIANDACA, *op. cit*., col. 304.

a la tradicional asociación para delinquir»[47].

c) «Los más restringidos límites de aplicación de la asociación de tipo mafioso respecto a la asociación para delinquir constituyen el resultado de la mayor tipicidad de la nueva incriminación y están por lo demás ampliamente justificados habida cuenta de la excepcional gravedad del conjunto de sanciones y medidas previstas para el nuevo delito. Parece, por el contrario, del todo razonable que a una mayor gravedad de las consecuencias jurídicas corresponda una mayor concreción del tipo»[48].

Como se habrá advertido, los argumentos a) *pro* y *contra* apelan al significado literal; los argumentos b) *pro* y *contra* apelan a la intención del legislador histórico; los argumentos c) *pro* y *contra* apelan a la *ratio legis*.

XV

Comencemos con un análisis de los argumentos a) *pro* y *contra*.

El argumento a) *pro* está formulado de manera ejemplar, desde el punto de vista expuesto en estas páginas. En efecto, pone de manifiesto con absoluta claridad, como ya se ha visto[49], que un argumento interpretativo es siempre un argumento contra una (distinta) interpretación que se sabe que se defiende o que se supone defendible; que el problema de la interpretación (de la interpretación -actividad dianoética) es ciertamente el problema de un texto y de un significado, pero es también el problema de la sustitución de un texto por otro.

En a) *pro* se habla cristalinamente de «sustitución de una expresión por otra». Al respecto, se sostiene que la sustitución de «se valen» por «se proponen valerse» representaría una interpretación *contra litteram*. De hecho, la expresión «se proponen valerse» se refiere conjuntamente a quienes «se proponen valerse y se valen» y a quienes «se proponen valerse

---

[47] G. FIANDACA, *Commento all'art. I. l. 13 settembre 1982 n.º 646*,en «Legislaz. Pen.», III, 1983/2, pp. 257-268, en la p. 261.

[48] G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo*..., cit., p. 49.

[49] Cfr. *Supra* notas 41 y 42.

y no se valen». De lo que se sigue que, con la interpretación *ex adverso*, se sustituiría «se valen» por «se proponen valerse *aunque* no se valgan».

Pues bien: ¿quién podría decir que éste no es un argumento lógico, y que igualmente sostenible (o sólo un poco más, o sólo un poco menos) sería la tesis opuesta? Fijémonos bien, la tesis opuesta es que la interpretación *ex adverso* no es *contra litteram*, y no que sea admisible. Porque en la discusión acerca de la admisibilidad de una interpretación *contra litteram* nada se dice del carácter necesario del argumento que se funda sobre la tesis de la inadmisibilidad de ese tipo de resultado interpretativo.

Sostener lo contrario sería como decir que el silogismo de Sócrates mortal no es un argumento necesario sino sólo persuasivo puesto que, no siendo -por hipótesis- cierto que todos los hombres son mortales, Sócrates podría no ser mortal. Y esto, como es obvio, es una falacia.

Y, dicho esto, vayamos a a) *contra*.

El argumento en realidad, como ya se habrá advertido, no es un argumento que, mediante el recurso al significado literal de los términos que aparecen en la ley, concluya que «se valen» no significa «se valen efectivamente». En efecto, a) *contra* es un meta-argumento; o mejor, es reducible a una aserción sobre el peso relativo que se ha de asignar al criterio literal y al de la intención del legislador histórico en la interpretación de una disposición legal. Por ello a) *contra* se divide en dos, y en medio queda el argumento mediante la apelación a la intención del legislador.

¿Qué cabe decir, entonces, de la contraposición entre a) *pro* y a) *contra*? ¿Es cierto que no se puede hablar, ni siquiera en línea de principio y no porque sea de hecho particularmente arduo, de corrección lógica ni de uno ni de otro?

No es cierto en absoluto, y ello es evidente. En realidad ambos argumentos son correctos, sólo que versan sobre objetos completamente distintos: a) *pro* trata de significados de términos, a) *contra* de cánones hermenéuticos. Es cierto que de los dos argumentos se derivan dos interpretaciones distintas de la disposición en cuestión, las cuales ni una ni otra puede, en virtud sólo de a) *pro* y de a) *contra*, considerarse con certeza válida. Pero, precisamente, no se debe confundir la interpretación-producto con la interpretación-actividad. Decir que ninguna de las dos interpretación-producto es con seguridad la justa, no es de ningún modo lo mismo que decir que ninguna de las dos interpretaciones-actividad consta de un argumento lógicamente necesario. a) *pro* concluye que la interpretación *ex adverso* es insostenible después de demostrar que es *contra litteram*. a) *pro* se compone por tanto de dos argumentos:

a) De un meta-argumento interpretativo lógicamente necesario que se basa en la premisa mayor (o lugar, o razón) implícita de que toda interpretación-resultado *contra litteram* es insostenible; y

b) De un argumento interpretativo que podríamos llamar la justificación externa de la premisa menor del anterior metaargumento interpretativo, es decir, de la demostración de que la interpretación *ex adverso* es *contra litteram*.

a) *contra*, en cambio, se basa en la premisa de que la fidelidad a la letra no puede constituir la única razón a favor de un resultado interpretativo, en los casos en que la intención del legislador histórico no sea absolutamente unívoca y conforme al significado literal de la disposición. Es evidente por tanto que a) *contra* nada dice en realidad contra la evidente necesidad lógica absoluta de a) *pro*; ni del meta-argumento, ni del argumento.

XVI

Vayamos ahora a b) *pro* y *contra*.

La relación entre estos dos argumentos es decididamente distinta de la existente entre los dos argumentos analizados anteriormente. En efecto, b) *contra* ha de entenderse en realidad como un intento de refutación de b) *pro*, es decir, como una crítica interna del argumento, y no sólo, como en el caso de a) *contra*, como una crítica totalmente externa, que discute no la validez sino la fuerza del argumento, que depende de la aceptabilidad de sus premisas.

b) *pro* tiene esta estructura:

1. Se debe interpretar una disposición según la intención del legislador histórico;
2. El legislador, al proponer la redacción «se valen» en sustitución de la anterior «valiéndose», ha aducido como razón de dicha propuesta que la forma verbal del indicativo expresa *el hecho de valerse* de la fuerza de intimidación;
3. Por lo tanto, el legislador ha entendido «se valen» como «se valen efectivamente».
4. Ergo el intérprete debe entender «se valen» como «se valen efectivamente».

b) *contra* tiene esta estructura:

1. Se debe interpretar una disposición según la intención del legislador histórico;
2. El legislador, al proponer la formulación «se valen» en sustitución de la anterior «valiéndose», ha aducido como razón de dicha propuesta que la forma verbal del indicativo expresa *el hecho de valerse* de la fuerza de intimidación;
3. Por lo tanto, no está demostrado que el legislador haya entendido «se valen» como «se valen efectivamente»;
4. Ergo no existe, en este específico caso, ningún vínculo impuesto al intérprete por el respeto debido a la intención del legislador.

Pues bien, me parece claro que b) *contra* es un argumento inválido. En realidad, de los datos aportados por el argumento, que son:

1. Que el legislador ha querido el término X en sustitución del término Y porque, ha dicho, X indica un hecho: y
2. Que el legislador ha entendido, con la sustitución de X en el lugar de Y, una modificación sólo formal de la disposición;

si se puede inferir algo, únicamente se puede inferir que el legislador entendió que, en esencia, el término Y (es decir, el gerundio «valiéndose») ya indicaba también él un hecho, aunque no lo hiciera tan limpiamente como el término X (o sea, como el indicativo «se valen»), y no entendió una intención o un hábito; y no se puede viceversa inferir que X (o sea, «se valen») según el legislador no haya de entenderse como que significa el hecho de valerse; porque ello se contradice con lo que ha aducido, como premisa, el argumento b) *pro*, que b) *contra* no discute, sino al que simplemente declara querer añadir otras premisas.

Ahora bien, un argumento válido no puede concluir contradiciendo lo que ha aducido en la (en una) premisa. Ésta es una cuestión de lógica. b) *contra* es por consiguiente un argumento inválido. Quizás también débil o inaceptable o no persuasivo: no lo sé. Pero, ciertamente, inválido.

XVII

Pasemos ahora a c) *pro* y *contra*, argumentos entre los que existe una relación asimismo distinta. A diferencia de a) *pro* y *contra*, los argumentos c) *pro* y *contra* apelan al mismo instrumento hermenéutico: la *ratio*. c) *contra* habla explícitamente de *ratio*; c) *pro* habla de razonabilidad, de justificación de la medida legislativa adoptada según la interpretación propuesta.

Pero, a diferencia de b) *pro* y *contra*, los argumentos c) *pro* y *contra* no están construidos sobre la misma premisa (aparte de la premisa -podríamos decir- del meta-argumento, es decir, la debida consideración de la *ratio* en la interpretación). Los argumentos c), en efecto, no se dirigen a la determinación de la *ratio*, como por el contrario tendían los argumentos b) a rastrear la intención del legislador en base a los mismos datos, constituidos por las actas de los debates en comisión, de las que b) *pro* citaba algunos extractos a los que b) *contra* añadía otros. Los argumentos c) muestran una estructura completamente distinta. La *ratio* de la norma está, en ambos, presupuesta; y cada uno la entiende a su manera. La *ratio* del 416 bis c.p. es, para c) *contra,* la de disponer una medida adecuada para combatir un fenómeno que, a menudo, no se lograba hacer entrar dentro del tipo del 416 c.p. La *ratio* del 416 bis c.p. es, para c) *pro*, por su parte, la de prever para la asociación *que delinque* medidas represivas más graves que las que el 416 c.p. ha previsto para la asociación *para delinquir*.

De la distinta concepción que se tenga de la *ratio* se deriva una distinta conclusión interpretativa. Una conclusión, la de c) *contra*, se extrae mediante una *reductio ad absurdum*; una conclusión distinta, la de c) *pro*, se extrae mediante un argumento *a proportione*, es decir, una analogía en el sentido clásico, aristotélico, del término, o sea, un argumento

basado en el presupuesto de la *coherence* o congruencia del sistema de Derecho, en el sentido de MacCormick.[50]

Ni uno ni otro argumento son formalmente válidos. El argumento *ab absurdo* no lo es porque no hay ninguna inferencia necesaria, es decir, formalmente válida, de «se debe perseguir el fin F» a «se deben disponer los medios adecuados para conseguir el fin F»;[51] y el argumento *a proportione* no lo es porque las relaciones a igualar son relaciones entre valores cualitativos y no cuantitativos.[52]

Sin embargo creo que se puede estar de acuerdo en el hecho de que la refutación de cada uno de los dos argumentos requeriría un gran esfuerzo y una dosis notable de habilidad retórica. Ambos argumentos son, en efecto, muy fuertes; y no puede considerarse, en el sentido propio del término «refutación», que uno de los argumentos refute al otro.

En efecto, que la conclusión de c) *pro* pueda parecer plausible a pesar de c) *contra*, en absoluto ha de imputarse y ni siquiera asociarse al hecho de que c) *contra* no sea un argumento formalmente válido; y, del mismo modo, que la conclusión de c) *contra* pueda parecer plausible a pesar de c) *pro* en absoluto ha de imputarse y ni siquiera asociarse al hecho de que c) *pro* no sea un argumento formalmente válido.

La razón radica en que las premisas, tanto de c) *pro*, como de c) *contra*, no están fundadas (evidentemente en el argumento), y que, habiendo seguido el combate interpretativo sólo hasta aquí, no tenemos razones para escoger entre las dos: entre una y otra concepción de la *ratio* del art. 416 bis c.p.[53]

(Traducción de Juan Antonio Pérez Lledó.)

---

[50] N. MacCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Claredon, 1978; ID., *Coherence in Legal Justification*, en W. KRAWIETZ, H. SCHELSKY, G. WINCKLER, A. SCHRAMM (eds), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65 Geburtstag*, Duncker und Humblot, Berlín, 1984, pp. 37-53.

[51] Cfr. O. WEINBERGER, *Rechtslogik*, Wien-New York, Springer, 1970, pp. 219 y ss.

[52] Cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Analogia*, en «Digesto IV Edizione», Torino, UTET, vol. I, 1987.

[53] Lo cual no quiere decir, naturalmente, que no existan razones en el discurso, y no hayan sido avanzadas, y confrontadas entre sí, por parte de los juristas intérpretes del art. 416 bis c.p. Sobre el tema véanse, además de los ensayos de Pajno, Fiandaca y Spagnolo ya citados: G. INSOLERA, *Considerazioni sulla nuova legge antimafia*, en «Politica del diritto», XIII, 1982/4, pp. 681-702; C. MACRI' - V. MACRI', *La legge antimafia* Napoli, Jovene, 1983; G. NEPPI MODONA, *Il reato di associazione mafiosa*, en «Democrazia e diritto», XXIII, 1983/4, pp. 41-55; G. DI LELLO FINUOLI, *Asociazione di tipo mafioso (art. 416 bis c.p.) e problema probatorio*, en «Il Foto It.», CVII, 1984, parte V, col. 245-251; G. TURONE, *Le associazioni di tipo mafioso*, con un *Appendice* de G. CONSO, Milano, Giuffrè 1984, y, por último, G. FIANDACA - COSTANTINO, *La legge antimafia tre anni dopo*, Milano, Angeli, 1986

SOBRE LA AMBIGÜEDAD SEMÁNTICA EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

El uso de la ambigüedad semántica intencional en la literatura puede remontarse a los días de la Antigua Grecia. Los términos asíndeton, parataxis, y elipsis son una prueba de ello. Asíndeton significa la omisión de conjunciones. En el caso de la parataxis, no se usa ninguna conjunción conectiva entre enunciados. La omisión de nombres, pronombres, verbos que no están en infinitivo, u otras partes sintácticas del lenguaje se incluyen en la elipsis. La utilización de estos medios estilísticos, sin embargo, sólo está permitido si el significado del texto no se desvirtúa con ello.[1]

Un fenómeno similar se encuentra también en textos jurídicos. En el contexto jurídico, sin embargo, la imprecisión semántica no se debe a un fin estético. Ni siquiera se pretende en muchos casos. Los textos jurídicos tienen lagunas; es decir, no dan, o mejor *no pueden* dar respuesta a todas las cuestiones que sólo se materializarán posteriormente. A pesar de las obvias diferencias, una comparación teórica de la ambigüedad semántica en textos jurídicos, por una parte, y en la literatura por la otra, parece ser un desafío tentador. Acepto el desafío ayudado por el tratado de Ms. *Leena Kirstinä*, «Epämääräisyyskohta teoksen rakenteen ominaisuutena Roman Ingardenin ja Wolfgang Iserin mukaan»[2] («La ambigüedad semántica como una característica de una obra de arte literaria según Roman Ingarden y Wolfgang Iser»).

Ms. Leena Kirstinä ha analizado profundamente el poema «Vävy» («Yerno») de Einari Vuorela. Este pequeño poema de ficción describe una historia completa en seis versos: un vagabundo en su caminar a lo largo de bosques llega a una pequeña casa, en la que encuentra, con gran contento, a una joven y su madre. La atmósfera resulta cómoda y al despuntar el nuevo día, el caminante se da cuenta de que se ha convertido en yerno. El autor, Mr. Vuorela, ha usado imprecisiones semánticas como un medio estilístico efectivo. La historia se desarrolla entre líneas, y el texto escrito contiene *ambigüedad semántica*, que el lector tiene que resolver por sí mismo.

---

[1] *Kirstinä, Leena*, Epämääräisyyskohta teoksen rakenteen ominaisuutena Roman Ingardenin ja Wolfgang Iserin mukaan («Sobre la ambigüedad semántica como una característica de una obra de arte literaria según Roman Ingarden y Wolfgang Iser»). Tampereen Yliopisto. Yleinen kirjallisuustiede. Monistesarja N.º 17, 1984, p. 3-4 (citado en adelante como *Kirstinä*).

[2] En cuanto a los fundamentos filosóficos véase también *Kirstina*, *Leena*, Aika, tarkastelukeskus ja kerronnan rakenne Claude Simonin romazinituotannossa («Tiempo, Lugar de Observación y estructura de la narrativa en la producción novelística de Claude Simon»). Tampereen Yliopisto. Kirjallisuustieteen julkaisuja n.º 15, 1981.

Ms. Leena Kirstinä hace referencia a la teoría presentada por Roman Ingarden, que se centra en el concepto de ambigüedad semántica y su significación en la interpretación.[3] *Wolfgang Iser* ataca la misma cuestión analizando la comunicación entre el lector y el texto. El objetivo de Iser es analizar la estructura del texto y sus efectos sobre el lector. El concepto clave de Iser es la ambigüedad semántica, que hace referencia a una laguna entre las partes características del texto. Tal laguna obliga al lector a completar el texto de forma coherente, y así, en cierta manera a reconstruir los contenidos imaginados de la obra en cuestión. No obstante, la ambigüedad semántica de *Ingarden* no está relacionada con el texto mismo, sino que es parte de los objetos, personas, sucesos y situaciones del mundo que la obra literaria describe. En este aspecto, una comparación con el concepto de laguna jurídica es digno de anotarse.

La noción de ambigüedad semántica de Iser es paralela al concepto de *laguna jurídica*: el texto guarda silencio sobre la cuestión planteada y el intérprete (lector) tiene que llenar la laguna con otros materiales. La ambigüedad semántica, que es esencial para la teoría de Ingarden, está estrechamente relacionada con la *laguna en un sistema jurídico*.[4] La laguna no está en el texto, sino, por así decir, en los asuntos de los que trata el texto.

Roman Ingarden desarrolla además la teoría estableciendo que una obra literaria es siempre un tipo de esquema -no en el sentido de estar inacabado, sino en el de estar abierto a varias concreciones diferentes.[5] El lector construye estas concreciones al ir leyendo, al especificar e implementar las ambigüedades semánticas de acuerdo con las sugerencias (factores orientativos) que están dados en el texto. Al lector, en cierta forma, se le pone en la tesitura de tener que dar vida a ciertos aspectos del texto. Las ambigüedades semánticas no se reconocen, sin embargo, al ir leyendo. Sólo son reveladas en un posterior análisis. Por consiguiente, Ingarden habla de la reconstrucción de la obra literaria.

Leena Kirstinä ilustra este proceso de reconstrucción con la ayuda del concepto de rompecabezas. Escribe. «Una obra de arte literaria se diferencia de un rompecabezas por lo menos en un aspecto importante. Puede ser completada de varias formas diferentes, es decir, su significado puede concretarse de varias maneras. Por consiguiente, no se puede presuponer que debe existir sólo un 'significado' (fijo) de la obra».[6]

---

[3] Véase *Kirstinä*, p. 5-6. Todas mis referencias a Ingarden e Iser son indirectas, es decir, basadas en el tratado de Leena Kirstinä. Para la finalidad de este ensayo, sin embargo, la extensión de la fuente es suficiente.

[4] Sobre los conceptos de laguna jurídica y laguna en el sistema jurídico, véase por ejemplo, *Brusiin*, *Otto*, Tuomarin harkinta normin puuttuessa («Discreción jurídica en ausencia de una norma»), 1938, p. 24 ss.; y *Makkonen, Kaarle*, Zur Problematik der juridischen Entscheidung», 1965, p. 122 ss.

[5] *Kirstinä*, p. 12 ss.

[6] *Kirstinä*, p. 53.

Lo que es importante es que los rasgos artísticos y estéticos se valoran contrastados con la estructura de un significado concreto en un tiempo. Este significado particular es un tipo de fundamento que unifica los elementos de ese esquema de interpretación particular.

La teoría de Ingarden tiene una dificultad inherente, que Leena Kirstinä establece como sigue: los diversos significados concretados parecen dar la impresión de que la misma obra se disolviera en experiencias de carácter subjetivo.[7] La dificultad es obvia, si aceptamos la noción de que una obra de arte está abierta a varias y diferentes reconstrucciones, cuyos contenidos reposan en último término sobre los lectores individuales ¿Es posible seguir hablando de la reconstrucción de la misma obra? Con referencia a las ideas de Ingarden, Leena Kirstinä sin embargo apunta que en cada significado concretado del texto se preserva la misma estructura básica. Algunas de las concreciones están más cerca del texto original, otras más lejos. Aun así, está bien justificado el preguntar cómo se distinguen las reconstrucciones erróneas de las correctas. Ingarden fundamenta su propia respuesta sobre la función de la literatura. Para él, la función principal de la literatura es estética, y así todas las obras literarias que no cumplan este criterio no entran en su concepción de la literatura.[8] Parece permisible pensar que teniendo en cuenta esta noción, las falsas reconstrucciones son parcialmente distinguidas de las correctas. Esto, sin embargo, no resuelve todo el problema. Según Kirstinä, Ingarden tiende a pensar que los así llamados falsos hábitos de lectura son parcialmente determinados por la situación cultural. El medio cultural y la comunidad de lectores influyen sobre qué clase de concreción sobrevivirá. Kirstinä además añade que Ingarden no desarrolla más la teoría de la relación entre la función estética de la literatura y la sociedad.[9]

En su lugar, Ingarden ofrece otros medios de reconocer lo estéticamente significativo, o las concreciones de significado «correctas». Opina que los lectores profesionales de la literatura deben analizar completamente la obra. Así, resultarán un gran número de significados concretos analizados por los profesionales. En último término, el auditorio erudito representa los criterios de corrección e incorrección en el esquema de Ingarden.[10]

La noción es muy similar a la teoría de la interpretación jurídica. Los filósofos del derecho han estado perplejos durante mucho tiempo por la cuestión de cuál es la única solución correcta en cada situación en la que se toma una decisión jurídica. Algunos han argumentado que tal solución siempre existe -aún en los así llamados casos difíciles-;

---

[7] *Kirstinä*, p. 58-59.

[8] *Kirstinä*, p. 59.

[9] *Kirstinä*, p. 60.

[10] *Kirstinä*, p. 62.

y también que tal solución puede, al menos en principio, ser encontrada. Otros han negado la posibilidad de hallar tal solución, así como su existencia.[11] La teoría europea de la interpretación jurídica ha defendido generalmente la última opinión. En Finlandia, el Dr. *Kaarle Makkonen* ha sido el defensor de esta concepción. En su tesis doctoral, argumentó poderosamente contra la posibilidad de la única solución correcta, presentando argumentos de tipo lingüístico, lógico y jurídico.[12]

Yo mismo he utilizado la ilustración del rompecabezas en la interpretación jurídica, de forma bastante similar a la de Kirstinä al analizar la estructura de una obra de arte literaria. Cuando el texto jurídico que se examina contiene ambigüedad semántica (en el sentido señalado por Iser o Ingarden), el intérprete tiene que buscar la información necesaria fuera del texto. Las partes de información necesaria son como las piezas de un rompecabezas. La diferencia significativa consiste en que la forma del «rompecabezas jurídico» no se conoce antes de completarse. Las semejanzas con la interpretación de una novela son aparentes. Entre tanto, la diferencia significativa entre estas dos debe señalarse.

Una obra de arte literaria puede ser reconstruida de varias formas dependiendo de cómo el lector es guiado por los factores orientativos dados por el autor. En principio, no existen fundamentos o normas de autoridad, que delimiten la línea divisoria entre las concreciones «permitidas» y las «prohibidas». Como se ha establecido antes, éste parece ser el punto débil en, por ejemplo, la teoría de Ingarden. Está obligado a introducir un tipo de escala valorativa, que es creada y se mantiene por el así llamado auditorio de lectores profesionales. La interpretación jurídica, por otra parte, se caracteriza por la existencia de *fundamentos de autoridad para la interpretación* (fuentes del derecho) así como de *principios que rigen su utilización*, que han sido interiorizados por la comunidad jurídica.[13] Estos principios que rigen el proceso de interpretación tienen su origen o en los textos jurídicos o en la praxis jurídica. De hecho, está justificada una tesis más fuerte: una interpretación puede ser debidamente llamada jurídica si, y sólo si se basa en las fuentes del derecho autorizadas, y se han respetado los principios reconocidos del proceso de interpretación jurídica. A causa de estos dos factores es decir, las fuentes del derecho y los principios que rigen su utilización la ciencia jurídica y la interpretación jurídica se distinguen en general de otras ramas del conocimiento e investigación científica, por ejemplo, la sociología, historia o los estudios de literatura. Y los mismos principios diferencian

---

[11] Sobre estas doctrinas, véase *Aarnio*, Oikeussäännösten tulkinnasta, 1982, p. 150 ss.

[12] *Makkonen*, Zur Problematik der juridischen Entscheidung, p. 214 ss. Véase también *Oker-Blom, Max*, «En enda riktig lösning trots allt? Dworkin mot finländsk bakgrund», JFT 1978, p. 251 ss.

[13] Véase *Aarnio*, Oikeussäännösten tulkinnasta, p. 28 ss., donde se tratan las así llamadas pre-condiciones de un paradigma jurídico.

la interpretación jurídica de, por ejemplo, la interpretación de principios morales.[14]

La interpretación de una novela y la interpretación jurídica se consideran muy parecidas a causa de que ambas implican una reacción del lector a un mensaje escrito dado. Desde este punto de vista, la interpretación es esencialmente «dependiente del lector» en ambos casos. La teoría de Ingarden, me parece, es bastante típica al afirmar que la interpretación de una novela necesita no salir «fuera del lector». De más interés son, con todo, las teorías que perfilan una cierta clase de lectores ideales. Como un ejemplo de ello, Leena Kirstinä menciona al «super-lector», término colectivo que engloba a lectores de diferente competencia, teniendo todos ellos algo en común: entienden los puntos claves de la obra de la misma forma. Otra clase de lector ideal es el «lector informado», que puede ser definido como un lector que posee la máxima competencia. El «lector ideal» específico también pertenece a la misma categoría.[15]

Estos tipos ideales sin duda recuerdan al juez ficticio de Ronal Dworkin, «Hércules J.». Es un super-juez, omnisciente y omnipotente, y en principio siempre capaz de tomar la decisión correcta en una disputa jurídica. Tiene acceso al máximo de información, y utiliza esta información de una forma ideal, libre de todos los factores irrelevantes o aleatorios. Para ser capaz de buscar la sola y única solución del caso del que se trata, Hércules J. tiene que ser capaz también de hacer valoraciones objetivamente válidas. En otras palabras, Dworkin está forzado a comprometerse con el objetivismo respecto a los valores con el fin de que la construcción de su super-juez sea concebible.[16]

No estoy en la posición de estimar aquí las consecuencias completas o los pre-requisitos de la noción de «lector ideal». Sin embargo, la mera

---

[14] De hecho, podríamos ilustrar la interpretación lingüística con la ayuda de una línea recta, colocando los varios tipos de interpretación lingüística en esa línea. Podemos diferenciar entre, por ejemplo, la interpretación lingüística en sentido general, interpretación de una novela, de un testamento o un contrato, de un texto jurídico, libre discrecionalidad en la administración y la interpretación de principios morales. Los distintos tipos de casos de interpretación pueden distinguirse con respecto al *material de la fuente* y los *principios* (o reglas) *que rigen su uso* en la interpretación que están permitidos en cada caso. Así, en un extremo de la línea colocamos la interpretación lingüística en sentido general, que normalmente no tiene restricciones en cuanto al material de las fuentes y su uso en la interpretación. En el centro de la línea colocamos la interpretación jurídica con sus diversas restricciones sobre el proceso interpretativo. Y en el otro extremo, existe la interpretación de los principios morales que goza de más libertad que su contrapartida jurídica. Al colocar la interpretación jurídica en el centro de la línea subrayamos sus características distintivas en esta familia de tipos de interpretación. Lo que merece notarse es que la separación entre los diversos tipos de interpretación no necesita ser muy nítida o clara; más bien el tránsito de un tipo a otro es muy suave.

[15] *Kirstinä*, p. 7 y ss. Y también p. 15 ss.

[16] *Dworkin, Ronald*, Taking Rights Seriously, 1977, por ejemplo. Véase también *Aarnio*, Oikeussäännösten tulkinnasta, p. 153 ss. y las referencias que allí se citan.

comparación entre el lector ideal y Hércules J. es en sí misma reconfortante. Muestra cómo muy distintas ramas de investigación pueden hacer uso del mismo tipo de construcciones teóricas, que claramente denotan las semejanzas básicas en su punto de partida. Basado sobre argumentos que no puedo utilizar en este contexto, el Hércules J. de Dworkin puede mostrarse que es una idealización muy fuerte. Simplemente no puede cumplir la tarea para la que fue hecho. Una de las razones que contribuyen a ello, merece comentarse aquí. La teoría de Dworkin no presta bastante atención al papel del auditorio al que se dirige la interpretación. Las semejanzas con la problemática de Ingarden respecto a la relación entre un lector y la colectividad de lectores son de nuevo obvias. Por consiguiente, trataré con mayor consideración esta cuestión particular.

En la interpretación jurídica no sólo es significativa la relación entre el que emite el texto (es decir, el legislador) y el que lo interpreta (es decir, el juez o el funcionario). También tiene que tenerse en cuenta la relación que el intérprete tiene con los otros miembros del auditorio de la interpretación o comunidad jurídica.[17] El intérprete jurídico no puede aspirar a un resultado que sólo le satisfaga a sí mismo. En su lugar, tiene que llegar a un nivel de *aceptabilidad general* al atribuir un significado a una parte de un texto jurídico. Un proceso de comunicación siempre conlleva una interacción social: del legislador al intérprete y, después, al auditorio de la interpretación; y viceversa. El flujo en las dos direcciones del proceso de la comunicación se basa en el hecho de que el Derecho es un medio *autorizado* de poder social, y los resultados de la interpretación determinan así el ejercicio del poder social en una sociedad dada.[18] En consecuencia, el *control* de los resultados de la interpretación es bastante esencial en el campo del Derecho -y no en el campo del estudio de literatura-. Derecho, poder e interpretación constituyen una unión, que no tiene contrapartida en la interpretación de una novela.

Así, es fácil entender el papel crucial del *auditorio jurídico* (o comunidad) en la teoría de la interpretación jurídica.[19] La interpretación jurídica es esencialmente un fenómeno social. Esta línea de argumentación nos retorna a la doctrina de la única solución correcta. Como en el caso de la interpretación de una novela, un teórico jurídico puede plantear

---

[17] Véase *Aarnio*, «Lainoppi -tiedettä vai tekniikkaa» («La doctrina jurídica -Ciencia o Técnica-»), Academia Scientiarum Fennica, Vuoisikirja 1978, p. 143 ss. Véase también *Aarnio*, Philosophical Perspectives in Jurisprudence. Acta Philosophica Fennica, Vol. 36, 1983, p. 47 ss. -Sobre la relación entre la interpretación jurídica y otros tipos de interpretación en general-, véase Tolkning och tolkningsteorier. Kungl Vilterhets Historie och Antikvitets Akademien. Konferenser 7, 1982, e.g. p. 3-84 y p. 141 ss.

[18] Véase la opinión de *Kauko Wikström* sobre el derecho y el poder en *Wikström*, Oikeuskäytännön tulkinnasta. Erittely oikeusnormien soveltamistoiminnasta esitettävien väitteiden teoreettisista perusteista ja oikeuskäytännön rakenteesta («Sobre la interpretación de la práctica jurídica»), 1979, p. 189 ss.

[19] *Aarnio*, Oikeuskäytärnnön tulkinnasta, p. 190 ss.

también la siguiente cuestión: si la posibilidad de que se opongan diferentes interpretaciones alternativas socava las bases del Derecho. ¿Qué queda del concepto del Derecho, si una única norma jurídica puede adquirir contenidos diferentes a través del proceso de interpretación; y, además, ninguna de las alternativas puede probarse que sea peor que las otras? La problemática en cuestión es la misma que Leena Kirstinä comenta como sigue: ¿es posible hablar sobre la misma obra de arte, si las diversas concreciones de la obra, por así decirlo, se dividen en diferentes experiencias subjetivas?

Para responder esta clase de preguntas puede parecer necesario introducir algún tipo de *escala* o *medida* con ayuda de la cual se puedan comparar entre sí las diferentes interpretaciones. Sin embargo, la comparación de las interpretaciones alternativas no pueden conducir al reconocimiento de la única solución apropiada al caso jurídico particular, puesto que esta doctrina ya se ha mostrado insatisfactoria. Así, nos enfrentamos con una necesidad de comparar entre las interpretaciones alternativas y con una bien justificada duda de que la comparación no conduce a la única solución correcta.

Se ha sugerido también un compromiso; el resultado de una interpretación tal que pueda conseguir la aceptación de la mayoría de un auditorio jurídico, es la alternativa más justificada (o «mejor»). Además, tiene que cumplirse una condición adicional: el auditorio jurídico en cuestión tiene que ajustarse a los principios del discurso racional al decidir el caso. El resultado de la interpretación no puede ser *verdadero* en el sentido de la teoría de la verdad como correspondencia, puesto que no existe ninguna realidad con la que el enunciado de la interpretación pueda ser contrastado. En su lugar, estamos tratando con una reconstrucción interpretativa, que crea su propia «realidad».

La pretensión de racionalidad en la interpretación jurídica no implica, sin embargo, que cada uno y cualquiera que se ajuste a los principios de la racionalidad deba racionalmente aceptar los mismos resultados de la interpretación. La interpretación jurídica siempre implica una selección entre alternativas. El número de interpretaciones alternativas finales puede ser reducida parcialmente con la ayuda de criterios lingüísticos (semánticos) -exactamente de la misma forma como cualquiera puede juzgar alguna interpretación «imposible» sobre la base de la propia competencia lingüística-. Además la reducción de interpretaciones alternativas puede basarse parcialmente sobre criterios jurídicos. Cada profesional de la rama jurídica puede determinar que cierta alternativa no está definitivamente de acuerdo con el Derecho.

En los casos difíciles, aún queda un espectro de interpretaciones alternativas, que no pueden reducirse más por medio de criterios lingüísticos o jurídicos convencionales. Pero, por ejemplo un juez se enfrenta con la obligación de tomar una decisión en cada una de las disputas jurídicas que se presentan ante el tribunal. Al tomar su «elección final», no puede ignorar las valoraciones relacionadas con el resultado de esa interpretación particular. Lo que está implícito es un orden preferencial de las valoraciones implicadas. Si aceptamos la noción de que a los valores

les falta un carácter objetivo y que dos individuos pueden muy bien ser justificados en su desacuerdo sobre ciertos valores; entonces tenemos que reconocer la posibilidad de que un auditorio racional de la interpretación *puede* estar dividido al considerar la elección entre los distintos resultados de la interpretación. En tal situación, podrían muy bien no ser asequibles más criterios para clasificar las alternativas. Un criterio, con todo, es el principio democrático de la voluntad de la mayoría -con todas sus debilidades inherentes-. La interpretación alternativa, que la mayoría de la comunidad humana puede aceptar después de un discurso racional, no es ciertamente la única solución *correcta*, pero es lo *más* que se puede conseguir en esa situación.

El auditorio de la interpretación consistente únicamente de personas tales que se ajusten al principio del discurso racional es por supuesto un estado ideal de cosas. No existe en realidad ninguna de tales comunidades jurídicas. Sin embargo, la función de tal auditorio es sólo puramente teórica. Sirve como una *medida* o criterio para sopesar las diversas interpretaciones alternativas. Tal medida es de extrema importancia, especialmente en el campo del derecho. La jurisdicción no puede basarse sobre reglas arbitrarias. Cada ciudadano espera -y tiene el derecho de esperar- que su demanda de protección jurídica se respete cuando tiene que buscar justicia por medio de la maquinaria estatal. Si la jurisdicción se moviera en un ejercicio caprichoso y arbitrario de poder coercitivo, difícilmente podríamos hablar más de sistema jurídico en el sentido europeo.

Para diferenciar el derecho de la mera coerción social arbitraria necesitamos una medida o escala. Cada uno de tales criterios no es más que un ideal, como el modelo de un metro situado en París. Es tarea de la teoría jurídica proporcionar a la comunidad jurídica tales criterios de un sistema jurídico ideal. Con tal modelo ideal, podemos intentar su realización en nuestra vida social. El elemento esencialmente ideal de esta noción es muy semejante al concepto de verdad en las ciencias naturales. También, es un ideal que dirige el curso de la investigación científica de cada día -sin necesariamente investigar este objetivo.

Para cumplir las necesidades de interacción social y el ejercicio jurídico del poder social, es suficiente pretender un resultado que pueda ser reconocido por la mayoría de tal comunidad jurídica después de considerar el asunto racionalmente. La comunidad jurídica (auditorio) no tiene aquí el mismo contenido que el auditorio de Ingarden de lectores profesionales. El auditorio jurídico está compuesto por todos los individuos que tienen interés en tomar parte en el discurso sobre las interpretaciones alternativas. El auditorio de la interpretación tampoco es igual que el lector ideal de cualquier tipo, si tal construcción conlleva la doctrina de la única solución correcta. La comunidad jurídica en cuestión es esencialmente «relativista», en el sentido de admitir la posibilidad de desacuerdo sobre valoraciones.

Cuando se reúnen todas las semejanzas y factores de diferenciación, lo que queda es la semejanza *estructural* entre la interpretación de una novela y la jurídica. La presencia de ambigüedad semántica, en el sentido

atribuido a Ingarden e Iser, es típico de ambas; han de tolerarse diversas reconstrucciones alternativas. Muy generalmente, el proceso de interpretación está dirigido por factores de un tipo similar. Y creo que las ontologías de la interpretación jurídica y la interpretación de una novela tienen también algo en común.

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 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 un medio estilístico en literatura, tiene mucho en común con su contrapartida jurídica, la ambigüedad semántica no pretendida en los textos jurídicos.

(Traducción de José Pedro Úbeda)

EL PAPEL DE LA NORMA EN LA DESPERSONALIZACIÓN DEL PODER

El más fuerte no es nunca lo bastante fuerte para ser siempre el amo, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber.

J.J. Rousseau

La hipocresía es el homenaje del vicio a la virtud.

Anónimo

1. *La argumentación: un enfoque de la teoría general del derecho*.

Que los abogados pasan la vida inventando, sosteniendo y rebatiendo argumentos, es un hecho que nadie discute. Cuando este hecho es visto como central en relación con todas las demás circunstancias que componen el fenómeno jurídico, tal consideración da lugar a uno de los enfoques epistemológicos que en la actualidad comparten el amplio campo iusfilosófico: el que examine el derecho como un arte, eventualmente sujeto a reglas, o bien como una creación cultural en la que pueden advertirse ciertas regularidades de hecho, clasificables y formulables al modo sociológico. Ambos matices se distinguen por la distancia o perspectiva desde la que observan el objeto: el primero parte del compromiso del sujeto cognoscente con el ámbito en el que las argumentaciones se desarrollan, en tanto el segundo describe los hechos desde una distancia mayor.[1] Uno es característico del abogado práctico y del científico preocupado por la práctica profesional. El otro es propio del jurista con pretensiones de objetividad desapasionada o, como ocurre en la Argentina con la llamada teoría crítica del Derecho, del estudioso que, por hallarse ideológicamente enfrentado con las manifestaciones vigentes del poder político, busca desentrañar mecanismos que le ayuden a poner en tela de juicio este mismo poder y los métodos que emplea.

Los dos matices de este enfoque, sin embargo, comparten una misma decisión metodológica: la de identificar el derecho como un hecho social.

[1] La relación entre ambos se asemeja a la que observa Hart entre los puntos de vista interno y externo (cfr. Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pág. 111).

Ésta es sólo una de las decisiones posibles, ya que el derecho es un fenómeno con diversas características, cada una de ellas relevante para distintos intereses. En efecto, es un lugar común en la teoría trialista (o tridimensional) sostener que el derecho es a la vez norma, hecho y valor. Alguna vez, he criticado esta teoría desde el punto de vista metodológico,[2] pero la afirmación que le sirve de base es al menos apta para generar tres enfoques distintos, cada uno de los cuales privilegia un aspecto del objeto y emplea un método diferente.

Por mi parte prefiero una teoría general de corte normativista, ya que no encuentro un método apropiado para la identificación de valores trascendentes y, a su vez, una teoría del derecho que enfocase su objeto como fenómeno puramente empírico se convertiría en un segmento de la sociología. Esta actitud epistemológica, sin embargo, no implica un rechazo hacia el enfoque empirista en cualquiera de sus matices: creo, con un resabio iluminista del que no me avergüenzo, que todo conocimiento debe ser bienvenido y toda opinión examinada, aunque pienso también que tales opiniones y conocimientos deben sopesarse en relación con el cuerpo de los conocimientos ya obtenidos e integrarse, de ser posible, en un sistema general consistente que dé cuenta de unos y de otros. Pero esto último ocurre siempre en un instante posterior, ya sea por vía de simple inclusión, por medio de una ampliación y reformulación de las teorías preexistentes o por obra de una ruptura y reelaboración del marco teórico. Lo primero es, pues, la recopilación de la materia prima, ya sea proveniente de la observación, de la innovación metodológica o del puro raciocinio.

El contenido de este trabajo parte de una observación y ensaya una reflexión general a partir de ella. Ambas están referidas al ejercicio del poder por medio del derecho, pero centran su atención en un aspecto menor de este eterno drama: el del modo en que se presentan las decisiones normativas y la función que ese modo cumple en las expectativas humanas en general y en el fenómeno político en especial.

2. *Justificar y dominar, o el juego de los valores.*

Hans Kelsen dijo alguna vez que el hombre es el único animal que busca justificar sus acciones.[3] Con la misma sorna podría decirse que tal afirmación peca de aventurada, ya que no podemos saber si los animales se justifican o no. Para averiguarlo tendríamos que comprender su lenguaje. Porque, ¿de qué otro nodo, sino por el lenguaje, advertimos el afán de justificación de los hombres? Las meras acciones humanas, despojadas del ropaje lingüístico que las envuelve, se mostrarían ante un observador externo como manifestaciones de la misma ternura que

[2] Guibourg, Ricardo A., Ghigliani, Alejandro M. y Guarinoni, Ricardo, V., Introducción al conocimiento jurídico, Buenos Aires, Astrea, 1984, págs. 196 y siguientes.

[3] Keisen, Hans. *¿Qué es la justicia?* Buenos Aires, 1960, párrafo 13, pág. 20.

usa una leona con sus cachorros y de la misma crueldad que emplea la fiera para sus víctimas: comer o ser comido y proteger a la propia gente parecen ser constantes de la naturaleza, y las variables consisten en qué se entienda por «comer» y «ser comido», así como con qué amplitud se asuma el concepto de «la propia gente».[4]

El lenguaje, en cambio, permite dar el sutil paso entre el *Sein* y el *Sollen* por medio de la construcción de proposiciones generales que se proponen como modelos de acciones valiosas o disvaliosas, elogiables, execrables o condenables. Este mecanismo permite a los hombres cierto control recíproco de las conductas.

Es claro que quien tenga mayor posibilidad de enunciar, difundir o inculcar tales modelos tiene mejor perspectiva de lograr sus propósitos. Y, a partir de esta comprobación, aparece una conclusión que muchos encuentran seductora: los valores, las normas, la moral, el derecho, la religión, el universo entero de los modelos y hasta el método científico no son más que instrumentos de dominio y aherrojamiento heterónomo, armas de unos hombres contra otros, de una clase contra las demás, de un paradigma contra la libertad creadora de los talentos rebeldes.

Tal conclusión no es falsa (¿dónde hay un pensamiento absolutamente falso?): sólo es exagerada. Los que ejercen el poder no siempre pueden emplear tales herramientas a su gusto: la religión tiene vocación de eternidad; los valores se presentan como atemporales, aun cuando se relativicen entre sí; la moral evoluciona con lentitud; los modelos no duran menos de una generación y el método científico acaba siempre por contrastarse con resultados observables. Sólo el derecho responde dócilmente a la voluntad de los poderosos, pero aun así se ven estos precisados a *justificarse* (es decir, a apelar a otros factores de persuasión), ya que las bayonetas, como decía Bonaparte, no sirven para sentarse sobre ellas. Y justificarse implica, entonces, ajustar el propio ejercicio del poder, real o fingidamente, a valores que el poderoso no ha podido (al menos todavía) modelar a su voluntad.

De allí que la justificación sea una herramienta indispensable del dominio, pero constituya a la vez un flanco débil de quien lo ejerce. Un flanco que lo hace pasible de crítica, blanco de la agitación, víctima de las rebeliones (pacíficas o no); reacciones todas ellas fundadas, de un modo o de otro, en los mismos principios que el poderoso trató antes de poner a su servicio.

Esta dúplice relación entre el poder y la justificación impone, en consecuencia, la práctica del disimulo. Los valores son el espejo en el que nuestras acciones se miran, e imponen respeto desde dentro mismo de nuestros temores. Naturalmente, no es lo mismo respetar que cumplir; pero para esto (entre otras cosas) está el lenguaje: para presentar nuestras acciones de tal suerte que al menos *parezcan* acordes con los principios

---

[4] Este último tema ha sido desarrollado en Singer, Peter, *The expanding circle - Ethics and Sociology,* New York, Farrar, Straus & Giroux.

proclamados, en especial cuando alguien pueda sentirse lesionado por ellas.

Es así como los precios no se aumentan: se reajustan. Las empresas y los servicios no se reducen: se redimensionan. Las actividades públicas o privadas no se suprimen: se discontinúan.[5] Occidente llega hasta el Japón; el cristianismo abarca al Dalai Lama, nuestro modo de vida incluye a Haití, pero no a Checoslovaquia. Y los deudores reciben una amable carta en la que, luego de informárseles con fingida sorpresa acerca de la existencia de un saldo en rojo, se los invita a regularizar la situación porque «de lo contrario *nos veremos obligados* a pasar el problema a nuestra Gerencia de Asuntos Jurídicos».

A esta última clase de disimulo quiero referirme ahora. A ella y al modo en que el lenguaje normativo contribuye a facilitarla. Para ese propósito emplearé algunos ejemplos de la historia política argentina.

3. *La coartada normativa, modelo 1955*.

Entre el 16 y el 19 de septiembre de 1955, el gobierno de la República Argentina fue depuesto por una revolución militar. Sea cual fuere el juicio político que se sustente sobre aquel gobierno y acerca del acto que le dio fin, vale la pena destacar la parte inicial del «discurso-programa» pronunciado por el jefe triunfante el 23 de septiembre: «El programa de mi acción provisional -que no tendrá más duración que la impuesta por las circunstancias- puedo resumirlo en dos palabras: Imperio del derecho». El 24, el nuevo presidente dictó el decreto n.º 42 que, entre otras cosas, decía:

«Que el triunfo con que la Providencia premió a las fuerzas de la Revolución selló su *título al ejercicio del poder;*

«Que el abandono del poder y de su supremo deber de comandancia por parte del Presidente de la Nación y Comandante en Jefe de las fuerzas armadas y la rendición incondicional que a ello se siguió, *justifican el ejercicio de la pública potestad* por parte del Jefe de la Revolución triunfante;

«Que la *legalidad del alzamiento* determinada por la *intrínseca ilegalidad de los poderes depuestos* ha sido *confirmada por la expresa voluntad de recuperación jurídica proclamada en el Discurso-Programa* leído al pueblo de la República en el acto de asunción del poder;

«Que es indispensable a la vida institucional del país asegurar el *ejercicio ininterrumpido de los poderes previstos por la Constitución Nacional*;

«Que cohonestando esta exigencia de continuidad con la situación de acefalía determinada por la revocación de los poderes preexistentes, *se hace necesario* que la función legislativa sea asumida por un poder

[5] Como puede verse, a menudo se emplean anglicismos que, con un prestigio inverso a su belleza, ayudan a enmascarar axiológicamente el sentido de las acciones.

público que esté en condiciones de imponer en todo el territorio de la Nación la efectiva aplicación de sus mandatos;

«Por ello, el Presidente provisional de la Nación Argentina, decreta:

«Art. 10.- Mientras dure la situación de gobierno provisional definida en el Discurso-Programa leído en Buenos Aires al pueblo de la República en el acto de juramento del día 23 de septiembre del año en curso, el Presidente provisional de la Nación Argentina ejercerá las facultades legislativas que la Constitución Nacional acuerda...».

En el fragmento citado pueden observarse ciertos argumentos interesantes:

a) El título para el ejercicio del poder es otorgado por la divina providencia, y su manifestación visible es el triunfo de las armas;

b) La rendición o la huida de los vencidos *justifican* (y no sólo facilitan) el ejercicio del poder por el vencedor;

c) Existe una legalidad supra-legal cuya declaración no depende de los jueces y que permite declarar ilegales los poderes constitucionales y legal el alzamiento armado contra ellos;

ch) Tal legalidad del poder del jefe vencedor puede ser *confirmada* por los buenos propósitos declarados por el mismo jefe vencedor;

d) Quienes interrumpen el ejercicio de los poderes constitucionales pueden declarar como objetivo propio el ejercicio ininterrumpido de tales poderes;

e) El jefe triunfante asume la función legislativa, pero no por su mera voluntad sino porque la situación de acefalía (que él mismo determinó y declaró) lo hace necesario, ya que (debido a su propia acción) no hay otra autoridad capaz de hacer cumplir sus mandatos.

4. *Modelo 1962*.

En marzo de 1962 el presidente Arturo Frondizi fue depuesto por un golpe militar y encarcelado en la isla Martín García, en el Río de la Plata. Cuando el jefe rebelde, general Alejandro Poggi, se aprestaba a asumir el gobierno, la Corte Suprema dio un contragolpe puramente formal: tomó juramento al presidente provisional del Senado, José María Guido. Aunque las elecciones inmediatamente anteriores fueron anuladas y el Congreso disuelto, este funcionario se mantuvo en el cargo de presidente hasta las elecciones de 1963. De todos modos, no tenía posibilidad de oponerse frontalmente a los militares que lo toleraban, y debió suscribir un decreto (el n.º 2877/62) que, en el marco del estado de sitio, disponía (esto es, *convalidaba*) la detención del ex presidente Frondizi... a disposición del Poder Ejecutivo. Así las cosas, la autoridad del nuevo presidente fue impugnada ante la Corte Suprema con fundamento en la Constitución Nacional, de la que sólo quedaba una ficción, por un ciudadano que solicitaba la reposición de Frondizi en su cargo. El tribunal decidió entonces que Guido era el presidente legítimo porque Frondizi se hallaba, de hecho, *imposibilitado* de ejercer su función. La circunstancia de que tal imposibilidad derivase (formalmente, es cierto) de una decisión del propio presidente que lo reemplazaba no pareció incomodar a los magistrados que de tal modo argumentaron: dijo el tribunal

que la acefalía se configuraba ante la «falta de Presidente y Vicepresidente de la Nación», sin que incumba a la Corte Suprema pronunciarse acerca de la causa determinante de esa 'falta'».[6]

5. *Modelo 1966*.

El 28 de junio de 1966, un golpe militar terminó con el gobierno del presidente Arturo U. Illia. Los jefes de las tres armas firmaron primero un acta (el «Acta de la Revolución Argentina») por la que asumían el gobierno del país y explicaban los motivos que habían tenido para hacerlo, así como su determinación de transformar la nación en diversos aspectos políticos, económicos, sociales y aun morales, en cumplimiento de un mandato «histórico». Ese mismo día adoptaron diversas medidas, todas ellas precedidas de la fórmula: «... la Junta Revolucionaria, en ejercicio de sus propios poderes, decreta: «La destitución del Presidente y del Vicepresidente (decreto n.º 1) se inicia con las palabras «Visto los arts. 2.º y 3.º del Acta de la Revolución Argentina». La intervención a las provincias (decreto n.º 2) menciona: «Visto que por los arts. 2.º y 3.º del Acta de la Revolución Argentina han sido destituidos de sus cargos los gobernadores y vicegobernadores de todas las provincias, así como también disueltas sus legislaturas...». El cese de los miembros de la Corte Suprema de Justicia (decreto n.º 3) lleva como antecedente «el art. 4.º del Acta...». El artículo 3.º sirve para fundar el decreto n.º 4, que remueve al Intendente y disuelve el Concejo Deliberante de la ciudad capital; el artículo 5.º sirve de antecedente normativo para disolver todos los partidos políticos (decreto n.º 6). Los artículos 9 y 10 de la fecunda acta operan como base para disponer que los nuevos jueces de la Corte Suprema sean designados por el Presidente de la Nación (que esta vez no se titula provisional). El decreto n.º 8, «visto lo dispuesto por el decreto n.º 2 de esta Junta Revolucionaria», distribuye entre 23 oficiales de las fuerzas armadas los cargos de interventores provinciales. Y el decreto n.º 9, «visto el art. 11 del Acta de la Revolución Argentina, y lo dispuesto en el art. 1.º del Estatuto de la Revolución Argentina», designa Presidente al teniente general Juan Carlos Onganía.

Algo más tarde se dio a conocer el Estatuto de la Revolución Argentina (mencionado en los considerandos de los decretos 7 y 9), por el que se fijaban las atribuciones del nuevo gobierno y las de sus órganos. La fórmula utilizada aquí fue: «La Junta Revolucionaria, en ejercicio de sus propios poderes, *estatuye*: «Y de allí en adelante el jefe del Estado, investido del poder legislativo, dictaba tanto *decretos* («El Presidente de la Nación Argentina decreta») como *leyes* («El Presidente de la Nación Argentina, en uso de los poderes conferidos por el artículo 5.º del Estatuto de la Revolución Argentina, sanciona y promulga con fuerza de ley»).»

[6] C.S.J.N., sentencia del 3/4/62 en autos «Pitto, Luis María s/petición» (Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vol. 252, pág. 178).

6. *Modelo 1976*.

El siguiente gobierno constitucional fue depuesto por las fuerzas armadas el 24 de marzo de 1976. El nombre elegido para el período *de facto* que se iniciaba fue «Proceso de Reorganización Nacional», y el primer hecho normativo fue un acta firmada ante notario público. Luego del encabezamiento formal de rigor, los comandantes militares, «visto el estado actual del país, proceden a hacerse cargo del Gobierno de la República. Por ello, resuelven:

1. Constituir la Junta Militar con los Comandantes Generales de las FF.AA. de la Nación, la que asume el poder político de la República.

2. Declarar caducos los mandatos del Presidente de la Nación y de los gobernadores y vicegobernadores de las provincias».

Luego de otras disposiciones que, en un total de once puntos, disolvían el Congreso, removían a diversos funcionarios y establecían bases para el ejercicio futuro del poder (el punto 10 resolvía «designar, una vez efectivizadas las medidas anteriormente señaladas, al ciudadano que ejercerá el cargo de Presidente de la Nación»), el acta terminaba con un cierre de notable formalismo, literalmente copiado del Acta de 1966:

«Adoptada la resolución precedente se da por terminado el acto, firmándose cuatro ejemplares de este documento a los fines de su registro, conocimiento y ulterior archivo en la Presidencia de la Nación, Comando General del Ejército, Comando General de la Armada y Comando General de la Fuerza Aérea. Videla. Massera. Agosti».

El mismo día, los autores de aquel acta (mediante la fórmula «la Junta Militar estatuye») resolvieron suspender la vigencia del último párrafo del artículo 23 de la Constitución, que autoriza a los ciudadanos detenidos en virtud del estado de sitio a optar por salir del territorio nacional. Tal disposición es encabezada por estas palabras: «Visto lo dispuesto por la Junta Militar en el Acta para el Proceso de Reorganización Nacional...».

Días más tarde apareció el «Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional», suerte de reglamento de catorce artículos que establecía los órganos del poder militar y las atribuciones que cada uno de ellos tendría. Dicha pieza tiene el siguiente encabezamiento:

«Considerando que es necesario establecer las normas fundamentales a que se ajustará el Gobierno de la Nación en cuanto a la estructura de los poderes del Estado y para el accionar del mismo a fin de alcanzar los objetivos fijados y reconstruir la grandeza de la República, la Junta Militar, en ejercicio del poder constituyente, estatuye»:

Y el 27 de abril se «estatuyó» un artículo adicional sobre las atribuciones de los gobernadores provinciales, para lo que se usó la siguiente referencia: «Visto lo establecido en los artículos 12 y 14 del Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional».

Tres personas se atribuían el gobierno del país, comenzaban a ejercerlo, asumían el poder constituyente y disponían consecuentemente; pero, salvo en el Acta y en el Estatuto, cada uno de sus actos normativos contenía una referencia a actos anteriores, de los cuales el nuevo se presentaba como continuación o consecuencia.

7. *Poder y pudor*.

Los ejemplos que anteceden provienen de golpes militares, pero el fenómeno que en ellos se observa no es privativo de los gobiernos *de facto*. Sin embargo estos muestran en forma condensada, sobre todo en sus momentos iniciales, la actitud del poder frente a las normas con una claridad que no se advierte en los períodos de larga tradición constitucional.

En el modo de relacionar la asunción del poder con la sanción de normas vale la pena señalar una evolución de los modelos reseñados. El de 1955 es en cierto modo ingenuo, en la medida en que no cobra conciencia de su autocontradicción. Extrae el poder de la voluntad divina (fuente última de legitimidad); y el paquete ético queda completado con las virtuosas intenciones de los vencedores. Pero al mismo tiempo el ejercicio del nuevo poder es *legal* (pretensión derivada de cierto sentimiento de veneración hacia el texto constitucional anterior). Lo es por dos motivos: la ilegalidad del régimen depuesto y la acefalía del gobierno por la rendición o la huida de quienes lo ejercían. El primero de dichos argumentos puede tener alguna fuerza política en el ánimo de los partidarios del nuevo gobierno, pero es jurídicamente dudoso si quienes lo invocan han derribado por las armas un poder electoralmente consolidado. El segundo argumento es políticamente débil (ya que sin el hecho revolucionario no habría acefalía), pero jurídicamente apoyado en precedentes judiciales (la Corte Suprema había elaborado esa doctrina a partir de 1930).

El modelo de 1962 no es ingenuo, sino todo lo contrario: tiene conciencia de su endeblez argumental pero insiste tercamente en disimular lo que está a la vista de todos. El poder proviene de la Constitución y se ejerce en su nombre; claro está que algunas desgraciadas circunstancias impiden momentáneamente el cumplimiento estricto de sus normas. Entre estas circunstancias se halla el encarcelamiento del Presidente, que justifica la asunción del cargo por su reemplazante legal; y también la nulidad de las últimas elecciones (dispuesta por el nuevo presidente), que obliga al Ejecutivo a disolver el Parlamento y a gobernar por decreto (hechos ambos que la Constitución no autoriza). En estas circunstancias es preciso mantener a toda costa el orden y la tranquilidad pública, y este alto propósito justifica disponer el arresto del anterior Presidente (arresto cuya concreción de hecho por los militares había servido antes de fundamento constitucional para la asunción del Poder Ejecutivo por el nuevo Presidente). El paquete (que esta vez no es ético, sino puramente «legal») es atado por prestigiosos juristas. Nadie cree en los argumentos que él contiene, ni están ellos destinados a ser creídos. Pero, en la conciencia de que se ha salvado al menos una pequeña parte del régimen civil, todos fingen desganadamente que los creen y la cuestión de si el gobierno del Dr. Guido es *de facto* o *de iure* queda siempre para ser debatida en un brumoso futuro.

El modelo de 1966 reniega por igual de la ingenuidad y de la ficción. Sus autores, que parecen tener una sólida formación kelseniana, prefieren dejar las cosas en claro. La Junta acuerda primero el Acta de la Revolución Argentina, donde queda explícitamente asentado el cambio

de la norma básica: se «asume el poder político y militar de la República». De tal cambio se da cuenta al pueblo mediante un mensaje: «...era indispensable eliminar la falacia de una legalidad formal y estéril bajo cuyo amparo se ejecutó una política de división y enfrentamiento... de tal suerte que las Fuerzas Armadas, más que sustituir un poder, vienen a ocupar un vacío de tal autoridad y conducción antes de que decaiga para siempre la dignidad argentina». La misma junta ejerce luego el poder constituyente al promulgar el Estatuto de la Revolución Argentina. Y, cuando pone en ejecución lo acordado en el acta, la Junta obra «en ejercicio de sus propios poderes»; esto es en uso de un poder originario y no derivado de normas anteriores. Al disolverse la Junta, en cambio, el presidente militar legislará a su gusto pero como autoridad delegada, «...en uso de los poderes conferidos por el artículo 5.º del Estatuto...».

En 1976 se siguió un esquema idéntico al de diez años antes: acta, estatuto, designación de presidente y ejercicio por éste de una autoridad derivada. Sólo cabe anotar, a modo de diferencias, cierto descuido de la estética normativa (agregados y reformas ulteriores del Estatuto) y variaciones en la estructura institucional (subsistencia de la Junta Militar, con reserva de ciertas atribuciones).

Pero, aun por encima de las diferencias o semejanzas que pueden 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 tiene alguna norma que ampare sus acciones. Por lo 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 estos últimos casos, ante la necesidad de hacer explícito el ejercicio inicial de un poder no derivado, sino conquistado de hecho, busca obsesivamente rodear ese acto de formalidades jurídicas, que llegan en 1976 al extremo de requerir la presencia de un escribano.

Acaso sea posible extraer de aquí una conclusión que, como dije antes, no se aplica sólo a los militares aunque señala un fenómeno particularmente observable en los gobiernos que se autoconstituyen. *El poder es pudoroso*. Se avergüenza de sí mismo. No tanto de las normas que dicta (que acaso puedan ser mejor o peor defendidas), como del hecho mismo de dictarlas.

No es difícil desentrañar de dónde proviene este pudor. El ejercicio del poder consiste siempre en imponer a las personas conductas, cargas o penas de las que es al menos dudoso que ellas las aceptasen de buen grado. Aun los actos que conceden beneficios suponen, en la mayoría de los casos, un costo para alguien; y la desaprobación o el disgusto de los afectados es una molestia que el poderoso no desea afrontar mediante la mera exposición de su preferencia axiológica. Es aquí donde aparece la tentación de trasladar al menos una parte de la responsabilidad.

En la época del absolutismo (me refiero al tiempo en que el absolutismo era ideológicamente aceptado: no al de su aplicación práctica que es aún el nuestro en muchos lugares), la responsabilidad se transfería,

casi íntegramente, a una entidad supraempírica. El príncipe, que lo era «por la gracia de Dios», no debía a persona alguna cuenta de sus actos, y el precio que hubiese de pagar por ellos quedaba diferido al tiempo posterior a su muerte. En la actualidad, en cambio (y con excepción de ciertos estados teocráticos), se acepta que el poderoso, independientemente de que el origen de su poder sea democrático o autoritario, gobierna en beneficio del pueblo y debe satisfacer las aspiraciones de sus súbditos. El imperio de la ley, a menudo ensalzado como garantía contra el despotismo, suscita cierta actitud de veneración hacia las normas vigentes (aun con independencia de su contenido). Parece conveniente, en consecuencia, apoyarse siempre en alguna norma que pueda citarse con número de artículo; no sólo para fundar la propia capacidad legislativa sino también, en lo posible, para mostrar que la decisión que se adopta es consecuencia insoslayable de una norma preexistente (jurídica, moral o religiosa) a la que el decisor, simple amanuense al servicio de sus propias virtudes, debe acatamiento y obediencia.

En una primera aproximación, la tendencia que acabo de describir es seria candidata a un juicio desfavorable. En efecto, ella exhibe cierta inseguridad en la escala de los valores políticos y morales sustentada por quienes en cada caso ejercen el poder y, en especial, demuestra que la capacidad de hacerse obedecer no corre siempre parejas con el valor necesario para asumir públicamente la responsabilidad de acciones controvertidas.

Sin embargo, un análisis más minucioso que principista permite advertir que la tendencia al uso de la coartada normativa tiene un costado alentador.

Basta para ello considerar que el pudor del poder, el temor a confrontar el ejercicio del gobierno con la queja de los súbditos, 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. Es el gran regalo que la Revolución Francesa, a despecho de involuciones posteriores, hizo al hombre de hoy. Un regalo que se exhibe, es cierto, en la organización de las sociedades democráticas; pero anida también, como molesto parásito, en el corazón de los tiranos. Es un medio débil pero persistente, del que disponen los súbditos para controlar y moderar la arbitrariedad de los gobernantes, ya que éstos no se sienten a gusto cuando se los sorprende incursos en acciones opuestas a las normas y a los valores en los que intentan justificar su poder.

En nuestros tiempos es posible incluso prever una evolución favorable a partir del actual disimulo, ya que la arbitrariedad tiende a hacerse técnicamente insostenible.

En efecto, la creciente complejidad de la vida social lleva insensiblemente (en especial con motivo del uso de la informática) al empleo de pautas generales, rutinas deliberadas y criterios formalizados.[7] Esta

[7] Guibourg, Ricardo A., *El fenómeno normativo*. Buenos Aires, Astrea, 1987, págs. 147 y 148.

aplicación obliga a hacer explícitos criterios que antes se hallaban encerrados -y protegidos- en la caja negra de la apreciación discrecional; y, en la medida en que la necesidad administrativa y el avance tecnológico avancen de consuno por ese camino, será cada vez más difícil al poderoso escindir sus acciones de los valores que proclama. Que tales valores nos satisfagan no es algo que pueda garantizarse; pero, en el peor de los casos, pueden preverse mayor igualdad ante la ley, una seguridad jurídica más sólida y un mejor control público de las normas y de su aplicación.

Por esa vía el poder adquiriría mayor aceptabilidad intersubjetiva, en la medida en que su ejercicio se autolimitase y autoencauzase. Semejante evolución, aunque no incluyera otras mejoras, sería descrita por algunos como un avance de la *justicia*.

RACIONALIDAD Y LEGITIMACIÓN POLÍTICA *

En este trabajo 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 los 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 puede 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 discutiré los conceptos de «objetividad» y de «verdad», los cuales a la vez presuponen el de «racionalidad». En otros trabajos (OLIVE 1986 y 1987a y 1987b) he analizado estos conceptos con mayor detalle, siguiendo y discutiendo ideas de Villoro 1982, Habermas 1973 y 1984 y Putnam 1981. En dichos trabajos he sostenido que 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, como veremos enseguida.

Objetividad

Discutiré en primer lugar la noción de objetividad. Para ello aprovecharé la idea de comunidad epistémica, por ejemplo como la ha elucidado Villoro 1982.

Supongamos que «S» denota a un sujeto y «p» a una proposición cualquiera:

Llamemos «sujeto epistémico pertinente» de la creencia de *S* en *p* a todo sujeto al que le sean accesibles las mismas razones que le son accesibles a *S* y no otras, y «comunidad epistémica pertinente»

---

* Una versión preliminar de este trabajo fue presentada en el «Simposio sobre Racionalidad, Ética y Política» organizado por Javier Muguerza en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo en Santander en septiembre de 1985. Para diversos aspectos de la presente versión he tenido el beneficio de las críticas y observaciones de varios colegas, entre ellos Mark Platts, Marcelo Dascal y Ana Rosa Pérez Ransanz. Agradezco particularmente el estimulante interés y el entusiasta apoyo de Ernesto Garzón Valdés para su publicación.

al conjunto de sujetos epistémicos pertinentes para una creencia (Villoro, 1982, p. 147).

De esta cita se desprende la idea de que los miembros de una misma comunidad epistémica comparten un marco conceptual que incluye, entre otras cosas, creencias previas bien atrincheradas, reglas de inferencia, valores epistemológicos, metodológicos, éticos y estéticos, y presupuestos metafísicos, de manera tal que pueden comprender y someter a discusión racional las ideas propuestas por otros miembros de la comunidad y, como resultado de tal discusión, llegar a aceptar de común acuerdo a ciertas ideas como *razones*, lo cual, por supuesto, significa que estarán de acuerdo en valorar como *razones* a ciertas ideas, en relación con determinado tipo de cuestiones.

A partir de esto podemos entender la *objetividad* como aceptabilidad racional en condiciones *realmente existentes* para una comunidad epistémica. Una creencia objetiva deberá estar basada en la posibilidad de la mejor justificación que realmente tengan a su alcance los sujetos de la comunidad en cuestión. La objetividad se refiere, pues, a la posibilidad de reconocimiento público, en una comunidad determinada, de que hay una situación de hecho. Dicho reconocimiento podría darse con respecto a cualquier realidad que tenga efectos en la comunidad de que se trate, y en relación con la cual haya evidencia satisfactoria, dentro del marco conceptual en cuestión, para admitirla. El estatus de real de la entidad o del proceso pertinente, significa precisamente tener tales efectos. Las creencias objetivas pueden servir de base para acciones o interacciones las cuales a la vez pueden tener consecuencias en la comunidad donde se sostienen, o en su medio ambiente. La objetividad de una creencia está en función de otras creencias disponibles, generalmente bien atrincheradas, así como de otros recursos intelectuales y materiales disponibles para la comunidad de que se trate. Así, una creencia será objetiva en la medida en que haya evidencia racionalmente aceptable dentro del marco de creencias donde es considerada y en relación con la cual no sea posible encontrar razones, dentro del mismo marco conceptual del que dispone la comunidad y con la evidencia que los recursos teóricos y materiales a los que tiene acceso pueden ofrecer, lo suficientemente convincentes como para abandonarla.[1]

Desde esta perspectiva, lo que es saber objetivo en una sociedad, para una comunidad epistémica, puede no serlo para otra distinta, en otras condiciones, con diferente tecnología, otras creencias y valores, quizá con diferentes relaciones sociales. Así pues, la propuesta de relativizar

[1] Ésta es ciertamente una noción consensualista de la objetividad. Adelante se verá que también adopto una noción de verdad basada en una teoría del consenso que la analiza en términos de aceptabilidad racional, a la manera en que la ha defendido por ejemplo Habermas, si bien pretendo introducir modificaciones de importancia. En este trabajo me limito a exponer estas nociones sin defender más a fondo la posición consensualista. Para un desarrollo de este punto véanse Olivé 1986, Olivé 1987b y Olivé 1987b; en este último trabajo, particularmente en los capítulos 9 y 10, se encontrará un tratamiento más detallado de la posición realista que aquí insinúo.

el saber objetivo a las comunidades epistémicas y a sus recursos: creencias disponibles, valores, tecnología, etc.

Es claro que esta propuesta de objetividad *presupone* una cierta noción de racionalidad, pues elucida a la primera en términos de aceptabilidad racional. Comparto la idea de que cualquier intento de definir esta noción por medio de un conjunto de principios está condenada al fracaso, y ciertamente se trata de una de las nociones más difíciles de elucidar en filosofía, pues deberá siempre estar presupuesta en todo intento de clarificación. Pero siempre es posible intentar su elucidación desde diferentes perspectivas, y en relación con los planteamientos que hasta aquí he sugerido, es de interés hacer algunos comentarios con respecto a la universalidad o relatividad de la racionalidad misma.

Racionalidad y relativismo

Vale la pena hacer una primera distinción que no siempre queda clara, entre la relatividad de las *razones* para aceptar una creencia y la relatividad de los *principios* de racionalidad; y además habrá que distinguir conceptualmente éstos de los *criterios* efectivos que se aplican en cada contexto específico para decidir sobre la racionalidad de una creencia, una acción, una preferencia, una decisión, una persona, una institución, una comunidad, etc. Veremos que la primera clase, la de los principios, está contenida en la segunda, esto es, que la clase de los criterios puede ser, y en general es, más amplia que la de los principios, y que lo que constituye la diferencia, lo que llamaré criterios efectivos, puede variar de un contexto a otro.

En el primer caso, el que se refiere a la relatividad de las razones, el enunciado relativista se expresaría como sigue:

(1) Puede ser el caso que, si *A* y *B son personas que provienen de contextos culturales diferentes, una razón R* para que *A* acepte una proposición *p*, puede no serlo para que *B* la acepte.

De otra manera, en los términos que hemos sugerido arriba:

(1') Lo que puede operar como una razón para aceptar una creencia en una comunidad epistémica, puede no serlo para otra distinta.

En el segundo caso, que se refiere a principios, tendríamos el siguiente enunciado relativista:

(2) Todo principio de racionalidad es relativo a la comunidad epistémica, o a la sociedad en la que tenga aplicación.

La fuerza de este enunciado radicaría en la posibilidad de que existieran dos comunidades epistémicas, cada una de las cuales tuviera una concepción de la racionalidad presupuesta completamente diferente de la otra; esto significaría que no habría ningún principio de racionalidad compartido entre las dos comunidades.

De acuerdo con esto, (2) podría equivalentemente expresarse como:

(2') No hay principio alguno de racionalidad que sea universal.

Creo que es fácil apreciar que el relativismo de (1) y (1'), esto es, la relatividad de las razones, es sostenible. El meollo del argumento para sostener estas tesis consiste en la idea de que hay razones que pueden aducir los agentes miembros de una comunidad epistémica, las cuales tienen

su fundamento objetivo dentro del sistema de creencias, de valores, y en los recursos culturales en general a los cuales la comunidad de que se trate tiene acceso. Entonces es posible que las razones para *A*, sean inaccesibles para *B*, o estén basadas en información, o dependan de recursos inaccesibles para *B*, en virtud de constreñimientos de los recursos disponibles para él o ella.

Pero no es posible sostener (2) ni (2'), es decir, la relatividad fuerte de los principios de racionalidad. Esto puede apreciarse al enfatizar que la idea de objetividad descansa sobre la de racionalidad. Cualquier cosa que sea, la aceptabilidad racional que posibilita la objetividad para cualquier comunidad epistémica, debe tener rasgos comunes para toda comunidad epistémica. Es posible incluso señalar algunos principios que caracterizan a dicha racionalidad, y hasta donde sé, nunca se ha mostrado que exista alguna comunidad epistémica que no los acepte. Por ejemplo, un principio débil de no contradicción, que dice que no son aceptables, al mismo tiempo, todos los enunciados que pueden formularse en un lenguaje dado, por los usuarios del lenguaje. Pero entonces será necesario distinguir esta racionalidad genuinamente universal de diferentes «racionalidades» caracterizadas para comunidades epistémicas específicas en términos de conjuntos de criterios, los cuales, como conjunto, ciertamente pueden no ser comunes a toda comunidad epistémica, es decir, pueden no ser genuinamente universales. Ésta es la base de la idea de distinguir entre principios de racionalidad presupuestos por cualquier comunidad epistémica, y criterios efectivos de racionalidad para alguna comunidad epistémica específica. Se alegará, por supuesto, que entonces conviene distinguir entre el concepto de racionalidad en el primer caso y el que se usa en el segundo.

Lo que aquí se sugiere, pues, es que hay un sentido de racionalidad en el que es presupuesto de cualquier sistema de creencias de una comunidad epistémica, y de cualquier sistema de interacción comunicativa. En este sentido, el término «racionalidad» refiere a un núcleo de factores que, entre otros, hacen posible la comunicación.

Al intentar hacer aplicaciones del término «racionalidad», conviene distinguir entre

a) el núcleo de factores recién aludido, de

b) lo que podríamos llamar *criterios efectivos* de racionalidad, así como de

c) la capacidad de un individuo de cumplir los principios presupuestos por la comunicación, y la capacidad de un individuo o de una comunidad para cumplir de hecho los criterios efectivos en operación en una comunidad, y finalmente de

d) el cumplimiento de hecho de dichos principios y criterios.

De acuerdo con lo que hemos apuntado, la universalidad de los principios significa que existen como presupuestos de toda cultura. Pero esto no significa que necesariamente una cultura funcione con sólo esos principios en operación efectiva; puede haber otros criterios efectivos que tratan de acotar más fuertemente lo que *en ese contexto* sería lo racional. Así pues, la diferencia importante que trato de apuntar aquí es precisamente entre *criterios*, entendidos como procedimientos de decisión

que *de hecho* operan, y *principios* que posibilitan la comunicación. Los primeros no formarían parte de las condiciones necesarias para que haya comunicación.

Para comprender mejor esta idea conviene recordar una concepción básica de presupuesto: diremos que *p* presupone a *q*, si *q* es condición necesaria de la verdad o de la falsedad de *p*; si *q* es condición necesaria de la verdad de *p*, entonces *p* implica *q*. (Véase Strawson 1952, p. 175). Análogamente, diremos que los principios de racionalidad son presupuestos por sistemas de creencias, o de acciones, en el sentido de que tales principios forman parte de las condiciones de posibilidad de que los sistemas en cuestión sean racionales o irracionales.

Para ilustrar esta diferencia, pensemos de nuevo en el principio débil de no contradicción. Lo que aquí propongo es que se considere como un genuino principio universal de racionalidad. Esto implica la pretensión de que de hecho nadie podría admitir dentro del conjunto de proposiciones aceptables a *todas* las proposiciones que pudieran formularse en su lenguaje; al menos una debería quedar excluida; y significa también que de hecho ninguna comunidad epistémica podría funcionar si se aceptaran simultáneamente todas las proposiciones formulables en su lenguaje. Pero en cambio el principio de no contradicción de la lógica clásica, el cual prohíbe admitir simultáneamente una proposición y su negación lógica, ciertamente no opera efectivamente para algunas comunidades, como sería el caso para los Azande, tan ampliamente comentados en este tipo de discusiones. El llamado principio de no contradicción de la lógica clásica no sería pues un principio presupuesto de racionalidad, sino un criterio local de «racionalidad» en ciertos contextos, por ejemplo el de una comunidad de filósofos. (El uso de las comillas para «racionalidad» sugiere que se trata, en sentido estricto, de diferentes conceptos).

Ciertamente el fundamento del principio débil de no contradicción se encuentra en las consecuencias (negativas) que se derivarían de su violación. En este caso, violarlo significaría aceptar todas las proposiciones enunciables en el lenguaje en cuestión y todas sus negaciones lógicas. De manera que no se sugiere con lo anterior que pueda mantenerse el principio débil de no contradicción sin mantener una lógica. Lo que se sugiere es que puede haber culturas en las que se viole el principio de no contradicción de la lógica clásica, en el sentido de que se admitan *algunas* contradicciones formales, pero *no todas* las posibles contradicciones (lo cual significaría violar el principio débil). La cuestión sería, entonces, que la cultura en cuestión ciertamente usaría una lógica, pero la cual no sería reconstruible en términos de lógica clásica, sino en términos de una lógica no-clásica que admita *algunas* contradicciones dentro del sistema.

Resumiendo, entonces, el núcleo de factores aludidos en a) constituirían los genuinos principios universales de racionalidad, por ejemplo el principio débil de no contradicción, los cuales no pueden ser violados por las comunidades epistémicas (no todos sus miembros pueden, todo el tiempo, aceptar todas las proposiciones formulables en su lenguaje), pero sí por miembros de ellas, aunque al costo de fracasar en sus intentos de comunicación. No es la pretensión de este trabajo ofrecer una *teoría*

de la racionalidad, por lo cual no se asume el compromiso de explicitar más principios de ese estilo. La discusión en este contexto se refiere a la existencia o no de tales principios, por lo cual, el apuntar un serio candidato es suficiente, y deja el peso de la prueba a quien rechace la existencia de genuinos principios de racionalidad.

Los criterios efectivos en operación dentro de una comunidad pueden ser violados por algunos de sus miembros, incluso sistemáticamente, aunque no podrían ser violados sistemáticamente por todos los miembros, pues en tal caso sería de dudarse que en tal sociedad existieran realmente los criterios en cuestión. Alguien puede por ejemplo contradecirse sistemáticamente en sus creencias. En el contexto de esa comunidad puede entonces legítimamente ser acusado de tener creencias irracionales, o de ejecutar acciones irracionales; pero mientras se le conceda la capacidad señalada arriba en c) no se le calificaría como un sujeto irracional.

Finalmente, cuando de hecho se cumple con los criterios efectivos se califica de «racional» a una creencia o a una acción, o cuando se violan se le llama irracional. Pero todo esto siempre está limitado a un contexto específico.

Cabe subrayar que el tercer sentido en el que puede hablarse de racionalidad (arriba, inciso C), según el cual también se le plantea como universal, se refiere a una facultad de los seres humanos, la cual puede o no ser ejercida, y que consiste fundamentalmente en la capacidad de dialogar y de llegar incluso a reconocer los principios presupuestos de la racionalidad y los criterios que operan efectivamente en una comunidad.

Una noción de la verdad basada en conceptos epistémicos

Si se parte del supuesto que toda acción comunicativa presupone racionalidad en el sentido mencionado arriba, entonces es posible considerar que una característica del predicado «verdad» es que se aplica a las creencias que son aceptables racionalmente para cualquier sujeto, independientemente de la comunidad epistémica de la cual ese sujeto sea originario. La idea es que una creencia verdadera es justificable frente a quien quiera que lo dispute, cualquiera que sea la comunidad epistémica de la que provenga. Pero la interacción en la cual debería discutirse la pretensión de verdad y tratar de llegar a un acuerdo no puede ser de cualquier tipo, sino que debe llevarse a cabo en *condiciones puras de racionalidad*. Se entiende por dichas condiciones aquéllas en donde no se trata de convencer mediante algún ejercicio de violencia, ya sea físico, psicológico, moral, o de algún otro tipo, y en donde tampoco es cuestión de disputar la aceptación de una proposición agresivamente, sino por medio de un diálogo en donde sólo operan las fuerzas racionales que *presupone* la misma interacción comunicativa. Así, al enfrentarse representantes de diferentes comunidades epistémicas, con diferentes marcos conceptuales a su alcance, bajo el supuesto de que su interacción comunicativa es puramente racional, sin ejercer fuerza alguna que no sea la de los mejores argumentos, y en donde es posible señalar evidencia pertinente,

el resultado de dicha interacción debería ser la creación de un nuevo marco conceptual derivado de los originales de cada uno.

Las condiciones de diálogo a las cuales me he referido son reales en toda sociedad, en el sentido de que se encuentran entre las condiciones de posibilidad de la interacción comunicativa. Pero no siempre se actualizan, no siempre son efectivas, en el sentido de que la comunicación esté de hecho sujeta únicamente a la fuerza de la razón. No obstante, son siempre posibles, puesto que están presupuestas en todo tipo de interacción comunicativa, pero para poderse realizar efectivamente se requiere de condiciones adecuadas. Es importante que se aprecie esto porque significa que tales condiciones no son utópicas, en el sentido de que sean deseables pero irreales. Cuando dichas condiciones llegan a realizarse, a hacerse efectivas, lo que de ello puede inferirse no es que se produciría un único sistema de proposiciones que describiría correctamente al mundo, sino que los sujetos que interactúan en esas condiciones construirían un nuevo marco conceptual a partir de los que disponían cada uno en el momento de comenzar la interacción. La disputa cesaría cuando de común acuerdo todos los sujetos involucrados aceptaran o rechazaran un cierto conjunto de proposiciones que estaban en cuestión. Ciertamente, en muchas ocasiones esto no ocurre, sino más bien un sistema de creencias se impone a otro mediante la fuerza y la violencia. Este es el típico caso del imperialismo cultural, en donde un marco conceptual se impone y elimina a otro, mediante el apoyo de acciones violentas por parte de quienes lo imponen.

Podría pensarse que al plantear a las condiciones puras de racionalidad como *presupuestos* de *toda* interacción comunicativa, entonces, por el sólo hecho de que se dé alguna interacción comunicativa, tales condiciones estarán realizándose e incluso *actualizándose*. Para comprender la distinción que aquí se propone conviene separar este tipo de «presencia» de las condiciones puras de racionalidad, el cual *hace posible* la comunicación, y otro tipo, en el cual no sólo se hace posible la comunicación, sino en el que tales condiciones se instancian o ejemplifican en la interacción.

El sentido en el que las condiciones puras de racionalidad están presupuestadas por toda interacción es el mismo en el que ciertas reglas de inferencia están presupuestadas en una argumentación: las reglas hacen posible que el argumento sea correcto o incorrecto. Análogamente, las condiciones puras de racionalidad hacen posible que la interacción comunicativa sea racional o irracional; cuando las condiciones de hecho se ejemplifican en la interacción, hacen que ésta sea puramente racional. Así, cuando enfrentamos un argumento incorrecto, las reglas de inferencia están presupuestas y son reales, pero no están instanciadas o ejemplificadas en el argumento mismo, por eso sería incorrecto. Cuando el argumento es correcto, las reglas están instanciadas en tal argumento. En este sentido las reglas no sólo son reales y están presupuestadas, sino además están ejemplificadas. Lo mismo ocurre con las condiciones puras de racionalidad y una interacción comunicativa puramente racional.

Una importante consecuencia de lo anterior es que la verdad, aunque analizada en términos de conceptos epistémicos y sociales, no queda

relativizada ni a sujetos, ni a comunidades epistémicas, ni a culturas, ni a sociedades.

En efecto, de acuerdo con esta sugerencia, lo que es verdadero para una comunidad *C*, debe serlo también, en virtud de lo que quiere decir ser verdadero, para otra comunidad diferente, *C'*. Por consiguiente no debe interpretarse la noción del condicionamiento social como equivalente a la idea de que la *verdad* de una proposición depende de la sociedad en donde se produce, de modo que la misma proposición bien podría ser falsa en otra sociedad. Esto es lo que significa relativizar a la verdad. Desde la perspectiva que aquí defiendo ésa es una idea inaceptable. Según esta posición, si una proposición *p* es verdadera, cualquier enunciado, en cualquier otro lenguaje, dentro de cualquier otro marco conceptual, que correctamente exprese a *p*, será también verdadero.

Un problema distinto es el de si los recursos intelectuales y materiales y, digamos el marco conceptual, disponibles para una cierta comunidad son suficientes para expresar a una cierta proposición, y si los usuarios de esos marcos y recursos, los sujetos de una comunidad específica, cuentan con los recursos, los conocimientos previos necesarios, hasta podríamos decir con las condiciones sociales adecuadas, para reconocer la verdad o la falsedad de la proposición en cuestión. Por ejemplo, es de dudarse que dentro de la comunidad lacandona (una de las más marginadas comunidades indígenas en México) pueda formularse (y menos aceptarse) la teoría cuántica. Esto es lo que debe entenderse por condicionamiento social de las creencias y de la verdad. Cada marco conceptual, y el entorno social y natural de cada comunidad, condiciona lo que puede formularse dentro del sistema de creencias de la comunidad, y por consiguiente lo que es susceptible de ser aceptable o no para esa comunidad. Si adoptamos esta noción de verdad, el relativista cultural ya no podría sostener que la verdad de las proposiciones depende de cada contexto, pero podría seguir sosteniendo que las pruebas y el reconocimiento de su verdad, necesariamente están constreñidas a un contexto cultural, es decir, la verdad de una proposición sólo puede ser mostrada y reconocida en un cierto medio, por recurso a criterios específicos de él.

Es importante aclarar que, de acuerdo con la concepción que aquí he defendido, se ha presentado una concepción de lo que es la verdad, según la cual, aunque trivialmente lo que es verdadero tiene que expresarse en un cierto lenguaje, no se exigen en la caracterización de la verdad condiciones relativas a cada contexto específico. La tesis del relativismo cultural insiste que siempre tiene que haber un marco conceptual dentro del cual las proposiciones tienen sentido, pero se sostiene que dicho marco puede construirse a partir de los marcos disponibles por cada actor involucrado. Lo que hay de socialmente significativo alrededor de la verdad de las proposiciones es que éstas existen, en tanto que hay agentes que las producen, mantienen y creen, o no, que son verdaderas; y puede ser socialmente importante probar esa pretensión. Lo que queda relativizado a contextos sociales son, entonces, las pruebas mismas y los criterios que involucran.

Universalidad legítima de la racionalidad

Con base en todo lo anterior, podemos recapitular y proponer lo siguiente. Toda sociedad de personas presupone, como posibilidad de existencia, ciertos principios comunes, como el ya mencionado principio débil de no contradicción. Pero además, todo sistema de acciones sociales debe presuponer ciertos otros principios, por ejemplo, principios de verificación o de refutación, es decir, procedimientos que ponen en evidencia el éxito o fracaso de ciertas acciones orientadas hacia un fin, incluyendo el objetivo de lograr una comunicación exitosa. Lo común es la existencia de un tipo de principios que cumplen las mismas funciones.

Por universalidad legítima debe entenderse la que se refiere a las formas que toda sociedad debe presuponer para existir, sobrevivir y reproducirse, lo cual incluye la interacción comunicativa en su interior.

Debe distinguirse entre estos principios *presupuestos*, y los criterios *efectivos*. La racionalidad debe verse como presupuesto de los sistemas de creencias, de interacciones comunicativas, y en general como condición de posibilidad de la comunicación, y por consiguiente de la vida social. Las condiciones que hacen posible la comunicación, que son presupuestadas en cualquier interacción comunicativa, podrían también llamarse «condiciones puras de racionalidad». Éstas son condiciones puras de racionalidad porque en ellas actúan sólo fuerzas racionales, es decir, en ellas se ejerce únicamente la capacidad de dialogar, de aducir razones, desarrollar argumentos, y de rebatir los malos argumentos y las malas razones.

Hemos visto, pues, que el término «racionalidad» tiene las siguientes aplicaciones: en relación con algunos presupuestos necesarios de toda interacción comunicativa; como predicado aplicable a cierto tipo de interacciones, por ejemplo discusiones, las cuales pueden ser racionales o no; como predicado de sujetos, expresando capacidades de los mismos, las cuales pueden o no ejercerse, y por extensión como capacidad de una sociedad de personas.

El ejemplo de las jerarquías sociales

Un ejemplo ayudará a comprender mejor las nociones discutidas hasta aquí. Para ello tomemos el caso de una jerarquía.[2] Para nuestros fines basta admitir que las jerarquías se constituyen y preservan alrededor de procesos de organización social en donde se establecen relaciones de dominación. Entenderé por relaciones de dominación aquellas en las cuales un sujeto o un grupo obtiene ventajas, materiales, intelectuales o morales, a costa de otro u otros, y donde estos últimos no obtienen ventajas equivalentes. La organización social surge en torno a otros procesos centrales para la vida de la sociedad, por ejemplo procesos de producción. Tanto para la realización de esos procesos, como para el mantenimiento de la jerarquía, se producen creencias específicas. La jerarquía misma

[2] Este ejemplo está tomado de Olivé y Esquivel 1983.

incluye en particular sistemas de creencias y de valores en relación con los rangos y estratos que la componen.

Las jerarquías son posibles en virtud de que toda sociedad de personas es un complejo diferenciado. En toda sociedad existen diferencias reales; por ejemplo, las que produce la división del trabajo. Es claro que las personas dentro de una sociedad perciben por lo menos algunas de esas diferencias y las reconocen dentro de los marcos conceptuales por medio de los cuales interpretan la realidad, incluyendo su realidad social. Algunas de esas diferencias reales son, pues, objetivas, en el sentido que aquí se ha propuesto, pues son reconocibles y admisibles por cualquier sujeto de esa sociedad de acuerdo con su marco conceptual.

Ahora bien, desde la perspectiva de los sujetos de una sociedad particular, algunas de las diferencias objetivas son consideradas como si existieran independientemente de sus marcos de interpretación y evaluación, y consideran que serían reconocibles por cualquier sujeto, no sólo por los miembros de su sociedad. Sin embargo, algunas diferencias en algunas sociedades no son *realmente independientes* de los marcos de interpretación de ellas. En muchos casos las interpretaciones de los sujetos sociales son parte de las relaciones sociales y pueden ser factores constitutivos de las diferencias de la sociedad en cuestión. Por ejemplo, puede alegarse que las castas de un cierto sistema están constituidas por grupos sociales, incluyendo de manera fundamental sus elementos ideológicos, tales como las representaciones que tienen de sí mismos y de los otros, las valoraciones, la estima y autoestima. En este caso puede decirse que las diferencias entre las castas son reales, más aún, que las creencias de esa sociedad sobre tales diferencias son objetivas, pues serían reconocibles y aceptables por todos sus miembros, mediante una discusión en condiciones puras de racionalidad. Pero es importante subrayar que tales diferencias y su subsistencia dependen de los marcos de interpretación. El hecho de que sean un producto, al menos en parte, de los marcos conceptuales a disposición de los sujetos puede escapar a ellos mismos, pero eso lo podría apreciar un observador externo, un historiador, un sociólogo o un antropólogo, pongamos por caso.

Así una *jerarquía social* de personas surge al institucionalizarse un sistema de relaciones entre entidades diferenciadas que mantienen relaciones de dominación. Tal proceso lleva consigo marcos conceptuales de interpretación, los cuales incluyen valores. Elementos fundamentales de las jerarquías sociales son, pues, las relaciones de dominación y las representaciones que los actores hacen de sus diferencias, en términos de las cuales quedan ubicados en diferentes rangos o estratos. Cada representación lleva consigo, de modo explícito o implícito, una valoración de cada rango. El marco conceptual, con sus valores, legitima (otorga legitimación, noción que aclararé adelante) las diferencias y las relaciones de dominación.

Supongamos que *J* es una jerarquía social. Consideremos dos miembros de *J*, *A* y *B*, cada uno en diferentes rangos. Para los miembros de *J*, la proposición *p* dice que «*A* es superior a *B*», es objetiva, pues sería admisible por cualquier miembro de J, ya que habría evidencia a su favor y nadie, dentro de esa sociedad, con los recursos intelectuales a su

disposición, encontraría razones suficientemente poderosas como para rechazar tal proposición. (Éste es el supuesto de que se trata de una jerarquía *legitimizada*, sobre lo cual volveré adelante). Pero *p* no es admisible por cualquier sujeto racional. Un sujeto de nuestra sociedad, por ejemplo, podría encontrar razones que hacen injustificada la pretensión de que *A* es superior a *B*, en términos del marco conceptual a su disposición. Más aún, podemos suponer que en condiciones puras de racionalidad, dicha pretensión de superioridad es injustificable y por consiguiente que *p* es inadmisible en tales condiciones, esto es, que *p* no es verdadera.

La situación es, pues, que en nuestro ejemplo existe una cierta realidad, la jerarquía en cuestión, en la cual la proposición «*A* es superior a *B*» expresa una creencia objetiva para la comunidad que comparte y queda determinada por el marco conceptual en cuestión. Desde *dentro* de *J*, la proposición describe un hecho que es real ahí, en ese sentido la proposición corresponde con la realidad. Esto no debería sorprender, pues dicha realidad es constituida, al menos en parte, por el marco conceptual que otorga sentido a la proposición en cuestión. Pero de acuerdo con la concepción de la verdad que he defendido, dicha correspondencia no es suficiente para considerar que la proposición es verdadera, pues no cualquier sujeto aceptaría, en condiciones puras de racionalidad, la proposición «*A* es superior a *B*».

Podría objetarse que éste es un embrollo innecesario, que podemos interpretar a *p* («*A* es superior a *B*») como diciendo «*A* es superior a *B* en el marco de referencia *J*». Entonces «*p*» es verdadera porque de hecho *A* era superior a *B* en *J*. Con esto llegamos al meollo de la cuestión: la proposición «*A* es superior a *B*» no es equivalente, ni es una traducción adecuada de «*A* es superior a *B* en *J*» (llamemos «*p'*» a ésta).

Para comprender por qué *p* y *p'* son diferentes es preciso darse cuenta que «superior» es un término que adquiere significado en contextos específicos, de acuerdo con valoraciones hechas en cada contexto, con la estima y prestigio que en ese marco se concedan, etc.

A primera vista esto parecería ir contra la tesis de que *p* y *p'* son diferentes, y sugerir en cambio que son equivalentes, pues podría decirse que *p* por sí misma no tiene significado y que sólo lo adquiere en un contexto específico, en nuestro caso dentro del marco de *J*.

Pero un examen más detallado revela que esto no es correcto. Es cierto que *p* adquiere un significado en relación con *J*. Sin embargo recordemos que la verdad implica aceptabilidad por cualquier sujeto racional en condiciones puras de racionalidad, independientemente del marco conceptual del que parta. Si *p* es aceptable para los miembros de *J*, entonces es admisible en relación con todo el cuerpo de creencias que determinan disposiciones, acciones, etc., para los miembros de *J*. Esto significa que la relación de dominación implícita en «superior», es aceptable por todos los miembros de *J*. *p* expresa una creencia objetiva en *J* y la relación de dominación correspondiente es real en ese contexto. Todos los miembros de *J*, para quienes *p* es admisible, quedan sometidos a esa objetiva y real relación de dominación, o a sus efectos en *J*. Esto es lo que hace que *p* y *p'* no sean equivalentes. *p'* es aceptable por

cualquier sujeto fuera de *J*, en condiciones puras de racionalidad. Pero *p'* ha perdido significado e implicaciones que *p* tiene. *p'* no lleva consigo las valoraciones que *p* lleva, ni produce en quienes la aceptan los mismos tipos de creencias y disposiciones, ni reproduce (o produce) la misma realidad de relaciones sociales. En conclusión, *p* y *p'* no son equivalentes.

Legitimidad y legitimación

Hemos visto la conveniencia de distinguir entre la racionalidad como presupuesto de la comunicación, la racionalidad en la conducción de una discusión con apego a criterios efectivos en un cierto contexto, y la racionalidad como capacidad de los sujetos epistémicos. Veamos por último una aplicación de las ideas centrales que se han discutido a un caso de interés en filosofía política. Se trata de una distinción que puede trazarse entre las nociones de *legitimidad* y de *legitimación*, digamos de sistemas políticos, sobre la base de la argumentación que pueda desarrollarse para su defensa entre los propios actores involucrados.

Podemos pensar que es posible que haya uno (o muchos) sistemas políticos argumentables, en el sentido de que puedan defenderse racionalmente en una argumentación, de modo genuinamente universal. El requisito que podemos pensar *a priori* sería el de la aceptabilidad universal, es decir, por cualquier sujeto racional, en condiciones puras de racionalidad. Pero fácilmente comprendemos que una discusión, por más libre y racional que sea, nunca se da en un vacío sociocultural, siempre se da en el seno de una comunidad epistémica, o en el contexto de interacción transcultural, es decir, donde se trata de la interacción de sujetos originarios de diferentes comunidades.

Con esto en mente, podemos proponer una distinción entre *legitimación* y *legitimidad* de un sistema político y/o social. La legitimación se daría en el interior de una misma comunidad epistémica. Esto es, puede haber una disputa conducida racionalmente entre los miembros de la misma comunidad. Una vez agotados todos sus recursos culturales, sin ejercicios de fuerza no racionales, puede llegarse a un acuerdo acerca de la estructura de poder, la toma de decisiones, la capacidad de influencia y la posibilidad de mando, así como sobre la estructura de distribución de recompensas morales y materiales en su sociedad. De este modo el sistema quedaría *legitimado* para sus propios miembros. Podemos llamar *legitimación*, pues, al asentimiento que se logra, entre sujetos racionales, mediante un ejercicio racional de disputa, dentro de los constreñimientos de un cierto marco conceptual. En este caso, el sistema queda justificado por medio de una argumentación racional, en la cual en principio todos los sujetos involucrados pueden poner en duda y discutir desde una orden hasta todo el sistema, pero en donde a final de cuentas asienten sobre ese sistema. Sin embargo, la discusión, si bien conducida racionalmente, de acuerdo con el supuesto aquí asumido, está siempre constreñida por el marco conceptual, los recursos intelectuales y materiales, en fin por el horizonte cultural de la comunidad en cuestión.

Pero entonces es posible que el sistema no sea admisible para cualquier otro sujeto racional, proveniente de otra comunidad epistémica. Desde un punto de vista externo al sistema político y social en cuestión, podrían realizarse críticas bien fundadas, por medio de una discusión racional, acerca de las bondades de dicho sistema. Los propios miembros de ese sistema podrían entrar en una interacción comunicativa con sujetos externos, lo cual podría conducir a modificaciones en su marco conceptual y, una vez que su horizonte cultural fuera ampliado mediante la interacción con otros sujetos racionales originarios de otra comunidad, podrían aceptar las críticas racionalmente fundadas. Entonces reconocerían por qué había una legitimación para su sistema, pero tendrían que aceptar que el mismo carecía de *legitimidad*. La *legitimidad*, pues, quiere decir aceptabilidad genuinamente universal, es decir, aceptabilidad en principio para cualquier sujeto racional, sea cual sea su comunidad de origen, siempre y cuando la interacción comunicativa sea racional, se dé en el contexto de las condiciones puras de racionalidad, y se permita la interacción transcultural tanto como sea necesario.

Podemos suponer, entonces, que la legitimación de un sistema político o social que no sea aceptable por cualquier sujeto racional lleva consigo alguna marca de irracionalidad. La legitimación, si es que se da, lleva consigo esa marca, por ejemplo a través de ejercicios de poder, o de falsificación ideológica, lo cual permite la justificación objetiva, en el sentido que aquí se ha defendido, pero no la justificación de la aceptabilidad universal.

Creo que una de las más importantes consecuencias de la discusión anterior es que aclare el terreno en el cual puede plantearse un debate acerca de lo que es un sistema político defendible por argumentos. Cabe distinguir entre la argumentación que conduce a creencias genuinamente verdaderas y la que, aunque conducida racionalmente, queda constreñida por el marco conceptual disponible de una comunidad específica. La primera sería la que debería usarse al hablar de un sistema universalmente argumentable, el cual pudiéramos llamar, digamos, democrático. La segunda muestra que es engañoso llamar democrático a un sistema por el sólo hecho de que haya capacidad de disputa racional por parte de todos los actores involucrados. Hemos visto que esto es posible en sistemas que pueden estar legitimados (es decir, donde puede haber legitimación), y que sin embargo desde otros marcos conceptuales pueden verse fundadamente como irracionales o injustos. Con esto, creo, puede ayudarse a clarificar el terreno conceptual para la discusión de lo que sería un sistema político auténticamente racional, el cual pudiera llevar dignamente el nombre de democracia. La conclusión es que no bastaría el hecho de que sea posible la argumentación racional entre los actores racionales involucrados, sino que habría que examinar además la formación de al menos parte de las creencias más atrincheradas que constituyen su marco conceptual. Es decir, la crítica de un sistema político debe atender también al problema de la formación de creencias y en su caso exhibir aquellas que, aunque se den por sentadas y estén bien atrincheradas, no resistan una discusión racional frente a marcos conceptuales diferentes y que

por consiguiente deberían ser modificadas como resultado de una discusión ventilada en condiciones puras de racionalidad. Si esto fuera así, quedaría abierta la posibilidad de extender el horizonte cultural y estimular la acción política que tienda a la transformación de los sistemas políticos y sociales, buscando sistemas cada vez más racionales, no sólo en sus formas sino también en sus contenidos.

REFERENCIAS

J. HABERMAS, 1973, «A Postscript to *Knowledge and Human Interests*», en *Philosophy of the Social Sciences*, vol. 3, N.º 2.

J. HABERMAS, 1984, *A Theory of Communicative Action*, Boston, Beacon Press.

L. OLIVÉ, 1986, «Dos concepciones de verdad y sus relaciones con la teoría social», en *Revista Latinoamericana de Filosofía*, vol. XII, N.º 2 (julio de 1986), pp. 161-183.

L. OLIVÉ, 1987a, «Two conceptions of truth and their relationships to social theory», en *Philosophy of the Social Sciences*, vol. 17, núm. 3, sep. 1987. Versión ligeramente modificada de Olivé 1986.

L. OLIVÉ, 1987b, *Conocimiento, Sociedad y Realidad*, México, Fondo de Cultura Económica.

L. OLIVÉ y J. ESQUIVEL, 1983, «Sobre el concepto sociológico de «jerarquía», en *Diànoia* 1983, vol. 29, pp. 261-273.

H. PUTNAM, 1981, *Reason, Truth and History*, Cambridge University Press.

P. STRAWSON, 1952, *Introduction to Logical Theory*, Londres, Methuen and Co.

L. VILLORO, 1982, *Creer, Saber, Conocer*, Siglo XXI EDS., México.

RACIONALIDAD OBJETIVA Y RACIONALIDAD SUBJETIVA

1

En la literatura sobre el tema la racionalidad de una decisión jurídica individual, por ejemplo una sentencia judicial, se encuentra asociada de manera fuerte con su carácter de conducta predecible. Sobre la base de la exigencia de predecibilidad se elaboran modelos acerca de cómo deben ser las decisiones de este tipo, modelos según los cuales una decisión impredecible es básicamente una decisión arbitraria, es decir, irracional. En este sentido, la propiedad «predecible» es presentada como una condición necesaria de la propiedad «racional».[1]

En lo que sigue, voy a denominar a este concepto de racionalidad (que supone la posibilidad de predicción) «racionalidad objetiva».

Parece claro que esta exigencia depende de otra, cual es la que tales decisiones tienen que tener su fundamento en el derecho «vigente» en tanto éste constituye un sistema de normas generales. Ello porque el conocimiento de las normas aplicables vendría a habilitar un pronóstico sobre los actos de aplicación. De aquí la conocida tesis de Max Weber que asocia la racionalidad del derecho moderno con su carácter sistemático.[2]

Se pueden formular varias objeciones serias a la idea de que semejante conocimiento permite formular predicciones.[3] Aunque algo diré al respecto, voy a ocuparme primordialmente de otro problema, a saber: ¿en qué medida este concepto de «racionalidad objetiva» es compatible con una noción de «racionalidad subjetiva» que se refiera a las condiciones de racionalidad de una decisión individual? La pregunta es relevante porque la «predecibilidad» es presentada como una condición necesaria pero no suficiente, esto es, pueden existir decisiones irracionales predecibles.

---

[1] Confr. al respecto, Aulis Aarnio: «Sobre la racionalidad de la racionalidad. Algunas observaciones sobre la justificación jurídica», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 23-24/1983-84, pp. 10 y ss.; Aulis Aarnio: «Argumentation theory and beyond. Some remarks on the rationality of legal justification», en *Recksthеorie*, 14, 1983, pp. 385 y ss.; Jerzy Wroblewski: «Legal syllogism and rationality of judicial decision», en *Rechtstheorie*, 1, 1974, pp. 33 y ss.

[2] Confr. Werner Krawietz: «Derecho y racionalidad en la moderna teoría del derecho», incluido en: Ernesto Garzón Valdés, compilador, «*Derecho y Filosofía*», Alfa, Barcelona, 1985; Ricardo A. Caracciolo: «Rechtsordnung, Rechtssystem und Prediktion», incluido en: Ernesto Garzón Valdés y Eugenio Bulygin, compiladores, «*Rechtstheorie und Rechtsphilosophie, heute in Argentinien*», Berlín, 1986, en prensa.

[3] Por ejemplo, Roberto Vernengo: «*Curso de teoría general del derecho*», Depalma, Buenos Aires, 1985, pp. 399 y ss.

2

Para efectuar esta comparación voy a asumir como instrumentos de análisis el modelo de decisión individual de Arrow[4] y los conceptos de «acción» y de «norma» de Von Wright.[5]

Cualquier decisión de un individuo x en una situación determinada *C* es una elección entre dos alternativas excluyentes de acción. El conjunto de alternativas disponibles, posibles empíricamente, constituye el contexto de la decisión. Es notorio que lo que el individuo puede hacer depende de *su* conocimiento de la situación y por ello, del lenguaje en el que se exprese ese conocimiento. En consecuencia, el contexto (conjunto de alternativas) es relativo a ese lenguaje. Cualquier variación de su conocimiento de la situación, lo que significa cualquier variación de una descripción de ese conocimiento, modifica el contexto de la decisión.

Para elegir una de las alternativas posibles de acción el individuo usa un sistema de valores, en adelante SV, que constituye una regla de elección. Así, un SV de un individuo puede ser pensado como la regla que va a determinar su hipotética decisión en relación a varios o a todos los contextos posibles. Para que ese sistema habilite una decisión racional, tiene que establecer un orden sobre la relación de preferencia que comprenda a *todas* las alternativas del contexto. Esta condición de adecuación, según la cual para cada par de alternativas a1 y a2, a1 es preferida a a2, o a2 es preferida a a1, o ambas son indiferentes, (esto es, comparten el mismo lugar en el orden que establece la relación de preferencia) supone que todas las alternativas son comparables[6] y que el SV permite, entonces, *justificar* la decisión.[7] Se trata de una propiedad específica de la relación que establece el orden y que Arrow denomina «conexidad». Además, la relación es, obviamente, transitiva, condición sin la cual no es posible la consistencia del sistema de valores, ni, por lo tanto, la racionalidad de la decisión.

La racionalidad subjetiva de un individuo x, puede ser pensada, a su vez, como la coherencia de sus decisiones con su propio sistema de valores. Lo que significa que su elección de una alternativa de acción de un contexto cualquiera está determinada por el orden de ese contexto,

---

[4] Kermeth Arrow: «Values and collective decision-making», incluido en: Laslett, Peter and Runciman W., editores, «*Philosophy, Politics and Society*», Basil Blackwell, Oxford, 1967.

[5] Georg H, Von Wright: «*Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*», UNAM, México, 1976.

[6] Arrow, ob. cit. pp. 217-218.

[7] Si las alternativas de acción no fueran comparables, entonces la elección no podría fundarse en la relación jerárquica que define un sistema de valores. En este sentido, la conexidad es equivalente a la exigencia de completitud de los sistemas de normas. Confr. Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin: «*Normative systems*», Springer-Verlag, New York-Wien, 1971, pp. 155 y ss.

en el sentido de que si una alternativa a1 es preferida a todas las demás del contexto, entonces al será la elegida.

Por lo tanto, la «racionalidad subjetiva» de una decisión es así relativa a un sistema de valores y un contexto determinado de alternativas.

3

Se ha afirmado que 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. Es más, el tipo ideal de racionalidad de una decisión supone un individuo omnisapiente porque la relativa ignorancia excluye del orden alternativas que podrían haber sido preferidas.[8] Pienso que el concepto de «acción» de Von Wright, puede contribuir a aclarar un sentido en el cual el incremento del conocimiento conduce a un incremento de alternativas.

Realizar una acción es producir o evitar un cambio en el mundo intencionalmente,[9] y omitir una acción es dejar el mundo sin cambio o dejar que el mundo cambie intencionalmente. Este concepto, supone que el agente de la acción (o de la omisión) puede transformar el mundo, o impedir que cambie, donde «mundo» es el estado de cosas anteriores a la acción o a la omisión. De esta manera, una acción puede ser caracterizada por su resultado, indicando cuál es el estado de cosas posterior a la acción o a la omisión.

La expresión «estado de cosas» es ambigua. Puede referirse a un estado de cosas individual, irrepetible, localizado en el tiempo y en el espacio o puede ser entendido como una clase identificada mediante cierta propiedad.[10] Se trata, entonces, de un estado de cosas genérico. Los estados de cosas genéricos dependen de un lenguaje en el que se exprese su conocimiento. Así, si las variables p, q, s... p_n se interpretan como proposiciones que describen estados de cosas elementales, que resultan de una acción,[11] la conjunción de todas y de cada una de las proposiciones o de sus negaciones (pero no ambas), siguiendo la usual terminología de Carnap, se denomina «descripción de estado». Representa, como es claro, un posible estado del mundo en relación a las n proposiciones. El número total de descripciones de estado (mundos posibles) es también bien conocido: 2^n.

---

[8] Confr. Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin: «Deontic truth and values», incluido en «*Essays in legal theory in honor of Kaarle Makkonen*» XVI, Oikeustiede, Jurisprudentia, 1983, p. 27 y ss.

[9] Von Wright, ob. cit. p. 45.

[10] Von Wright, ob. cit. p. 46.

[11] Confr. C. Alchourrón y E. Bulygin: «*Normative systems*», ob. cit., p. 35.

Es fácil advertir que el número de las alternativas de acción que puede adoptar un individuo x en una ocasión determinada, que pueda ser descrita como uno de los posibles estados del mundo, es idéntico con el número de mundos posibles, si se lo mide en términos de resultados.[12] Ello bajo el supuesto simplificado de que cada estado del mundo constituye una oportunidad para la acción,[13] esto es, que el agente puede contribuir a cambiarlo por otro o a mantenerlo. Así, si para describir los estados de cosas, sólo se cuenta con la proposición *p*, entonces las descripciones de estado son p y -p, y la acción del agente sólo puede conducir al estado p o al estado -p, los que constituyen sus únicas alternativas. Cuando ese estado de cosas antes de la acción es descrito por p, puede impedir que se transforme, y entonces el resultado es, de nuevo, p; o puede modificarlo o contribuir a que cambie, y el resultado es -p.

Las n proposiciones descriptivas de estados elementales constituyen el ancho del «universo» y miden el conocimiento expresable en ese lenguaje. Entonces, por «incremento del conocimiento» se puede entender la operación de enriquecer un lenguaje mediante el agregado de proposiciones descriptivas de nuevos estados de cosas elementales. Lo que permite hablar de «conocimiento» de distintos niveles, 1, 2, 3... n., relativos al número de proposiciones del lenguaje de que se trate. Lo que significa que cualquier «incremento del conocimiento» conduce a ampliar el número de «mundos posibles» y, por consiguiente, las alternativas de acción. Si a la proposición p (conocimiento de nivel 1) se agrega q, se obtiene un «conocimiento de nivel 2», y las alternativas posibles son ahora (p.q), (p.-q), (-p.q) y (-p.-q). En la medida en que las cuatro alternativas se excluyen entre sí, el sistema de valores de un agente que tenga que actuar en un estado de cosas individual que pertenezca a la clase de cualquiera de esos estados genéricos, tiene que incluirlas en el orden de preferencia, para justificar una decisión «subjetivamente» racional.

4

Un sistema de normas generales, por ejemplo, un sistema jurídico, puede ser pensado como un sistema de valores en el sentido de Arrow, que establece jerarquías de preferencias entre alternativas de acción calIficándolas deónticamente. Los operadores «obligatorio», «prohibido», «facultativo» permiten, efectivamente, establecer un orden de las acciones posibles. Así, la norma Op,[14] establece un criterio de este tipo si

---

[12] Se trata, como es claro, de un supuesto analítico. De hecho, algunos de los mundos posibles pueden estar excluidos de la acción. Pero en todo caso, su número marca el límite máximo de alternativas.

[13] Confr. Von Wright, ob. cit. 51 y ss.

[14] La discusión de este trabajo es independiente de la cuestión relativa a la naturaleza de las normas y a la posibilidad de una interpretación prescriptiva de los cálculos deónticos.

se la interpreta en el sentido según el cual, de dos alternativas de acción, una que conduce al estado de cosas descrito por la proposición p, y la otra que conduce al estado descrito por -p, es preferida la que conduce a p. De manera similar, Fp indica que tanto p como -p son estados de cosas indiferentes, es decir, que comparten el mismo lugar en la jerarquía. En tanto que Php significa O-p, conduce a la preferencia de -p. Es claro que la norma Pp constituye una regulación incompleta de las alternativas posibles porque no habilita la clasificación jerárquica de -p. Por ello, un sistema normativo que incluya normas de permisión no satisface la condición de conexidad de la relación de preferencia.

Pero además, se puede mostrar que un sistema de normas no sólo constituye una regla de preferencia entre alternativas de acción, sino que determina, asimismo, cuáles son esas alternativas, esto es, determina el contenido del contexto y con ello, el nivel del conocimiento relevante para la acción.[15] La norma que establece Op supone que los mundos posibles son p y -p y que por lo tanto, las alternativas son también p y -p. Lo que significa que supone en el agente un conocimiento de nivel l. De esta manera, el contexto de la acción *no es independiente* de la regla de elección. Esta discusión es, obviamente, marginal con respecto a la cuestión de saber si la ocasión para la acción prevista en la norma Op es solamente -p, la que tiene que ver con la eventual insuficiencia para expresar la distinción entre comportamiento activo y comportamiento pasivo.[16] De cualquier forma, las alternativas son dos, una que conduce a p y otra que conduce a -p. El individuo x en un estado de cosas individual que pertenezca a uno cualquiera de los estados genéricos, puede «obedecer» o «desobedecer» la norma, esto es, su acción puede ser «racional» con respecto al orden de preferencia que constituye el sistema normativo, o puede ser «irracional», si elige la otra alternativa.

Este análisis puede contribuir a aclarar un sentido posible de la afirmación según la cual 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. Así, la decisión «subjetivamente» racional es también «objetivamente» racional.

5

No obstante, esta última afirmación supone que el lenguaje en el cual se describen las acciones genéricas (estados de cosas genéricos) reguladas

---

Me he limitado a un simbolismo usual. Confr. para esta cuestión: Eugenio Bulygin. «Norms and logic. Kelsen and Weinberger on the ontology of norms», en «*Law and Philosophy*», 4, 1985, pp. 145-163.

15 Las alternativas constituyen el «universo de acciones» en relación al sistema normativo. Confr. C. Alchourrón y E. Bulygin: «*Normative systems*», ob. cit. p. 36.

16 Von Wright, ob. cit, p. 44.

por el sistema S no es susceptible de ser enriquecido, porque no admite el agregado, como contenido de sus normas, de al menos una proposición descriptiva de un estado de cosas elemental que resulte de una acción. Semejante lenguaje expresa el máximo nivel de conocimiento. El sistema que lo utiliza regula entonces, aunque sea parcialmente mediante el operador P, todas las acciones que pueden ser conocidas.

No existe ese lenguaje perfecto.[17] Por consiguiente, 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. Ello ocurre cuando se consideran universos comparables. Dos universos son comparables cuando tienen, al menos, una proposición en común. Porque entonces, el estado de cosas individual lo es con respecto al menos de uno de los estados genéricos que son descritos por las proposiciones de cada uno de los universos. Lo que implica que la situación en la cual x tiene una oportunidad para la acción puede corresponder a descripciones de estado relativas a cada universo.

Supóngase que la situación en la que el individuo x tiene que adoptar una decisión puede ser descrita no sólo como un estado individual perteneciente al estado genérico descrito por p, sino también al descrito por la proposición q. Esto es, que la descripción de estado es p.q en relación al universo formado por p y q. Entonces, bajo el supuesto del modelo adoptado en este trabajo, sus alternativas son p.q, p.-q, -p.q y -p.q. Supóngase, además, que x *sabe* que la oportunidad para su acción puede ser descrita de esa manera, y que su sistema de valores establece un orden jerárquico entre las cuatro alternativas. Lo que quiere decir que está habilitado para adoptar una decisión subjetivamente racional en la situación descrita por p.q (también en las descritas por p.-q, -p.q y -p.-q).

Por consiguiente, si se adopta el conocimiento del sistema normativo compuesto por la norma Op es imposible predecir la decisión racional de x en la situación descrita por p.q., sencillamente porque ese conocimiento no informa cuáles son todas las alternativas del contexto y, a fortiori, tampoco establece para ellas un orden de preferencia. Como es claro, la ausencia o presencia del estado descrito por q, puede modificar la elección aún cuando también sea verdad que p. Desde el punto de vista de la regulación normativa como criterio para establecer órdenes de preferencia, no existe contradicción entre las normas O (p.q) y Ph (p.-q).

De ello se sigue que una decisión subjetivamente racional puede ser, no obstante, impredecible y por lo tanto, objetivamente arbitraria, si se adopta el sistema normativo como base para formular la predicción. Ello,

---

[17] Confr. C. Alchourrón y E. Bulygin: «Deontic truth and values», ob. cit. p, 30. Además, Ricardo A. Guibourg: «Some reflections about the concept of action», en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, LXXI/ 1-1985.

porque en todo caso, el sistema normativo S es un patrón externo de referencia para medir la racionalidad de una conducta individual.[18]

6

Hay dos objeciones posibles a esta conclusión del análisis: a) Se puede afirmar que, en tanto x acepte el sistema normativo como sistema de valores, esto es, verbigracia, en la medida en que un juez acepte el sistema jurídico, acepta también el nivel de conocimiento relevante para su decisión. El incremento de su conocimiento subjetivo no tiene, entonces, importancia, de tal forma que todas las alternativas que resultan de ese conocimiento son todas «indiferentes». Pero, en primer lugar, la «indiferencia» de una alternativa sólo se puede establecer en relación a un determinado orden jerárquico de preferencia. Si el sistema S no la tiene en cuenta como alternativa posible, entonces tampoco es indiferente (ni preferida) en relación a S. En segundo lugar, decir que x acepta el sistema normativo significa que x *decide* adoptarlo como su sistema individual de valor. Se trata entonces de otra hipotética decisión, es decir, de un hecho, que no es predecible sobre la base del conocimiento del sistema normativo, simplemente porque no es posible sustentar en normas la verdad de proposiciones fácticas. b) Se puede discutir la idea de que pueda existir un sistema individual de valores que obre como criterio de selección de alternativas en cualquier contexto posible. Ello porque el conocimiento que un individuo puede disponer es siempre finito y relativo a un cierto estadio de crecimiento de la ciencia. Por ello no es pensable un sistema de valores que jerarquice alternativas más allá de los límites de ese conocimiento que siempre es compartido y, en este sentido, «objetivo». Este argumento significa que para medir la racionalidad de cualquier decisión individual siempre existe, al menos, un sistema social de valores, pero de ello no se sigue que cada sistema social de valores tenga que considerarse apto para evaluar la racionalidad de cualquier decisión.

[18] Una acción es «internamente racional» si está fundada consistentemente en el conocimiento y en el sistema de valores del actor. Es «externamente racional» si su evaluación se funda en el conocimiento y valores de un observador. Conf. Jerzy Wroblewski: «A model of rational law-making», en *Archiv für Recths und Sozialphilosophie*, LXV/2 1979. También, Arrow, ob. cit. p. 219.

ACERCA DE ALGUNAS FALACIAS DE ATINGENCIA EN LA ARGUMENTACIÓN MORAL

I

Las falacias de atingencia se definen habitualmente como argumentos lógicamente incorrectos pero sicológicamente persuasivos. Por supuesto, teniendo en cuenta que esta definición proviene de los lógicos, no se trata precisamente de un encomio. No importa que el destinatario del argumento haya sido persuadido por él; lo que importa es que no debía haberlo sido.

Hay entonces dos aspectos para distinguir:

a) El primero es el aspecto lógico. Se supone que la falta de atingencia es un error lógico: las razones que se ofrecen para convencer al destinatario del argumento no son buenas razones. Y no lo son porque no están relacionadas con la conclusión que se pretende extraer.

Desde el punto de vista lógico las falacias no están especial y unívocamente vinculadas con el razonamiento práctico; los lógicos consideran especialmente las falacias teoréticas. Pero la conclusión del argumento falaz, de cuya verdad se trata de convencer al destinatario, puede ser utilizada por este último en un razonamiento práctico. Muchas veces se espera una acción por parte del destinatario del argumento (aquí «acción» comprende «omisión») y el lógico nos dice que no se han proporcionado buenas razones para la acción del sujeto. No es que la lógica se ocupe de determinar qué razones son buenas para actuar, ni de establecer qué enunciados se han de tomar como premisas de un razonamiento cualquiera (práctico o no). Lo único que le interesa a la lógica es la relación entre las premisas y la conclusión.

Por eso quiero aclarar lo que estoy diciendo al afirmar que el lógico sostiene que no se han proporcionado buenas razones para la acción del sujeto. Lo que está diciendo el lógico es que entre las premisas del razonamiento práctico del sujeto hay por lo menos una que él extrajo como conclusión de un razonamiento inatingente, al haber sido engañado por la falacia.

b) El segundo aspecto a considerar al que me he referido es el sicológico. Para que un argumento sea falaz, las razones deben ser convincentes, aunque lógicamente erróneas. Las primeras deben impresionar de modo tal que parezca que la conclusión se deduce de ellas. Sí las razones no fueran convincentes la secuencia de juicios ni siquiera constituiría un argumento falaz. Pero esto significa que quien acepta un argumento falaz resulta engañado. En el caso del razonamiento práctico es persuadido a actuar mediante un ardid sicológico, que lo convence de que malas razones para la acción son buenas razones para la acción.

La palabra «falaz» transmite ella misma un sentido despectivo. No es digno de elogio el individuo que sucumbe a argumentos prácticos falaces y actúa en base a ellos. El destinatario de un argumento falaz debería detectar la falacia y evitar la acción.

Voy a examinar el caso de ciertas falacias de atingencia que aparecen en la argumentación ética. Me limitaré a tres falacias: el argumento *ad misericordiam* y las dos variantes del argumento *ad hominem*.

II

En el argumento *ad misericordiam*, o apelación a la misericordia, se trata de que un individuo actúe (o -vuelvo a recordarlo- omita) teniendo en cuenta ciertas consideraciones caritativas. Veamos un ejemplo en el cual los personajes son un alumno y su profesor. El alumno pide una mejora en sus calificaciones diciendo: -«Póngame una nota más alta porque de lo contrario moriré de pena». (Para simplificar las cosas supondré que todas estas afirmaciones son verdaderas). El profesor podría señalar que lo único relevante para la calificación del examen es su contenido. Pero su conducta tiene también en este caso un aspecto ético, que no debe pasar desapercibido. Supongamos que el profesor cree en la afirmación de su alumno, y cree -por lo tanto- que el alumno morirá a menos que obtenga una nota mejor. Si el profesor insiste en que lo único relevante para la calificación del examen es su contenido, está indicando que esto es así *cualesquiera sean las consecuencias* (incluyendo la muerte del alumno). Pero si el profesor no es un deontologista ético sino un consecuencialista, puede pensar que esto no es así, que las consecuencias importan. Y puede pensar esto sin cometer ningún error lógico. La tesis sobre el carácter falaz del argumento *ad misericordiam* parece exigirnos una cosa muy curiosa, al menos en este caso: olvidarnos de las consecuencias. La lógica habría resuelto así la antigua controversia entre deontologistas y consecuencialistas, en favor de los primeros. Tal vez lo absurdo de esta conclusión parezca mostrar que no es éste el enfoque que hace la lógica respecto del tema de estas falacias. Pero si esto es así, ¿qué querría decir que es inatingente apelar a la misericordia en casos como el de nuestro ejemplo?

No obstante, supongamos que se planteara ahora esta objeción: no está mal que el profesor tome en cuenta las consecuencias, por lo menos no está *necesariamente* mal que lo haga. Pero no lo está sólo desde el punto de vista ético. Desde el punto de vista lógico su razonamiento es falaz, puesto que lo único que importa para la calificación es el contenido del examen. Si esto fuera así llegaríamos a una extraña conclusión: para respetar en estos casos las reglas de la lógica hay que olvidar los principios éticos que uno sustenta. Pero, ¿por qué para no ser falaz hay que dejar de ser ético?

¿Hay reglas lógicas que exigen que prescindamos de la ética, o -por lo menos- de ciertos principios éticos? Yo diría que -salvo que los principios mismos sean inconsistentes- la respuesta es negativa.

Me anticipo a una posible objeción. No es una verdad lógica, puede decirse, que lo único que importa para la calificación es el contenido del examen. ¿Por qué el lógico habría de sostener tal cosa? Me temo que deba contestar a esta pregunta con otras dos preguntas. Si es posible determinar a voluntad los componentes relevantes para la calificación del examen, ¿cuándo podría sostenerse que se ha incurrido en la falacia del argumento *ad misericordiam*? ¿Para qué introducir la noción misma de este argumento, si la atingencia podría siempre ser defendible? (Decir que el contenido es lo importante para la calificación del examen es algo que semeja surgir de una de las acepciones de «calificar» que proporciona el *Diccionario de la Lengua Española*: «juzgar el grado de suficiencia o la insuficiencia de los conocimientos demostrados por un alumno...». Esta definición parecería implicar que el profesor no debería asignar un valor distinto a exámenes que mostraran un grado igual de conocimiento).

Creo que alguien querría coincidir conmigo en esta conclusión: el argumento *ad misericordiam* no es necesariamente falaz en la argumentación moral. Para adoptar una decisión en el ejemplo planteado hay razones éticas para tomar en cuenta, y ellas pueden ser buenas razones para la acción.

III

Voy a ocuparme ahora del argumento *ad hominen*. No pretendo aportar aquí ninguna conclusión original ya que una de las tesis que sostiene Hare en *Freedom and Reason* es -precisamente- que los argumentos morales son *ad hominem*. No obstante espero que el análisis que sigue aporte algún detalle al tema.

El argumento *ad hominem* presenta dos variantes, como ya dije: el *ad hominem* ofensivo y el circunstancial. Comienzo con el argumento ofensivo.

En este caso se trata de descalificar a quien defiende una opinión mostrando, no las deficiencias de la opinión misma, sino los defectos de quien la emite. La falacia residiría aquí en descartar la posibilidad de que un individuo con graves defectos (éticos, por ejemplo) pueda emitir una opinión válida.

La pregunta que planteo aquí es simple en su enunciación y modesta en sus pretensiones: ¿Es *siempre* lógicamente incorrecto atender a las características de quien opina? (Estoy pensando aquí en los rasgos negativos del individuo, en la posesión de defectos). Tomemos como ejemplo el caso de Lord Byron. La conducta sexual del poeta presentaba matices que -por lo general- no eran (ni son) bien mirados en el mundo occidental. Además de ser bisexual, en efecto, se sospechaba que Byron mantenía relaciones incestuosas con su hermanastra. Supongamos que en una discusión ética Lord Byron hubiera alegado en favor del incesto y de la homosexualidad. Alguien hubiera hecho notar de inmediato que el propio Byron era homosexual y -probablemente- incestuoso. ¿A que apuntaría esta observación? Muy posiblemente a la circunstancia de

que es deseable que los principios éticos se elijan en condiciones de imparcialidad. El tema de la imparcialidad merece una consideración algo más detenida. Si yo afirmo que Byron no es imparcial al defender la homosexualidad por su carácter mismo de homosexual, también debe afirmar que cualquier heterosexual que defienda la heterosexualidad carece de la propiedad de ser imparcial, puesto que nada relevante distingue un caso del otro. No hay nada *especial* en la heterosexualidad que garantice la imparcialidad de los que la practican y defienden. Pero entonces ¿quién es imparcial? ¿Acaso el homosexual que defiende la heterosexualidad o el heterosexual que defiende la homosexualidad? Difícilmente puede ser este el caso. Más bien habría en estos últimos ejemplos una muestra de la llamada «contradicción pragmática»: no practicar aquello que se defiende.

Yo pienso en un tipo débil de imparcialidad. El individuo que emite el juicio ético en favor de una determinada conducta no lo hace *porque* está involucrado en ella. Por eso es útil mostrar que -de hecho- *está* involucrado en ella. Esta circunstancia crea una presunción en contra de su imparcialidad, y el individuo en cuestión está obligado a proporcionar *otras* razones para defender la conducta en cuestión. La circunstancia de la homosexualidad, por sí sola, no sirve para descartar los hipotéticos argumentos que he atribuido a Byron. Pero no hay ningún error lógico en tomarla en cuenta como *uno* de los elementos que deben ser ponderados al evaluar esos argumentos. De lo contrario, habría que concluir que el requisito de la imparcialidad es superfluo en la reflexión ética.

Hay una posible objeción a la exposición que antecede. Podría decirse que lo importante no es que los principios éticos sean *emitidos* en condiciones de imparcialidad, sino que lo que importa es que ellos sean *aceptados* por individuos que se encuentran en condiciones de imparcialidad. Si las razones de Byron me parecen convincentes, al aceptar sus conclusiones estoy confiando en mi propio juicio, no en el suyo. No necesito discrepar con esta afirmación para mantener mi argumento. Lo que yo quiero decir es que, entre los motivos a tener en cuenta para aceptar o no -en condiciones de imparcialidad- las conclusiones de Byron, es lícito que figuren aquellas características de Byron que se relacionan con la cuestión en examen.

Desde luego, con esta intención, el argumento *ad hominem* tiene una posibilidad de empleo no falaz realmente muy restringida. Si Byron estuviera opinando sobre economía, o sobre formas de gobierno, *sería* falaz invocar su condición de bisexual para descalificar sus opiniones, puesto que la imparcialidad no estaría aquí en juego. Lo que yo quiero sostener es solamente esto: el argumento *ad hominem* en su variante ofensiva no es *siempre* falaz; no lo es cuando puntualiza una eventual falta de imparcialidad. Si Juan es un ladrón y defiende la imposición de penas menos severas para los ladrones, no hay ningún error lógico en destacar este rasgo (el de ser un ladrón) en la personalidad de Juan, de modo de tomarlo en cuenta al evaluar sus opiniones (examinando, esto es, si hay *otras* razones que justifiquen su defensa). Hay casos, pues, en los que el argumento *ad hominem* ofensivo no sólo es sicológicamente persuasivo

sino también lógicamente adecuado, y relevante para la discusión ética. En el razonamiento ético cuenta la existencia o no de imparcialidad.

Parkinson ha propuesto una variante del argumento *ad hominem* no en el razonamiento ético sino en la argumentación vinculada con la administración de empresas. Supongamos que Juan integra el consejo de dirección de una empresa y emite su opinión en todos los casos dificultosos que se le plantean a la sociedad. En los 99 casos en los que opinó sus consejos fueron equivocados. La compañía ganó (o hubiera ganado) descartando su opinión y adoptando la opinión contraria. (Imaginemos, para simplificar, que en todos los casos se planteaban sólo dos alternativas). Ahora está en consideración el caso número 100, y las alternativas son A y B. Juan apoya la alternativa A; Parkinson sugiere que, sin vacilar, se adopte la alternativa B. El argumento es claramente *ad hominem*. Sin embargo, ¿es falaz prestar aquí atención al cálculo de probabilidades? El cálculo de probabilidades es una buena razón para la acción por lo que, también con este alcance restringido, estaríamos aquí en presencia de un empleo no falaz del argumento *ad hominem*.

Este último ejemplo requiere una aclaración. Tal vez para hablar de «probabilidades» deberíamos conocer una ley que explicara las equivocaciones anteriores de Juan, y fuera tal que el presente caso cayera también bajo la misma. Si las opiniones de Juan en los casos anteriores hubieran versado acerca de colores, sus errores podrían explicarse sobre la base de su daltonismo. Esta propiedad de Juan permitiría predecir con alto grado de probabilidad que se equivocará nuevamente en el caso número 100, siempre que este caso verse también sobre colores (y no sobre sonidos, por ejemplo). Pero creo que Parkinson apunta a otra cosa: me parece que para él Juan tiene una propiedad relevante, la propiedad de emitir juicios equivocados en casos dificultosos de la empresa, y que esa propiedad es suficiente para emitir el juicio de probabilidad. Aceptar la existencia de esta propiedad de Juan (tal vez curiosa) no presupone lo que se quería demostrar, puesto que la propiedad misma ya ha sido verificada en el pasado: empíricamente hemos comprobado que Juan se equivocó en los 99 casos anteriores.

IV

Paso ahora a la variante circunstancial del argumento *ad hominem*. Aquí no se trata de resaltar ningún defecto del individuo que opina sino de mostrar que la condición -o circunstancia- en la que él se encuentra le impide defender una opinión determinada, e invalida la misma. Esta condición -o circunstancia- no tiene por qué implicar ningún defecto del individuo.

Imaginemos que Juan defiende un argumento moral en apoyo del aborto. Si Juan dice defender -al mismo tiempo- *todos* los preceptos de la moral católica, alguien podría recordarle que su condición de católico le impide propiciar el aborto. ¿Hay algún error lógico en esto? Depende. Si se pretende descalificar al argumento en favor del aborto sólo porque quien lo propone es un católico, la falacia de atingencia es clara;

si lo que me interesa es llegar a una conclusión verdadera, no parece relevante conseguir que Juan cambie de opinión. Pero esto no significa que el contrincante de Juan esté equivocado (lógicamente equivocado, quiero decir) al recordarle su condición de católico. En realidad, está realizando una tarea eminentemente lógica: le está señalando a Juan que sus tesis éticas son inconsistentes. Juan debería revisar su posición sobre el aborto o su defensa irrestricta de la moral católica. Porque si sigue defendiendo ambas cosas, como integrantes de una misma teoría, entonces su argumento es inconsistente y no hay nada falaz en recodárselo (antes al contrario).

V

Quiero precisar ahora algo más el alcance de la afirmación de que hay -o no- un «error lógico» en los argumentos falaces del tipo de los que estoy estudiando. Supongamos, para volver a nuestro ejemplo inicial del alumno y el profesor, que aquél solicita una nota más alta en su examen, afirmando que de lo contrario morirá de pena. Si el profesor le replica que ese pedido es inatingente, por incurrir en el argumento *ad misericordiam*, lo que quiere decir es que las premisas atingentes para extraer como conclusión la necesidad de una calificación más alta son premisas vinculadas con el contenido del examen. El profesor está pensando en una cadena argumental de este tipo: a) Lo único relevante para calificar un examen es el valor de su contenido. b) El contenido de este examen carece de valor. En consecuencia, c) La calificación de este examen debe ser baja.

El alumno, obviamente, cuestionaría ante todo la premisa a). Él construiría esta otra cadena argumental: a) Es relevante para calificar un examen las consecuencias de la calificación en el futuro del alumno. b) Una calificación baja tendría consecuencias desastrosas para el futuro de este alumno. En consecuencia, c) La calificación de este examen no debe ser baja.

Si esto fuera todo, nadie podría convencer al alumno de que su razonamiento es falaz. Sólo si el alumno quiere puede decirse de él que razona falazmente. Si él no acepta que incurrió en la falacia del argumento *ad misericordiam* no habría manera de probárselo. Porque todo parece depender de la premisa a), la que establece cuáles son los requisitos para calificar un examen.

Ahora bien: yo acepto, de modo general, que no es tema de la lógica el determinar qué enunciados se han de tomar como premisas de un razonamiento cualquiera. Lo único que le interesa a la lógica es la relación entre las premisas y la conclusión; en el caso de las falacias, la cuestión radica en que la conclusión no se sigue de las premisas.

Pero esto no es todo. Si lo fuera, el único individuo falaz sería aquel que fuera tan torpe como para no poder construir una cadena argumental cuya primer premisa fuera la adecuada. Éste no es el caso del alumno, por cierto. El alumno quiere convencer al profesor de que las consecuencias

sobre su futuro deben contar para la calificación de su examen. Y el profesor, *a pesar de eso*, piensa que el razonamiento del alumno es falaz, porque la primer premisa adecuada es la que *él* ha seleccionado.

Recordemos que las falacias de atingencia de las que me estoy ocupando han sido denominadas falacias *no formales*. Es en este rasgo no formal que parece encontrarse la solución del problema. La única manera de entender la existencia misma de este tipo de falacias es aceptar que -desde un punto de vista no formal- la lógica privilegia en estos casos a algunas premisas respecto de otras. El «error lógico» residiría aquí en seleccionar una premisa inadecuada. Y yo he querido mostrar que muchas premisas aparentemente inadecuadas no resultan ser tales luego de un análisis más profundo.

VI

Concluyo: a) El argumento *ad misericordiam* permite tomar en cuenta al cálculo de consecuencias. En estos casos no se trata de un argumento falaz en el razonamiento moral.

b) El argumento *ad hominem* ofensivo permite tomar a veces en cuenta la falta de imparcialidad, y permite también -otras veces- tomar en cuenta al cálculo de probabilidades. En estos casos no se trata de un argumento falaz en el razonamiento moral.

c) El argumento *ad hominem* circunstancial permite llamar la atención acerca de inconsistencias en las tesis que se afirman. En estos casos no se trata de un argumento falaz en el razonamiento moral.[1]

VII

Quiero finalizar con una observación personal. Constituye una gran satisfacción para mí que este trabajo integre el volumen de *Doxa* que rinde merecido homenaje a Ernesto Garzón Valdés, cuyo razonamiento moral -por cierto- no conoce de falacias de ningún tipo. Su conducta íntegra y generosa es digna del respeto y afecto de españoles y argentinos, por quienes tanto ha hecho antes y seguirá haciendo -in duda- en el futuro.

Universidad de Buenos Aires

[1] Las observaciones de Eugenio Bulygin, Horacio Spector y Hugo Zuleta mejoraron grandemente este trabajo.

TÓPICA, DERECHO Y MÉTODO JURÍDICO

Introducción

Desde que en 1953 Theodor Viehweg publicara la primera edición de su obra capital, *Topik und Jurisprudenz*, la noción de tópica jurídica se erige en concepto recurrente y archirrepetido en la teoría del derecho, especialmente en lo relacionado con la metodología jurídica. Fuera de Alemania, las alusiones ni siquiera se atienen a ese hilo conductor de la metodología, y ponen a la tópica jurídica en relación con los más variados asuntos de la teoría del derecho, desde el derecho natural hasta los principios generales del derecho o la polémica sobre la cientificidad de la dogmática jurídica.

Pierde de esta manera el concepto todo perfil claro y parece quedar reducido a simple recurso de estilo o concesión a la moda en la doctrina del derecho, o a mero «tópico» o «lugar común», apto para apoyar cualquier tesis o cualquier enfoque con el aura de su sugerente inconcreción. Mas condenar por ello, y sin más, la construcción de Vichweg en torno a esa noción sería negar el protagonismo y la importancia al autor de la teoría en razón de las desviaciones de sus exégetas. Por otra parte, esa heterogeneidad de enfoques e interpretaciones a que la doctrina de Vichweg ha dado lugar, además de no ser óbice, sino todo lo contrario, para una vuelta al estudio de sus planteamientos originarios y su evolución en el propio Vichweg, no le resta un alto valor a algunos de esos desarrollos posteriores en otros autores ni hace menos impresionante la nómina de grandes tratadistas que han teorizado sobre la tópica jurídica o la han integrado de modo fructífero en sus construcciones. Piénsese sino en nombres como Josef Esser, Martin Kriele, Friedrich Müller, Franz Wieacker, Konrad Hesse o Chaim Perelman.

No puede desconocerse, pese a lo dicho, que ese confusionismo obedece a los caracteres de la propia doctrina de Viehweg. Su obra fundamental citada es hermosa en su construcción, pero sumamente inconcreta y de perfiles borrosos en cuanto a la delimitación de sus categorías conceptuales más importantes y en cuanto al alcance y extensión de su campo de aplicaciones. A esa obra se suman, en Viehweg, una serie de artículos de tema diverso, en los que casi siempre se toma la tópica como referente o punto de partida, pero cuyas contribuciones a esta doctrina son también sumamente generales, fragmentarias y hasta cambiantes. Y el panorama se complica aún más si se tiene en cuenta que quienes fueron sus discípulos y colaboradores próximos, constituyendo el que a veces se llamó «Grupo de Mainz» (Ballweg, Schreckenberger, Seibert, Rodingen, etc.), llevan a cabo casi siempre adaptaciones de las doctrinas de Viehweg a campos diversos, como la semiótica jurídica, la teoría de

la comunicación jurídica, la retórica jurídica, el análisis empírico de las argumentaciones jurídicas, etc. Con todo ello el tema gana en complejidad y se dificulta aún más la obtención de una perspectiva uniforme y congruente sobre la tópica jurídica.

Sin embargo, las dificultades expuestas no son sino otras tantas razones de la necesidad de un estudio de conjunto y de intentar descubrir, al menos, las líneas maestras de la doctrina, sus implicaciones reales para la teoría del derecho y su mayor o menor utilidad en los campos teóricos o en la práctica jurídica.

En el intento de abrir una vía hacia tales objetivos, comenzaremos por exponer las líneas centrales de la teorización de Viehweg sobre la tópica para, a continuación, profundizar en la idea del derecho subyacente y en sus implicaciones para la teoría jurídica en general y para la metodología jurídica en particular.[1]

1. Caracteres generales de la tópica jurídica en Viehweg.

Puestos a estructurar la doctrina de Viehweg en torno a algunos caracteres básicos, se pueden elegir los siguientes: el papel otorgado a los conceptos de «problema» y «aporía», la orientación antisistemática y antilogicista, y la relevancia del concepto de *topos* o tópico.

1. 1. «Problema» y «aporía».

La descripción que Viehweg hace del «modo de pensar» tópico en el derecho tiene sus ejes principales en las nociones de «problema» y «aporía». La tópica es, para Viehweg, una «técnica de pensamiento» caracterizada por orientarse al problema. De ahí que la defina como *Techne des Problemdenkens*, técnica del pensamiento de problemas o, como Díez-Picazo traduce entre nosotros, «técnica del pensamiento problemático».[2] El punto de arranque es un problema concreto, una situación de la vida

[1] No es posible aquí, aunque sería sumamente ilustrativo, pararse en la evolución histórica de la tópica desde Aristóteles. Al respecto puede verse: BORNSCHEUER, L., *Topik. Zur Struktur der gesellschaftlichen Einbildungskraft*, Frankfurt/M, Suhrkamp, 1976, pp. 26-90; GIULIANI, A., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milán, Giuffrè, 1971; MARTIN, J., *Antike Rhetorik. Technik und Methode*, Munich, Beck, 1974.

[2] VIEHWEG, Th., *Topik und Jurisprudenz*, Munich, Beek, 5.ª a ed. 1974 (La ed. 1953). Hay traducción castellana de la segunda edición alemana de 1963 a cargo de Luis Díez-Picazo Ponce de León *(Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964, p. 49). En lo sucesivo citaremos esta obra por la quinta edición alemana y mediante las iniciales TJ, remitiéndonos entre paréntesis a la página correspondiente de la traducción española, cuando ésta exista, pues la edición por la que citamos finaliza con un apéndice (*Anhang zur Fortentwicklung der Topik*) que no cuenta con traducción, si bien en su versión alemana original fue publicado entre nosotros ya en 1973, bajo el título *Zur zeigenössichen Fortentwicklung derjuristichen Topik* («Anales de la Cátedra Francisco Suárez», 13/2, 1973, pp. 9-17). En varias ocasiones los términos de nuestra traducción del texto de Viehweg no se corresponderán exactamente con los de la mencionada edición castellana. En nuestro idioma, el más completo resumen de esta obra de Viehweg se contiene en RECASENS SICHES, L., *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, vol. II, México, Porrúa, 1963, pp. 1.060-1.080.

real, un estado de cosas que configura lo que Viehweg llama una «aporía». Una aporía significa, para Viehweg, una cuestión acuciante e ineludible, respecto de la que no está marcado un camino de salida (*Weglosikeit*), pero que no se puede soslayar.[3] Y es esa cuestión la que desencadena un juego o intercambio de consideraciones que constituyen lo que propiamente se denomina «tópica o arte de la invención».[4] Lo que la tópica pretende es dar orientaciones, indicaciones (*Winke*) de cómo proceder en una tal situación, a fin de no quedar bloqueado sin remisión.[5]

Viehweg define la noción de «problema» como «toda cuestión que aparentemente admite más de una respuesta y que necesariamente presupone una comprensión provisional, a partir de la cual aparece como cuestión a considerar seriamente y para la cual se busca precisamente una respuesta como solución».[6]

Delimitados en estos términos generales estos dos conceptos como base de la tópica, hay que preguntarse en qué radica la especificidad de los problemas jurídicos, en qué dimensión de lo jurídico se manifiesta ese carácter aporético que hace que sea el de la tópica el modo de pensar que conviene al trabajo con el derecho.

Sostiene Viehweg que la «aporía fundamental» de la «disciplina jurídica»,[7] lo que le da sentido y la hace necesaria, es la cuestión de «qué es lo justo aquí y ahora». Reconoce Vichweg que cada disciplina particular se constituye a partir del surgimiento de una determinada problemática. Lo peculiar de la Jurisprudencia como disciplina no estaría en esa circunstancia común de la existencia de una cierta problemática como punto de partida, sino en la permanencia del problema y en la cualidad epistemológica de los instrumentos que se emplean como respuesta o solución. En tal sentido, explica Viehweg que, mientras en unas disciplinas es posible hallar «proposiciones básicas» (*Basissätze*) seguras y realmente fecundas para su ámbito, lo que hace que tales disciplinas sean «sistematizables», otras aparecen como no susceptibles de sistematización, debido a que en su campo no cabe encontrar semejantes proposiciones básicas. Según Viehweg, «cuando esto ocurre sólo es posible una discusión de problemas. El problema central previamente dado se mantiene permanentemente, lo cual no es algo inhabitual en el ámbito de la acción humana. En esta situación -concluye- se encuentra claramente la Jurisprudencia».[8]

---

[3] TJ, p. 31 (trad. 49).

[4] TJ. p. 32 (trad. 50).

[5] TJ. p. 31 (trad. 49).

[6] TJ, p. 32 (trad. 50).

[7] TJ, p. 96 (trad. 129). En este punto creemos que la traducción de la edición castellana no es del todo exacta, por lo que se recomienda su cotejo con el original alemán.

[8] TJ, p. 97 (trad. 129).

Sentado esto, deriva Viehweg que es a partir de la tópica como se puede mostrar la estructura que conviene a la Jurisprudencia. Esta tesis general es desgranada en tres tesis derivadas: a) La estructura total de la Jurisprudencia sólo puede estar determinada desde el problema; b) los elementos constitutivos de la Jurisprudencia, sus conceptos y proposiciones, han de permanecer ligados de un modo específico al problema, y sólo a partir de éste pueden ser comprendidos; c) Tales conceptos y proposiciones sólo se pueden articular deductivamente en implicaciones que permanezcan próximas al problema.[9]

En suma, todo el edificio jurídico se explicaría en razón de la necesidad de resolver problemas, casos concretos. Pero a ello se suma, como circunstancia que confiere al trabajo con el derecho su impronta particular y lo hace desembocar en la tópica, el hecho de que nunca encuentra, con carácter definitivo, general e indiscutible, la respuesta al interrogante que ante cada caso se plantea: que sea lo justo aquí y ahora. Esa naturaleza discutible, «opinable», de todas las soluciones posibles sería el terreno abonado para el modo de proceder de la tópica. Ésta cifraría su aportación esencial en servir de vía para la propuesta de soluciones y de argumentos y base para el intercambio argumentativo de razones, con vistas al proceso que debe conducir a la decisión.

1. 2. Antisistematismo.

Esa ligazón que Viehweg establece entre la concreción del problema y el modo de pensar de la disciplina jurídica que le tiene que dar respuesta, le lleva a una de las contraposiciones fundamentales de su teoría, esto es, entre *Problemdenken y Systemdenken*.

La raíz de la distinción entre estas dos formas de pensamiento, que Viehweg toma de Hartmann,[10] está en función de que el punto de partida del razonamiento se sitúe en el problema o en el sistema. Si el acento se coloca en el problema, el proceso que conduce a la solución que para él se busca se desarrolla del siguiente modo: el problema, adecuadamente formulado, se inserta en un contexto deductivo previo, es decir, en un sistema estructurado con anterioridad, del cual se pretende extraer la respuesta. Por tanto, a efectos de su solución, el problema «se inordena en un sistema». Pero éste no determina mecánicamente y de modo autónomo la respuesta y el proceder que lleva a ella, sino que la prioridad del problema hace que la selección se realice desde la perspectiva dada por el propio problema: éste busca, en cierto modo, un sistema que coadyuve a la solución.[11] Como explica Viehweg, «el planteamiento

---

[9] TJ, p. 97 (trad. 129-130).

[10] Cfr. HARTMANN, N., *Diesseits von Idealismus und Realismus*, en: HARTMANN, *Kleine Schriften II*, Berlín, De Gruyter. 1957. pp. 278-322. Vichweg cita esta obra de su publicación original en «Kant-Studien» 29/1924, pp. 163 ss, Para la crítica de la lectura de Hartmann que Viehweg lleva a cabo puede verse: CANARIS, C-W., *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz,* Berlín, Duncker & Humblot, 2.ª ed. 1984, pp. 137-138, HORAK, F., *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, Aalen, Scientia, 1969, pp. 52-53.

[11] TJ. p. 33 (trad. 51).

del problema opera una selección del sistema y conduce habitualmente a una pluralidad de sistemas, sin que su compatibilidad sea probada desde un sistema omnicomprensivo».[12]

Si, por el contrario, el punto de partida se pone en el sistema, se ofrece la siguiente perspectiva: «partiendo del sistema se opera una selección del problema». Sólo se admite el planteamiento de aquellos problemas que puedan encontrar solución dentro del sistema; el resto no se toman en consideración o se rechazan como problemas meramente aparentes.[13]

El rechazo por parte de Viehweg del pensamiento jurídico como *Systemdenken* se basa en una asimilación del concepto de sistema a la idea de sistema axiomático lógico-deductivo, considerado como prototipo del sistema perfecto. Así, dice que la tópica «presupone» que no existe un sistema deductivo y que «la constante vinculación al problema establece unos límites muy estrechos para la reducción y la deducción», permitiendo sólo encadenamientos de muy corto alcance, pues estos se deben interrumpir constantemente en atención al problema.[14]

Según Viehweg, un sistema deductivo exige «que toda proposición usada como premisa sea reconducida a otra y, finalmente, a una proposición central, o que, al revés sea derivada de ella o, incluso, que sea ella misma establecida como proposición central».[15] La conformación más precisa del sistema deductivo sería la derivada del método axiomático, consistente en «la ordenación de, por una parte, los enunciados y, por otra, los conceptos de una rama (no lógica) cualquiera de acuerdo con su dependencia lógica». Para ello se han de encontrar los enunciados susceptibles de actuar como axiomas del sistema, de modo que de ellos puedan ser derivadas todas las demás proposiciones del mismo. Los requisitos que un sistema tal habrá de reunir son los de completud y compatibilidad e independencia de los axiomas.[16]

Entiende Viehweg que si se consigue establecer semejante sistema, poco campo de acción le queda a la tópica, ya que la deducción haría superflua la invención y el propio sistema asumiría la dirección del razonamiento. Todo lo más, la tópica jugaría algún papel en la elección de los axiomas. Con ello, las decisiones jurídicas se extraerían automáticamente del sistema mediante una simple deducción.[17] Pero, según, Viehweg, un sistema de este tipo no es posible en el derecho. Su existencia exigiría poner cada rama jurídica bajo unos axiomas y conceptos fundamentales unitarios. Semejante sistema jurídico no se habría dado nunca,

---

[12] Íbid.

[13] Íbid.

[14] TJ, p. 44 (trad. 63).

[15] TJ. p. 43 (trad. 62).

[16] TJ. p. 82-83 (trad. 112-113).

[17] TJ, p. 44 (trad. 63).

pero apostilla Viehweg que el pensamiento jurídico suele darlo como presupuesto.[18]

Es el carácter problemático de la Jurisprudencia, el papel directivo de su razonamiento que el problema asume, el que hace que un tal sistema no sea posible en el derecho. Un perfecto sistema lógico-deductivo en el ámbito jurídico exigiría: una estricta axiomatización del material jurídico; la rigurosa prohibición de interpretación dentro del sistema, lo cual sólo se logra plenamente mediante la introducción del cálculo; preceptos que fijen la interpretación de los hechos; la plena admisibilidad del *non liquet*, y la intervención continuada del legislador para regular con precisión sistemática los nuevos casos sobrevenidos. Y, aun así, puntualiza Viehweg, los axiomas mismos del sistema jurídico seguirían siendo arbitrarios desde el punto de vista lógico, de modo que en las operaciones intelectuales conducentes a su determinación permanecería un resto irreducible de pensamiento tópico. Con ello, la tópica seguiría determinando el aspecto más importante de todo el proceso, pues «los axiomas tienen que dar respuesta al problema de la justicia».[19] Por tanto, serían los «problemas» los que pondrían en marcha el proceder sistemático.[20]

1. 3. Antilogicismo.

Viehweg parte de la división del razonamiento jurídico o del operar con el derecho en dos momentos: uno, «prelógico», de búsqueda de premisas, y otro, propiamente «lógico», de conclusión a partir de aquellas premisas. La clave está en el peso que a uno y otro se atribuya. El segundo de ellos sólo tendría preponderancia metodológica si se pudiera partir en el derecho de un sistema normativo constituido y estable, articulado conforme a un esquema axiomático.

El tipo de ordenación o de «sistema» de los elementos centrales con que el razonamiento jurídico-práctico opera, los tópicos, no responde, según Viehweg, al esquema lógico-deductivo ni posee sus implicaciones prácticas: no hace que prevalezca el segundo de los momentos citados, la operación silogística, sino el primero, el de la búsqueda de premisas. La interrelación que existe entre los tópicos no se puede simplificar, en opinión de Viehweg, como interrelación meramente lógica. La formación de largas cadenas deductivas está reñida con la función de los *topoi*, y la constante vinculación al problema impide que la práctica con ellos se reduzca a meras operaciones lógicas, a razonamientos lineales.[21]

La inexistencia de un sistema jurídico lógico-deductivo conllevará, por tanto, la necesidad de poner el acento en el momento de la búsqueda de premisas. Estas premisas deben ser buscadas por cuanto que no vienen dadas por el sistema y, una vez halladas, determinan por completo

---

[18] TJ, p. 84-85 (trad. 114-116).

[19] TJ. p. 92 (trad. 123).

[20] TJ. p. 44 (trad. 63).

[21] TJ, p. 38-38 (trad. 57-58).

la conclusión, el momento lógico. Según Viehweg, la tópica es, en cuanto *ars inveniendi*, el proceder adecuado para tal pesquisa de las premisas. Es más, la tópica se define precisamente como «un proceder de búsqueda de premisas». De este modo, la tópica es un tipo de «meditación prelógica», pues, en cuanto tarea, la *inventio* es primaria y la *conclusio* secundaria. La tópica debe mostrar primero cómo encontrar las premisas; la lógica las toma y trabaja con ellas.[22] No se quiere decir, puntaliza Viehweg, que la lógica quede totalmente al margen del razonamiento jurídico, ni que la deducción no juegue ningún papel. La lógica desempeña un cometido esencial también aquí, pero no el principal, que es el de la *inventio*, desempeñado por la tópica. Como ya habría mostrado Cicerón, la tópica antecede a la lógica.[23]

1. 4. Función de los tópicos.

¿De dónde extrae la tópica esas premisas con las que se opera el trabajo jurídico de solución de problemas? Conforme a la teoría de Viehweg, la función principal al respecto la realizan los *topoi* o tópicos. Afirma que cuando tropezamos con un problema procedemos de manera tal que tomamos, a modo de prueba, puntos de vista elegidos más o menos arbitrariamente. Mediante su ponderación se trata de obtener las premisas adecuadas al caso. Si hacemos este proceder objeto de una investigación atenta, veremos cómo determinados «puntos de vista directivos» encauzan la respectiva orientación. A esto lo llama Viehweg «tópica de primer grado». La pretensión de una mayor seguridad lleva a procurarse apoyo en «repertorios de puntos de vista», con lo que surgen «catálogos de tópicos». El proceder que los utiliza recibe la denominación de «tópica de segundo grado».[24]

La elección de los puntos de vista o tópicos que en cada caso se invocan no carece por completo de referencia regulativa o criterio selectivo, y la arbitrariedad y el desorden en la invocación de los tópicos existirían sólo dentro del conjunto de aquellos de tales que, a la luz del problema en cuestión, aparezcan como admisibles o pertinentes. Según Wiehweg, tanto los tópicos en particular como el tipo de interrelación que entre ellos se establece reciben su sentido del problema, y en atención al respectivo problema aparecen como adecuados o inadecuados.[25]

---

[22] TJ, p. 40 (trad. 58).

[23] Cfr. TJ, pp. 41, 91, 104 (trad. 58, 121-122, 136-137). También VIEHWEG, La «*logique moderne du droit*», «Arch. Phil. Dr.», 11/1966, p. 15; *Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung*, «ARSP», 47/1961, p. 528. Dice Viehweg en este último trabajo que, en cuanto ciencia, la actual ciencia del derecho precisa del conocimiento de la ciencia lógica contemporánea, bajo su forma de lógica matemática, a fin de captar adecuadamente la estructura lógica de eso que se llama *Jurisprudenz*. Y añade que dar por sentado que su tipo de pensamiento no se puede presentar bajo la forma de un sistema deductivo no significa que falte todo género de interrelación ni que la lógica deductiva le sea totalmente ajena, sino, simplemente, que el «peso formal ha de radicar sobre otra forma de lógica, a saber, la lógica reductiva».

[24] TJ, p. 35 (trad. 53).

[25] TJ, p. 37-38 (trad. 55-57).

El principal elemento definitorio de los tópicos en la doctrina de Viehweg es, por consiguiente, su función, el tipo de su utilidad en el razonamiento jurídico. Son elementos comunicativos que sirven a la argumentación. Su valor pragmático estriba precisamente en su indeterminación.[26] La función de los tópicos es servir a la discusión de problemas, y su conocimiento supone la posesión de una especie de repertorio para facilitar la invención *(une sorte de répertoire facilitant l'invention)*.[27] Una vez que se plantea el problema, a cuya luz la invocación de los tópicos cobrará sentido, éstos funcionan como «posibilidades de orientación e hilos conductores del pensamiento».[28] Los tópicos de que se disponga y que se invoquen o apliquen poseen relevancia no sólo para la solución del problema, sino incluso para su mismo entendimiento. Ello es así por cuanto que fijan y consolidan una cierta precomprensión, con independencia del hecho de que todo repertorio de tópicos es siempre elástico y susceptible de interpretación.[29]

1. 5. Algunas críticas.

La explicación por Viehweg de la tópica jurídica rara vez rebasa el nivel de generalidad e inconcreción que se manifiesta en la exposición precedente. De ahí que las críticas que se le suelen dirigir adolezcan con frecuencia de una cierta superficialidad. Y quizá por ello ha podido la tópica erigirse en concepto de moda en la doctrina y aparentar ser compatible con los más heterogéneos planteamientos teóricos. Por esa razón creemos que se impone sacar a la luz los presupuestos no siempre explícitos en la tópica jurídica y mostrar así cómo en el fondo de la misma subyace una muy determinada concepción del derecho y de su praxis, así como la adscripción a una moderna e innovadora orientación de la metodología jurídica. Pero antes, será de interés un primer acercamiento crítico a los tan generales planteamientos de Viehweg que acabamos de mostrar.

En primer lugar, la insistencia en el «problema» o la «aporía fundamental» da pie a que se pueda ver en sus tesis un punto de incoherencia o un contenido trivial. Si a las citadas nociones se les asigna una dimensión ontológica, como corresponde a la inspiración que respecto de ellas toma Viehweg de la fenomenología de Hartmann,[30] nos encontramos con el dato chocante de que su pensamiento, marcadamente antiontologista

---

[26] VIEHWEG, *Antirhetorische und rhetorische Kontrolle rechtlicher Argumentation*, en: *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en Memoria y Homenaje al Catedrático Don Luis Legaz y Lacambra* (1906-1980), vol. II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 850.

[27] TJ, p. 37 (trad. 55).

[28] TJ, p. 38 (trad. 56).

[29] TJ, p. 41-42 (trad. 60).

[30] Para la critica de la interpretación que hace Viehweg de estas nociones de Hartmann véase BLÜHDORN, J., *Kritische Bemerkungen zu Theodor Viehwegs Schrift: Topik und Jurisprudenz*, «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», 1970, pp. 1. 183-1.197.

y declaradamente antimetafísico en muchas ocasiones,[31] tendría en su mismo núcleo un apoyo con estos caracteres. Por contra, si las nociones mencionadas se privan de ese sentido «profundo», la doctrina parece abocada a erigir en pilar lo que no es sino una afirmación poco menos que banal y perfectamente evidente para cualquier doctrina que no quiera perderse en pura especulación gratuita: que mediante la práctica jurídica hay que resolver casos concretos dándoles la solución más justa posible, aun cuando el acuerdo sobre la justicia perfecta sea un ideal inalcanzable.

En segundo lugar, en lo que concierne a la postura antisistemática y antilogicista, se imponen también algunas puntualizaciones. La tópica jurídica parece afirmarse y querer perfilarse sobre la base de una serie de contraposiciones extremas y estrechamente emparentadas entre sí: la contraposición de las ciencias o disciplinas que poseen una base segura para predicar la verdad de sus tesis o axiomas, y aquellas otras en las que todo conocimiento no puede afirmarse más que como plausible; la contraposición entre el carácter de sistema axiomático que el tejido de conocimientos puede adoptar en las primeras, frente a la imposibilidad que en las segundas acontece de deducir conocimientos seguros o verdades ciertas de premisas siempre discutibles, con la consiguiente necesidad de justificación dialéctica de cualquier tesis que se pretenda defender; y la contraposición entre lógica, entendida como pura operación deductiva a partir de premisas firmes, y tópica o medio para sentar esas premisas.

Ante esto, la crítica puede poner de relieve que el contraste entre el modelo supuestamente «perfecto» de la ciencia natural o la matemática, y la índole del conocimiento en las ciencias sociales y las disciplinas de la razón práctica no es tan terminante, tal como se ha venido mostrando tras la crisis del modelo verificacionista de ciencia y en la discusión sobre la fundamentación de la matemática y los límites internos de los formalismos; que el esquema axiomático es un modelo de trabajo aceptable como banco de pruebas o auxilio lógico en una pluralidad de disciplinas, el derecho incluido, con independencia del grado de certeza de los enunciados que se coloquen como axiomas, y no reflejo de ningún tipo de inmutable estructura ontológica o de conocimientos;[32] y que lógica y tópica, inferencia deductiva y discusión, no funcionan en la práctica como esquemas opuestos ni como patrones aplicables en una sucesión

---

[31] Véase, por ejemplo, TJ, p. 113-114.

[32] Para la adecuada consideración del concepto de sistema axiomático y de su alcance real puede verse en especial: ALCHOURRON, C.E./BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974, pp. 86 ss.; OPALEK, K./WOLENSKI, J., *Das Problem der Axiomatisierung des Rechts*, en: WINKLER, G. (ed.), *Rechistheorie und Rechtsinformatik*, Viena/Nueva York, Springer, 1975, pp. 51-66; SAVIGNY, E. von, *Zur Rolle der deduktivaxiomatischen Methode in der Rechtswissenschaft*, en: JAHR, G/MAIHOFER, W. (ed.), *Rechtstheorie*, Frankfurt/M, Klostermann, 1971, pp. 315-351; RÖDIG, J., *Axiomatisierbarkeit juristischer Systeme*, en: RÖDIG, *Schriften zur juristischen Logik*, Berlín, Springer, 1980, pp. 65-90.

cronológica. No se trata de que primero, mediante la tópica o cualquier otro procedimiento de invocación y discusión de argumentos, se fijen las premisas y, una vez establecidas, venga la lógica a extraer de ellas la conclusión. Lógica y tópica actuarían en continua imbricación, y al igual que no cabe en los ámbitos de lo opinable un pensamiento que trabaje sólo con deducciones, tampoco es viable una tópica que realice sus operaciones de propuesta o discusión de premisas al margen de los esquemas y las reglas de la lógica. La lógica es algo más que el esquema formal del silogismo *final* en que termina todo el complejo procedimiento razonador que conduce a decidir en uno u otro sentido.

Viehweg oscila a veces entre los términos radicales a que le conducen las antítesis que acabamos de mencionar, y una visión más matizada. De este modo, aun cuando rechace la viabilidad práctica del esquema axiomático-deductivo en el derecho, reconoce un lugar legítimo a la lógica en la labor jurídica, si bien, en cuanto que disciplina formal, subordinada al aporte material de la tópica.[33] Y, aunque rechaza la configuración práctica del derecho como sistema axiomático perfecto, no deja de reconocer la utilidad ordenadora y didáctica de configuraciones más débiles del sistema.[34] Pero con esto se comprueba que allí donde se sitúan los centros de rechazo por referencia a los cuales la tópica jurídica pretende delimitarse negativamente, esto es, al hablar de sistema axiomático y de mera deducción a partir de axiomas, se está rechazando un modelo cuya virtualidad real para la práctica jurídica nunca se ha afirmado en esos términos que se objetan.[35] Y en el momento en que, por entenderse los conceptos de lógica y de sistema más matizadamente, su incompatibilidad con el modelo de la tópica desaparece, deja de verse uno de los datos que *prima facie* parecían mostrar una línea de demarcación clara entre la tópica jurídica y otras propuestas metodológicas. Pues, si bien casi ninguna de éstas rechaza tajantemente la utilidad de la lógica y el sistema en el derecho, casi todas ellas ven esa utilidad limitada y precisada de complemento.

---

[33] Véase TJ, p. 91 (trad. 121-122). Para el interés original de Viehweg por la lógica puede verse su *Die juristische Beispielsfälle in Leibnizens Ars combinatoria*, en: SCHISCHKOFF, G. (ed.) *Beiträge zur Leibniz-Forschung*, Reutlingen, Gryphius, 1947, pp. 88-95.

[34] Véase, sobre lo que llama el «sistema didáctico», TJ, pp. 44 (trad. 63); sobre el «sistema tópico», *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, en: *Festschrift zum 150. jährigen Bestehen des Oberlandesgerichts Zweibrücken*, Wiesbaden, Franz Steiner, 1969, pp. 337-338. Certeramente afirma ROBLES MORCHÓN que «La tópica no es contraria al sistema, sino al sistema cerrado» (*Epistemología y Derecho*, Madrid, Pirámide, 1982, p. 113).

[35] Ni siquiera en la siempre citada Jurisprudencia de conceptos, ni en las más extremas formas de la teoría de la subsunción. Cfr. RÖDIG, J., *Axiomatisierbarkeit juristicher Systeme*, cit., p. 73, n. 23; FIEDLER, H., *Zur logischen Konzeption der Rechtsfindung aus dem Gesetz und ihren historischen Bedingungen*, en: *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil und Prozessrecht. Gedächtnisschrift für Jurgen Rödig*, Berlin, Springer, 1978, pp. 130 ss.

Por último, el concepto de *topos* adolece en esta doctrina de una gran heterogeneidad de descripciones y ejemplificaciones, y bajo él encajan desde puros lugares comunes de la vida ordinaria o principios de sentido común, hasta esquemas lógicos, fórmulas argumentativas, *standards* valorativos, principios generales del derecho e, inclusive, normas jurídicas positivas.[36] El hilo conductor común dentro de esta variedad desconcertante parecen estar en la nota de su funcionalidad para la argumentación jurídica. Tópicos parecen ser todos aquellos argumentos que en un contexto histórico, social y jurídico determinado cuentan a su favor con una presunción de plausibilidad y son tenidos como postulados evidentes o generalmente aceptados, de modo que no se discuten o, todo lo más, en caso de ser discutidos imponen la carga de la argumentación a quien los cuestione. Se integran en ese núcleo de premisas compartidas que hacen posible en cada sociedad la convivencia y la comunicación sobre una base común de entendimiento.

Su mayor problema es que en Viehweg y quienes desarrollan sus tesis no se establecen con claridad jerarquías entre los tópicos, o criterios para sentarlas.[37] Se entiende que las partes en litigio disponen en cada caso de un arsenal de tópicos a invocar, pero, naturalmente, cada una traerá a colación aquellos que puedan funcionar como argumentos o razones en favor de su postura. Así, lo que acontece será una discusión de tópicos enfrentados e igualmente legitimados en ese sustrato social o jurídico de principios evidentes y opiniones consensuadas. Con ello queda sin resolver la pregunta acerca de los criterios dirimentes de la mayor o menor plausibilidad, racionalidad, fuerza o adecuación al caso de los tópicos en debate. También se ha dicho que la doctrina que elabora y propone con relevancia metódica la noción de *topos* no soluciona ninguno de los problemas metodológicos fundamentales, ya que respecto de los tópicos se plantearían iguales problemas de interpretación y subsunción que se presentan respecto de las normas jurídicas en la metodología jurídica tradicional.[38]

---

[36] Como tópicos jurídicos actuales cita Viehweg la buena fe, el interés, la protección de la confianza y los conceptos jurídicos en general (Cfr. TJ, pp. 95 -trad. 127-104 -trad. 137-). Críticamente respecto a la escasa ejemplificación de los tópicos de Viehweg, ENGISCH, K. *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, Kohlhammer. 7.ª ed., 1977, p. 195; WIEACKER, F., *Zur Topikdiskussion in der zeilgenössischen deutschen Rechtswissenschaft,* en: *Xenion, Festschrift für Pan J. Zepos*, Atenas/Friburgo/Colonia, Katsikalis, 1973, pp. 395-396, n. 12. La más amplia enumeración de tópicos jurídicos se contiene en STRUCK, G. *Topische Jurisprudenz*, Frankfurt/M, Athenäum, 1971, pp. 20-34. Una exposición sistemática de los mismos puede verse en PERELMAN, CH., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979, pp. 120-128.

[37] En este sentido, por ejemplo, BOTTKE, W., *Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre von strajbefreienden und strafmildernden Täterverhalten*, Ebelsbach, R. Greimer, 1979, p. 102-103; WEINBERGER, O., *Topik und Plausibilitätsargumentation*, «ARSP», 59/1973, p. 23; HORAK, F., *Rationes decidendi*, cit,, p. 54; ZIPPELIUS, R., *Problemjurisprudenz und Topik*, «Neue Juristische Wochenschrift», 1967, p. 2.232,

[38] Así, BYDLINSKI, F., *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Viena/Nueva York, Springer, 1982, p. 148.

No dejan de contenerse elementos pertinentes en las anteriores críticas. No obstante, buena parte de ellas perderán en relevancia o quedarán desenfocadas desde el momento que pasen al primer plano de consideración ciertos elementos teóricos cuya presencia en los escritos sobre la tópica jurídica no se muestra con la rotundidad y el efectismo de las algunas de las posturas que hemos reseñado, pero que no por ello dejan de ser los contenidos esenciales que dotan a tal doctrina de su mayor originalidad y profundidad. A estos aspectos dedicaremos las sucesivas consideraciones, y examinaremos la visión del derecho y del método jurídico que subyace a la tópica.

2. Tópica jurídica e idea del derecho.

En el centro de la discusión suscitada por las doctrinas de Viehweg y sus seguidores se sitúa, las más de las veces, el problema de cuál sea la relación entre la tópica jurídica y el principio de legalidad en la actuación del juez. Se trata de averiguar qué lugar ocupa el derecho positivo en el contexto de los tópicos que guían la obtención de decisiones jurídicas.

A la cuestión anterior se le han dado en la doctrina todo tipo de respuestas. Las posturas van desde quienes sostienen que la ley es un tópico más entre los otros, sin ningún tipo de estatuto superior,[39] hasta los que rechazan la tópica jurídica precisamente porque, dicen, no reconoce el carácter vinculante de que la norma legal goza en todo proceso de obtención de decisiones jurídicas,[40] pasando por quienes tratan de salvar la compatibilidad entre la doctrina metodológica de la tópica y el respeto al carácter preceptivo del derecho positivo.[41]

Sólo la determinación del concepto de derecho implícito en la doctrina de la tópica jurídica permitirá una respuesta más segura al interrogante reseñado.

Los críticos de Viehweg suelen citar la afirmación de éste de que «el pensamiento de problemas es reacio a las vinculaciones» como testimonio del rechazo de este autor al peso preponderante y vinculante de la ley positiva para la resolución de problemas jurídicos.[42] Ahora bien, la tantas veces mentada afirmación de Viehweg ha de leerse en su contexto, a cuya luz se observará que no supone por sí misma un rechazo tan claro del principio de legalidad. No habla Viehweg aquí de vinculación

---

[39] SEIBERT, H-M., *Fall, Regel und Topos*, en: *Rhetorische Rechtstheorie*, Friburgo/Munich, Alber, 1982, pp. 321 ss.

[40] BYDLINSKE, F., *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, cit., pp. 145-147; LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2.ª ed., 1980, pp. 155-156; FLUME, W., *Richter und Recht*, Munich, Beck, 1967, pp. 29-30, 34; MÜLLER, F., *Juristische Methodik*, Berlín, Duncker & Humblot, 2.ª ed., 1976, pp. 79-85.

[41] NOLL, P., *Gesetzgebungslehre*, Reinbeck bei Hamburg, Rowohit, 1973, p. 133, n. 159; BOKELOH, A., *Der Beitrag der Topik zur Rechtsgewinnung*, Diss.,Göttingen, 1973, pp. 51, 79, 83.

[42] Así, DIEDERICHSEN, U., *Topisches und Systemalisches Denken in der Jurisprudenz*, «Newe Juristische Wochenschrift», 1966, p. 703.

legal, sino «lógica».[43] Queda, pues, sin resolver la cuestión de cuál sea la función que las normas positivas desempeñan para la solución de problemas jurídicos. Únicamente se ha de considerar rechazada, por el momento, la teoría que sostenga que la aplicación del derecho es un puro silogismo a partir de premisas mayores normativas que determinan unívocamente la decisión.

Ante la falta en la obra de Viehweg de un tratamiento sistemático del papel de la ley positiva, y dado que habla con frecuencia de «derecho» o «ley» sin precisar el verdadero alcance de estos términos, se hace necesario inducir, a partir de sus textos, una cierta claridad sobre este aspecto.

En primer lugar, podemos poner de relieve que, frente a cualquier visión estática del derecho, Viehweg parece defender una concepción dinámica del mismo, entendiéndolo como actividad. Así se aprecia cuando afirma que en cada época la mayoría de los topoi de una disciplina están especificados, mientras que otros se pasan por alto, si bien éstos pueden ir ganando peso con el cambio de las situaciones y por vía de legislación e interpretación. Y añade: «una diligente y constante reedificación y ampliación del derecho, que cuida de que el andamiaje total de la actividad jurídica conserve su fijeza sin perder flexibilidad, forma el núcleo peculiar del arte del derecho».[44] Es la constancia de la «aporía fundamental» de qué sea lo justo en cada caso la que hace ineludible ese carácter dinámico y adaptativo del derecho.

¿Qué función le corresponde al derecho positivo en un pensamiento jurídico así estructurado? La respuesta de Viehweg es que la trama pregunta-respuesta del pensamiento jurídico conduce a mostrar que el derecho positivo, en su función de respuesta, se ha de comprender como parte constitutiva de la búsqueda del derecho *(Rechtssuchen)*. El único elemento en que se basa la unidad del derecho se sitúa en la aporía fundamental, en ninguna otra parte.[45] Un pensamiento jurídico que entienda como su misión el hallazgo de lo que sea en cada caso lo justo en situaciones distintas, debe contar con la posibilidad de renovar su posición respecto de tal aporía fundamental, esto es, tiene que ser «móvil». Ello no cuadra con una estructura conceptual y de enunciados que trate de fijar las soluciones de una vez para siempre y que pretenda dar lugar a encadenamientos deductivos para alcanzar la resolución de cada nuevo caso. Más bien habrá de recurrir el pensamiento jurídico, debido a la inabarcabilidad de las situaciones problemáticas posibles, a una pluralidad

---

[43] Véase TJ, p. 41 (trad. 59-60).

[44] TJ, p. 95 (trad. 127).

[45] TJ, p. 100: «En tanto el problema fundamental conserva su lugar primigenio y constante, resulta para el derecho positivo y para todo lo que esté en relación con él una referencia mediata o inmediata a este problema. Queda visible que todas las partes constitutivas de la búsqueda del derecho deben permanecer necesariamente dependientes y que por ello no es lícito el intento de desligarlas del fundamento problemático, para, a continuación, ordenarlas en sí mismas de modo aislado».

asistemática de puntos de vista, que no son principios fundamentales pertenecientes a un pensamiento deductivo, sino tópicos, reglas directivas.[46] Viehweg no llega a sostener expresamente que la ley positiva no sea sino un tópico más entre los muchos que concurren para la obtención de la decisión jurídica. Pero muchas de sus afirmaciones parecen traslucir esta idea, como cuando dice que la ley no es más que una de las partes de la búsqueda del derecho. Y es que tal búsqueda tendría carácter constitutivo del propio derecho, del objeto que se busca. No es este algo que venga dado de antemano y que se averigüe para aplicarlo tal como existe y se nos aparece (en forma de norma positiva, por ejemplo), sino algo que se está creando mediante el propio acto de búsqueda de solución para cada concreto problema. Y esta creación se realiza a partir de una serie de elementos auxiliares que son puntos de vista o argumentos, es decir, tópicos. Uno de ellos sería el derecho positivo aplicable.

Hemos de interrogarnos acerca de si para Viehweg la ley supone para la resolución de casos un tópico al mismo nivel que los otros o si posee un rango superior y predominante. Una primera dificultad de la comparación, que muestra cómo para Viehweg la determinación de lo jurídico no se realiza al margen de la ley, sino más allá de la ley, es que, para él, el derecho positivo no es algo que se coloque al lado de los elementos que aporta la tópica, ya sea en pie de igualdad o de superioridad, sino que los mismos textos jurídicos están sometidos en buena parte a la acción y el imperio de la tópica, pues se puede fijar un texto de una vez por todas, pero no es así su sentido, que es lo que en definitiva importa.[47]

Viehweg no defiende nunca una aplicación *contra legen* de los tópicos (de los tópicos distintos de la ley, se entiende). El texto legal sería, siempre que exista, el topos de partida. Pero por su generalidad, la rigidez de su forma y su textura abierta, precisa ser concretado mediante otros tópicos que determinen sus sentidos posibles y hagan viable la discusión tendente a obtener el significado que mejor se adecue a la realidad de cada caso a resolver. La tópica regiría esa discusión y proporcionaría los argumentos en litigio. El derecho propiamente dicho se constituiría en ese proceso dialógico, y no se identificaría exclusivamente con el punto de partida del mismo (el derecho positivo, cuando exista, o los tópicos particulares que se invoquen), sino con su elemento resultante: las soluciones de los casos jurídicos. Bien entendido que derecho será la solución de cada caso, pero nunca la suma de las soluciones *dadas* a los casos, pues esto formaría un nuevo corpus de textos «legales», un nuevo «sistema» con las mismas insuficiencias. El derecho constituye una realidad dinámica y en permanente estado de conformación.

---

[46] 47 Sobre la interpretación, como actividad adaptadora y configuradora del material normativo, marcada por la tópica, TJ, p. 54-55 (trad. 76) VIEJINVEG, *Rechtswissenschaftliche Grundiagenforschung und zeitgenössische Rhetorik*, en: *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, vol. 1, México, UNAM, 1980, p. 943.

[47] Sobre la interpretación, como actividad adaptadora y configuradora del material normativo, marcada por la tópica, TJ, p. 54-55 (trad. 76) VIEJINVEG, Rechtswissenschaftliche Grundiagenforschung und zeitgenössische Rhetorik, en: *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, vol. 1, México, UNAM, 1980, p. 943.

Si alguien invoca aquí el carácter lesivo de esta construcción para el principio de legalidad o la seguridad jurídica, la réplica podrá ser distinta según que la tópica jurídica se entienda como descripción o como propuesta normativa. Si se entiende, en este último sentido, que las afirmaciones de Viehweg se presentan con carácter programático, con la pretensión de regir la práctica jurídica y de que ésta se adapte a sus directrices, cabría plantearse si no se debería buscar un modelo que funcione con más respeto del principio de legalidad. Pero si, como parece más razonable pensar, las tesis de Viehweg se plantean como descripciones de lo que realmente acontece en dicha práctica, entonces no tendrá sentido rechazarlas so pretexto del deber de un más fiel acatamiento del principio de legalidad, pues malamente se puede rebatir un enunciado descriptivo mediante una proposición de deber ser o una formulación de deseos. En este caso, la posible crítica de las doctrinas de Viehweg sólo podría venir por el lado de su contrastación con la realidad, para comprobar si la práctica jurídica y el uso de los textos legales son realmente como él los describe. Pero esta labor empírica y ejemplificativa, prácticamente ausente por completo de los trabajos de Viehweg, constituye seguramente una de las más notorias lagunas de toda la metodología continental, y sólo parcialmente comienza a ser colmada en el marco del estudio de la argumentación jurídica práctica o de ciertos estudios sociológicos sobre el derecho y la praxis de su aplicación[48].

3. Tópica y método jurídico.

¿Considera Viehweg la tópica como un método? Deja claro que en su concepción la tópica no puede ser concebida como método jurídico. Ahora bien, ¿qué entiende Viehweg por «método»? Para él, método, en sentido propio, sólo es aquel proceder que sea estrictamente revisable con medios lógicos y dé lugar, por tanto, a un perfecto sistema deductivo[49]. Para que el proceder jurídico que la tópica impregna se transformara en método, sería necesario, según Viehweg, que sistema deductivo y subsunción pasaran a primer plano y lograran preeminencia. Solamente así cobraría entidad científica el trabajo jurídico[50]. Vemos, pues, que Viehweg niega a la tópica la condición de método jurídico basándose en una muy estrecha concepción de lo que se ha de llamar método, concepción vinculada al más puro positivismo y apenas vigente en los tiempos actuales[51].

---

[48] Sobre esta labor necesario Cfr. NEUMANN, U., *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986, p. 118.

[49] TJ, p. 76 (trad. 105).

[50] TJ, p. 91 (trad. 122).

[51] Wieacker destaca que Viehweg niega a la tópica la cualidad de método porque reserva este concepto para el proceder deductivo y el pensamiento sistemático (WIEACKER, F., *Ueber strengere und unstrenge Verfahren der Rechtsfindung,* en: *Im Dienst*

Si empleamos un concepto de método menos restrictivo, la anterior posición de Viehweg no nos impedirá tomar conciencia del significado metodológico de la tópica y del papel que vino a desempeñar a este respecto en el contexto de las doctrinas de nuestro tiempo.

Por método se entiende, en consonancia con la etimología del término, la vía a seguir para alcanzar una meta, un resultado correcto[52]. Se dice que esa vía consiste en una serie de indicaciones para la solución de problemas[53]; o en el conjunto de los procedimientos intelectuales requeridos para llevar una investigación al fin deseado[54]; o en «una serie de operaciones-tipo dispuestas en razón de un cierto resultado»[55], etc. Y la metodología será «la disciplina que se ocupa de los métodos»[56], «la doctrina de los caminos que conducen hacia la meta final del trabajo científico»[57]. En cuanto a la finalidad del método jurídico, parece existir un acuerdo generalizado en las doctrinas modernas que consiste en eliminar la arbitrariedad de la práctica jurídica y conseguir el mayor grado posible de racionalidad de la misma[58].

Por otra parte, las doctrinas sobre el método nunca pueden entenderse desvinculadas del concepto de derecho, tácito o expreso, sobre el que se asientan. Cabe establecer una distinción de base dentro de la doctrina a partir de la consideración de tres aspectos inescindiblemente unidos: la noción de derecho, la idea de racionalidad (o corrección, o verdad, según las terminologías) en el trabajo jurídico, y las reglas o indicaciones metódicas.

Lo que podemos llamar la teoría tradicional del positivismo legalista y/o científico-jurídico[59], tal como ha sido defendida en el plano teórico

---

and Recht und Staat, Festschrift für Werner Weber zum 70. Geburtstag, Berlín, Duncker & Humblot, 1974 p., 441, n. 60. Al respecto también, HERNÁNDEZ GIL, A., La ciencia jurídica tradicional y su transformación, Madrid, Civitas, 1981, p. 97; GIL CREMADES, J. J., *La motivación de las decisiones jurídicas*, en: Estudios en honor del *Doctor Luis Recaséns Siches*, cit., p. 415.

[52] FIKENTSCHER, W., Methoden des Rechts, I, Tübingen, Mohr, 1975, p. 22.

[53] DUBISCHAR, R., *Vorstudien zur Rechtswissenschaft*, Stuttgart, Kohlhammer, 1974, p. 33.

[54] BOBBIO, N., Voz, *«Método»*, en: *Novissimo Digesto Italiano*, vol. X, Turín, UTET, 1964, p. 602.

[55] SCARPELLI, U., *Il metodo giuridico*, en GUASTINI, R. (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 1980, p. 261.

[56] *Ibíd*., p. 262.

[57] HECK, Ph., *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, ed. de R. Dubischar, Bad Homburg, Gehlen, 1968, p. 146.

[58] Véase, por ejemplo, KRIELE, M., Theorie der Rechtsgewinnung, Berlín, Duncker & Humblot, 2.ª ed. 1976, p. 24.

[59] Sobre el alcance de las expresiones «positivismo legalista» y «positivismo científico-jurídico» cfr. WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2.ª ed., 1972, p. 431-432.

principalmente en el siglo XIX, y tal como parece imperar aún hoy en la conciencia de muchos juristas y en la práctica docente de muchas Facultades de Derecho, se apoya en una visión del derecho como sistema preferentemente estático, cerrado y completo o, al menos, autosuficiente como ordenamiento normativo para dar solución a toda cuestión nueva. Consiguientemente, el tipo de racionalidad que preside la tarea del jurista será la racionalidad interna del sistema. Será la racionalidad del derecho mismo como dato, como resultado preestablecido, la que asegurará la racionalidad del producto de su aplicación, de las decisiones de los casos. De ahí se sigue también que lo que para esta orientación se concibe como metodología jurídica será mera descripción de los pasos formales del razonamiento por el que, de lo racionalmente dado con carácter general, se extraen nuevos contenidos racionales para los casos concretos, exposición del armazón lógico-deductivo de la aplicación de las normas y, todo lo más, de los instrumentos normativos que en los ordenamientos o en el bagaje tradicional del jurista se prevén para determinar de modo seguro y suficiente la interpretación e integración de las normas. La aplicación del derecho sería, ante todo, un acto de conocimiento, guiado por las pautas metodológicas, y se entenderá, consecuentemente, que la metodología jurídica es, antes que nada, «metodología de la ciencia del derecho».

Por contra, para lo que *grosso modo* podemos llamar las directrices metodológicas antilegalistas, de las que la tópica jurídica, con las matizaciones que hemos señalado, forma parte, el derecho reviste un carácter dinámico y abierto se halla en trance de permanente recreación y sólo de modo imperfecto o aproximativo es posible hablar de sistema. La norma deja su papel preferente al caso o problema a resolver. El centro de mira pasarán a ocuparlo las decisiones de esos casos, en cuanto opciones entre alternativas decisorias diversas e igualmente posibles, compatibles con el derecho preestablecido en el ordenamiento normativo. El tipo de racionalidad que en lo posible ha de ser garantizado ya no será la determinada por ningún género de «lógica» interna del sistema normativo, sino que habrá de buscarse en instancias externas a éste, ya se trate de la conciencia del juez, del consenso social, de ciertas reglas argumentativas, etc. Las pautas metódicas que se traten de fijar como guía para la obtención de las decisiones jurídicas serán reglas de la razón práctica, orientaciones dirigidas a mostrar y/o reglamentar el uso que el jurista hace del margen de libertad que para la decisión le dejan ciertos caracteres estructurales del ordenamiento positivo (lagunas, contradicciones, equivocidad del lenguaje, etc.). La solución de casos o conflictos particulares en sede jurídica significa, para estas doctrinas, un mecanismo de «obtención» del derecho por vía decisoria, debiendo asegurarse el mayor nivel posible de racionalidad de la decisión, de racionalidad práctica, mediante ciertas reglas metódicas o argumentativas. Estas serán reglas del razonar jurídico práctico, no, como en el caso anterior, reglas de conocimiento del método científico.

El siguiente cuadro ilustra estas diferencias entre esas dos perspectivas generales.

	Idea del d.	*Racionalidad*	*Método*	*Califc. praxis*
Positivismo	Estático, cerrado	Interna, lógica	Lógico-deductivo	Conocimiento científico
Corrientes antilegalistas	Dinámico, abierto	Externa a sistema	Razón práctica	Decisión, valoración

Simplificando, se puede sostener que cuanto mayor es el grado de racionalidad que se atribuye al derecho, menor significado se asignará al proceso decisorio y a la decisión misma; y a la inversa. Así, el positivismo legalista concebirá el derecho como sistema racional perfecto, y su aplicación como ejecución de un sencillo silogismo, por medio del cual es hallada la solución del caso. Frente a ello, para aquellas doctrinas, como la de la tópica, que no consideran el derecho como sistema perfecto y plenamente racional en cuanto dado, como necesitado de constante complemento y dependiente de otros factores externos a él, la actividad de quienes lo «aplican» será crucial y se ha de procurar garantizar su racionalidad.

En este marco general de las más modernas direcciones metodológicas, es posible una cabal comprensión del alcance de la tópica jurídica, tal como Viehweg la propugna. Lo que Viehweg anticipa, en la misma época en que lo hacen también otros autores con matices diversos, es la perspectiva argumentativa[60], la idea de que es en el contexto de cada situación donde se ponen las bases para la decisión correcta, a través del intercambio de razones. Y los propios contornos de la situación se expresan mediante la acción comunicativa entre sujetos. Se trataría en todo ello de un proceso retórico, marcado por la inexistencia de verdades apodícticas que puedan fundar una solución indiscutible, y abocado, por tanto, a la permanente construcción y reconstrucción de soluciones meramente plausibles. Y la tópica sería el auxilio principal del que las partes en ese proceso dialógico pueden servirse como fuente de sus argumentos, de esas razones sobre cuya discusión se asentará la decisión.

En Vichweg, la clave para la racionalidad de la decisión no habrá de buscarse simplemente en la conclusión que pone fin al razonamiento, sino en el propio proceso razonador; y ya que las premisas de este razonamiento no vienen dadas como perfectamente seguras por ningún sistema previo, su conveniencia será mostrada por su expresa fundamentación argumentativa en el proceso que conduce a la decisión. Tanto como los contenidos, cuenta para la racionalidad de la decisión final la índole del mecanismo argumentativo y procedimental que lleva a ella y la fundamenta. Cuando es precisamente el contenido de la decisión lo que es objeto de disputa, el respaldo máximo que aquélla puede pretender radica en la aceptación por los litigantes o por el medio en general, sentado que no existe una fuente que imponga por sí sola contenidos para la decisión. Y la única manera de que tal reconocimiento pueda tener lugar

[60] En el mismo sentido, para el encuadre de la teoría de Viehweg, NEUMANN, U., *Juristische Argumentationslehre*, cit., p. 54.

de modo que quepa llamarlo racional, es arbitrando un procedimiento argumentativo en el que las partes expresen con libertad sus argumentos y contraargumentos.

3. 1. Tópica, retórica y pragmática.

Distingue Viehweg entre argumentación primaria y secundaria. La secundaria consistirá en la pura inferencia lógica de la decisión, una vez que se han fijado todas las premisas necesarias. De esta argumentación se ocuparía la lógica. Pero previamente acontece la argumentación primaria, que constituye el ámbito en que esas premisas han de quedar fijadas. Este ya no sería campo de la lógica, sino de una teoría retórica evolucionada[61].

La retórica sería competente para constituirse en teoría de la argumentación jurídica, por cuanto que esta argumentación transcurre en la forma de un diálogo, de un intercambio comunicativo *(Reden und Unterreden)*. La retórica, según Viehweg, se pregunta precisamente por lo que ha de ser el recíproco comportamiento correcto de los dialogantes. Opina que con los planteamientos de la retórica es posible dar cuenta de cuáles son las reglas que los partícipes en la argumentación tienen que respetar para que su diálogo y los resultados de él dimanantes puedan considerarse verdaderamente fundamentados y ser objeto de reconocimiento. Existirían ciertos postulados de toda discusión racional, entre los que destacan determinadas obligaciones comunicativas que los dialogantes han de asumir, de modo que no cabe hablar de una fundamentación suficiente cuando no se respetan esos principios argumentativos[62].

¿Cuáles son esos postulados o en qué consisten concretamente esas obligaciones que se han de salvaguardar en la discusión racional? Aquí sería fácil asociar esos planteamientos tan generales con la pragmática trascendental de Apel y ver en tales postulados la expresión de premisas pragmático-trascendentales de toda justificación, configurando la estructura *a priori* de la ética comunicativa y de toda actuación social que se oriente a la racionalidad y no a la imposición abusiva y el uso de la fuerza; o con la pragmática universal de Habermas, para quien la interacción social es primariamente interrelación comunicativa, y toda interacción que se pretenda racional y liberada de ataduras irracionales (uso de la fuerza, manipulación, intereses egoístas, etc.) se ha de orientar a las reglas que definen la situación discursiva ideal en que sería posible un consenso auténtico sobre base racional; o con el constructivismo de la Escuela de Erlangen, a tenor del cual es posible reconstruir por vía

---

[61] Cfr. VIEHWEG, *Historische Perspektiven der juristichen Argumentation: Il Neuzeit*, «ARSP», Beiheft NF. 7, 1972, p. 71-72; *Positivismus und Jurisprudenz*, en: BLÜHDORN, J./RITTER, J. (ed.), *Positivismuns im 19. Jahrhundert*, Frankfurt/M, Klostermann, 1971, p. 110; *Was heisst Rechtspositivismus?*, en: SCHNEIDER, P./SAAME, O. (eds.), *Positivismus als wissenschaftstheoretisches Problem*, Mainzer Universitätsgespräche, WS 1964-65, Mainz, 1968, p. 17; *Que veut-on dire parpositivisme juridique?*, «Arch. Phil. Dr.», 10/1965, p. 187.

[62] Cfr. VIEHWEG, *Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der Rechtsdisziplin*, «Jhb. RSoz. Rth», 2/1972, p. 92-93.

dialógica y consensual las reglas del actuar práctico, a partir de la elaboración *ex novo* de un lenguaje cuya lógica interna sin fisuras posibilite el entendimiento y el acuerdo racional. Las afirmaciones pragmáticas de Viehweg son compatibles también con los recientes intentos de definir, sobre la base ecléctica de las teorías citadas y otras, las condiciones para el ejercicio racional de la razón práctica en la argumentación conducente a la decisión jurídica, como en el caso de la *Theorie der juristischen Argumentation* de Alexy; o con la enunciación de los recursos retóricos disponibles para la argumentación no demostrativa y de su lógica peculiar, tal como se señalan en la «Nueva Retórica» de Perelman.

Ahora bien, Viehweg no concreta mucho más sus afirmaciones. Simplemente añade, como requisito de una teoría de la argumentación jurídica racional, la exigencia de que se considere prioritariamente el aspecto pragmático y situativo de toda argumentación jurídica. Más que la situación de los signos en el discurso, lo que importaría a la hora de definir las condiciones de una argumentación jurídica racional es tomar en cuenta la situación de los sujetos en el contexto que preside su comunicación. La posición del sujeto condiciona su actuar comunicativo. Sólo a partir de la conciencia del carácter eminentemente «situativo» de la argumentación jurídica podrá verse ésta en su auténtica función. Esta función no es otra que la de servir de vehículo para hallar y fundamentar la solución de un problema práctico, del que arrancan y al que se remiten todas las consideraciones que interesan[63].

Para Viehweg, se trataría de desarrollar un «modelo retórico de argumentación», en el que se conciba toda argumentación como discurso fundamentador, y el discurso como actividad comunicativa que contiene obligaciones comunicativas. La retórica proporcionaría el más apto instrumento de análisis del proceder argumentativo, poniendo de manifiesto la dependencia contextual de toda argumentación y el modo cómo en ella se entrecruzan la dimensión tópica y la dimensión ética. La retórica puede mostrar la clave última de la argumentación porque, en palabras de Viehweg, «la argumentación tiene su *última ratio* en el método del argumentar»[64]. La retórica muestra el modo de hacer comprensible el discurso a partir de la dimensión pragmática del uso del lenguaje, dimensión en la cual éste no cumple una tarea puramente descriptiva, sino también directiva[65].

«La situación discursiva -dice Viehweg- se ha de explicar básicamente como situación comunicativa». Lo que en ésta se desarrolla es «una

---

[63] TJ, p. 111 ss, VIEHWEG, *Rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung und zeitgenössische Rhetorik*, cit., p. 940 ss.

[64] VIEHWEG, *Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der Rechtsdisziplin*, cit., p. 445 ss; *Historische Perspektiven der juristischen Argumentation*, cit., p, 72.

[65] VIEHWEG, *Schritte zu einer rhetorischen Rechtstheorie*, en: *Kultur, Kriminatität und Strafrecht. Festschrift für Th. Würtenberger*, Berlín, Duncker & Humblot, 1978, p. 7.

trama directiva para el entendimiento a partir de recíprocas propuestas, indicaciones, aceptaciones, etc.» Es decir, el discurso jurídico se puede comprender y analizar a partir de la situación o marco que entre los propios interlocutores se define para el mismo mediante la aceptación de premisas, presupuestos compartidos, fijaciones semánticas, intereses en pugna, argumentos en juego, etc. Dados estos márgenes flexibles dentro de los que el discurso jurídico se mueve y cobra en cada caso su sentido, la retórica se encarga de poner de manifiesto la dimensión creativa de dicho discurso, frente a la fijación de otros enfoques en los aspectos sintácticos o semánticos exclusivamente[66].

¿Qué significado posee la tópica para este análisis retórico? La tópica sería núcleo central de la retórica. Si ésta investiga el proceso comunicativo mediante el cual en la «situación discursiva» se establecen significados, la tópica ofrece la mejor perspectiva para la comprensión de ese proceso productivo, pues los tópicos proporcionan «auxilios para la invención», son una fuente de argumentos posibles, cuya utilidad se examina en cada caso a la vista de la concreta situación[67]. Serían una especie de moldes diversamente utilizables en atención a las circunstancias que definen cada argumentación. Esta función pragmática de los tópicos privaría de relevancia a la constatación de que, desde el punto de vista sintáctico, aparecen como carentes de un orden lógico, y, desde el punto de vista semántico, como excesivamente vagos[68].

¿Cómo se actualiza la retórica clásica para poder rendir fruto como teoría de la argumentación jurídica? La respuesta de Viehweg es que ha de incorporar, ante todo, los nuevos hallazgos de la semiótica y de las teorías de la comunicación[69]. Añade que en los últimos tiempos se han desarrollado una serie de teorías que ayudan a comprender mejor ese proceso argumentativo regido por la retórica, teorías pertenecientes a disciplinas como la lógica (la lógica dialógica de Lorenzen y Kamlah), la lingüística (ante todo, los desarrollos de la pragmática) y la ética (la ética del discurso)[70].

Sin embargo, a pesar de estas direcciones que apunta, no concreta más Viehweg sus propuestas, ni precisa más esas reglas de índole retórica que han de gobernar la racionalidad del argumentar jurídico. De ahí que haya podido decirse que no es la suya una auténtica y completa teoría de la argumentación jurídica[71]. Define su idea de la racionalidad

---

[66] *Ibíd*. p. 6.

[67] *Ibíd*.; VIEHWEG, *Rhetorik, Sprachpragmatik, Rechstheorie*, en: *Recht und Gesellschaft. Fesischrift für Helmut Schetsky*, Berlín, Duncker & Humblot 1978, p. 719-720.

[68] *Scritte zu einer rhetorischen Rechtstheorie*, cit., p. 6.

[69] *Ibíd*., p. 7.

[70] TJ., p. 116-119.

[71] Véase DREIER, R., *Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation*, en: DREIER, R./SCHWEGMANN, F. (ed.), *Probleme der Verfassungsinterpretation*,

de la argumentación jurídica afirmando que «la racionalidad de la Jurisprudencia debe consistir al menos en una óptima discutibilidad»[72]. Lo que no explica es cómo se reglamenta tal discutibilidad, o cuándo se puede tener por alcanzado dicho grado óptimo.

3. 2. Tópica y consenso.

Cabe pensar, y así se ha sostenido a veces[73], que la tópica jurídica desemboca en la defensa de un criterio consensualista como solución del interrogante metodológico último. La pregunta sería ¿se puede entender que la tópica sitúa en el consenso el criterio determinante de la racionalidad de las decisiones jurídicas?

Se hace necesario distinguir dos ámbitos, relativos ambos al proceso decisorio, en los que el consenso puede actuar como elemento determinante: la selección de las premisas, de los argumentos que pueden fundar las soluciones posibles, por un lado, y, por otro, la decisión misma, como opción concreta basada en la elección de una de esas soluciones admisibles y de los argumentos que pueden apoyar ésa y no otra de las soluciones en disputa. Comprobaremos cómo el eje central de actuación del consenso en este proceso decisorio es, para la doctrina tópica, el primero de esos ámbitos citados, mientras que no queda claro qué tipo de criterio puede velar por la racionalidad de la elección en el segundo ámbito.

Dice Viehweg que lo decisivo es «una especial elección de premisas que se sigue de un determinado modo de entender el derecho a la vista de la aporía fundamental»[74]. Esta elección de premisas sería la que tiene lugar con arreglo al modelo tópico, y aquí es donde el consenso desempeña en la teoría de Viehweg una función decisiva, precisamente para la selección de los tópicos que funcionan como argumentos o premisas posibles y a partir de los cuales se alcanzará la solución.

Con anterioridad incluso al proceso propiamente discursivo de selección de argumentos, existiría un primer elemento que podemos llamar consensual y que tiene que ver con la necesaria participación de los interlocutores en lo que cabe denominar, mostrando un elemento de conexión con la filosofía hermenéutica, un común horizonte hermenéutico. De ahí, según Viehweg, que, aun cuando el modo de pensar tópico sea esquivo a las vinculaciones, no pueda prescindir por completo de ellas, pues nadie puede llevar a cabo una prueba convincente sin lograr mantener con su interlocutor, cuando menos, un círculo acotado por un entendimiento común. Los tópicos serían importantes para edificar y fijar

---

Baden-Baden, Nomos, 1976, p. 28; en el mismo sentido, HASSEMER, W., *Juristische Argumentationstheorie und juristische Didaktik*, «JHB. Rsoz. Rth.», 2/1972, p. 47.

[72] VIEHWEG, *Zwei Rechtsdogmatiken*, en: *Philosophie und Recht. Festschrift für C.A. Emge*, Wiesbaden, Franz Steiner, 1960, p. 114.

[73] Y así se ha entendido a veces: VOGEL, K., *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm*, Frankfurt/M., Metzner, 1965, p. 364.

[74] TJ, p. 104 (trad. 62-63)

ese entendimiento, pues, en palabras de Viehweg, «desenvuelven las preguntas y las respuestas adecuadamente e indican qué es lo que parece digno de una reflexión más profunda. Tiene lugar así -añade- de una manera continua, un acuerdo recíproco. Los tópicos, tanto especiales como generales, son muy apropiados para mostrar la dimensión dentro de la cual uno se mueve sin poderla abandonar, si no quiere perder ese entendimiento que hace posible la prueba»[75].

En lo que propiamente se refiere al consenso sobre las premisas, sostiene Viehweg que en el procedimiento descrito las premisas fundamentales se legitiman «mediante la aceptación del interlocutor». Se tiene por evidente aquello que no es objeto de discusión, y sobre esta base las premisas se consideran relevantes o irrelevantes, admisibles o inadmisibles, etc. La discusión es aquí «la única instancia de control». «Lo que en la disputa se justifica mediante la aceptación es admitido como premisa», dice Viehweg. Como garantía de que como tal no se admitirá algo irrazonable menciona la circunstancia de que los disputantes parten de la posesión de un cierto saber consolidado por la experiencia, y de que entre personas razonables sólo se invocarán argumentos que posean un cierto peso específico. «De esta suerte -explica- cobra sentido la referencia a los «mejores y más famosos». La referencia a lo consensuado, ya sea entre los más o entre los mejores, proporciona asideros con cierto grado de admisibilidad en el campo de lo opinable»[76]. En suma, el consenso preside la selección de los tópicos admisibles y enfrentados. Pero queda sin resolver el problema de la elección final entre esos tópicos concurrentes, igualmente legitimados en su punto de partida y carentes de una ordenación jerárquica clara.

Creemos que tiene razón Kriele cuando sostiene que los defensores de la tópica jurídica no establecen la relación entre los tópicos y la decisión jurídica final como si aquéllos fueran determinantes por sí solos de la solución del problema. Serían más bien propuestas de solución que se someten a discusión[77]. ¿Cómo recae esa decisión?

Nuevamente está en lo cierto Kriele al decir que la cuestión de los fundamentos para la opción por unos u otros de los tópicos sometidos a debate es respondida por los partidarios de la tópica de modo deliberadamente vago. Y también cuando afirma que la remisión al consenso aquí carece de utilidad, pues en los conflictos, precisamente por serlo, el consenso generalmente faltará y la variedad de posturas en la sociedad y entre los juristas permite una amplia escala de opiniones divergentes[78]. Esto

---

[75] TJ, p. 41-42 (trad. 60). Ramón SORIANO plantea correctamente la cuestión al señalar que los *topoi* constituyen «el ámbito del sentido común en el que suelen coincidir la mayoría de las personas» *Compendio de teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1983, p. 185.

[76] TJ, p. 42-43 (Trad. 61-62).

[77] KRIELE, M., *Theorie der Rechtgewinnung*, cit., p. 151.

[78] *Ibíd*., p. 151-152.

parece justificar la crítica de que la tópica como método no ofrece una pauta decisoria para la elección entre los tópicos invocados en la discusión[79].

Ante esta situación, cabe pensar que la tópica es una doctrina abocada al puro decisionismo[80]; o entender, como creemos que es más justo, que como doctrina metodológica es sencillamente incompleta, debiendo ser complementada por principios o doctrinas tendentes a velar por la racionalidad de la decisión. En tal sentido se deben entender las afirmaciones de que la tópica jurídica no constituye una auténtica o suficiente teoría de la argumentación jurídica. Se quedaría en un primer estadio de una tal teoría, describiría únicamente los primeros pasos o el punto de despegue del proceso argumentativo que termina en la decisión. Sería, utilizando la certera expresión de Mengoni, un medio de selección de «hipótesis de solución»[81].

3. 3. Tópica, precomprensión y evidencia.

Que la tópica no proporcione indicaciones metódicas precisas para la elección entre las alternativas decisorias no significa necesariamente que decaiga en ella toda relevancia teórica y metodológica. Al lado de esa dimensión directiva de la metodología jurídica, está también su aspecto descriptivo y explicativo de los modos de proceder y los presupuestos de todo trabajo práctico con el derecho. Y es en esta dirección donde se puede buscar aún una aportación explicativa por parte de la tópica. Para ello no se ha de atender al punto final, es decir, la decisión, sino a los presupuestos de partida, a su apoyatura constante, que hace que las opciones decisorias se puedan plantear como tales en un contexto que les preste sentido y las haga capaces de aceptación y consenso. Por eso hay que puntualizar que nos estamos refiriendo ahora al consenso como «punto de partida» de la argumentación jurídica, para diferenciarlo del consenso sobre el «punto de llegada» u objetivo final de la argumentación y posible garantía de racionalidad de la decisión.

Nos referimos aquí a lo que, en palabras de Aarnio, es «el problema de las precondiciones últimas bajo las cuales nuestro conocimiento de la realidad (y de la sociedad) se constituye»[82].

---

[79] Véase ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt/M., Suhrkamp, 1978, p. 42.

[80] Hans Welzel llegó a emparentar la tópica con el schmittiano «pensarniento concreto de orden». Véase al respecto, críticamente, LÜDERSSEN, K.,*Dialektik, Topik und «konkretes Ordnungsdenken» in der Jurisprudenz*, en: *Festschrift für Richard Lange*, Berlín, de Gruyter, 1976, pp. 1.019 ss.

[81] Según MENGONI, «la tópica es un medio de control racional de la precomprensión, un instrumento para ponerla a prueba y obligarla a medirse con la «cosa» de que se trata, seleccionando, entre las hipótesis de solución pensables, aquellas objetivamente dotadas de sentido, es decir, abiertas a la crítica y a la corrección (*Diritto e valori*, Bolonia, Il Mulino, 1985, p. 41-42).

[82] AARNIO, A., *The Signifiance of the Theoretical Element in Legal Research*, en: AARNIO, *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, Helsinki, Societas Philosophica Fennica, 1983, p. 133.

Ya hemos visto cómo Viehweg afirma que para que pueda plantear se un problema se presupone una comprensión provisional, un contexto dado previamente a la comprensión. En Viehweg la teorización en torno a este marco de contenidos comunes y previos al razonamiento sobre el derecho se lleva a cabo en su teoría de la *Basisdoktrin* como sustrato ideológico homogeneizador y generador de la dogmática, y de esta misma como garante de postulados jurídicos tenidos por generalmente aceptados e indiscutibles para el funcionamiento del derecho. El trabajo jurídico no opera simplemente sobre la base de unos tópicos surgidos de la conciencia social por no se sabe qué camino incierto, sino que existe, a la raíz de lo que en cada sociedad conforma el campo jurídico, todo un cuerpo de postulados y opiniones incuestionables y no sometidas a discusión, dogmatizadas. Este fondo dogmático representa un límite a la admisibilidad de tópicos como argumentos. El juego de los tópicos tendrá lugar solamente dentro de esos márgenes de compatibilidad con los que son tenidos por dogmas básicos de la comunidad jurídica. Dentro de dichos márgenes, la tópica es origen de esos que luego podrán ascender a nuevos dogmas. La tópica sería fuente de la dogmática y estaría, al mismo tiempo, limitada por ella. Estos dogmas no son mero producto de la comunicación en el marco jurídico, sino que son enunciados de la ideología social de base y han de permanecer concordantes con ella[83].

También otros autores han teorizado ese consenso, como punto de partida de la argumentación, con expresa referencia a la tópica. Tal es el caso de Esser, para quien la formación del convencimiento supone la actuación dentro de ese espacio que denomina *Sachlogik*, «naturaleza de la cosa» o «evidencia». Se trata de reconducir todo juicio, con ayuda de valoraciones tópicamente argumentadas, a una plausibilidad enraizada en una especie de racionalidad social tenida por evidente, de retrotraer los argumentos a un nivel tal en que no se requiere ulterior argumentación, en cuanto que se alcanza un punto generalmente compartido. Añade Esser que «para ello son, por su propia naturaleza, especialmente aptos los argumentos tópicos, que tienden precisamente a ese efecto de coincidencia»[84].

Es necesario aclarar que cuando se habla de evidencia, de naturaleza de la cosa, etc., se pueden entender estas nociones cargadas de un componente ontológico, como alusivas a realidades constantes y dadas previamente y de una vez por todas, o, por el contrario, haciendo hincapié en su consideración como cristalizaciones históricas y cambiantes de lo que para el desenvolvimiento de cada sociedad es tomado por evidente

---

[83] Véase VIEHWEG, *Ideologie und Rechtsdogmatik*, en: MAIHOFER, W. (ed.), *Ideologie und Recht*, Frankfurt/M. Klostermann, 1969, pp. 86 ss; *Veber den Zusammenhang zwischen Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*, en: *Estudios jurídico-sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, vol. 1, Santiago de Compostela, 1960, pp. 207 ss.

[84] ESSER, J., *Vorverständnis und Methoden wahl der Rechtsfindung*, Frankfurt/M., Athenäum, 2.ª ed., 1972, p. 26-27.

y generalmente admitido[85]. Cuando se hace referencia a la posible conexión entre la tópica y estos presupuestos primeros de la argumentación se los entiende siempre en este segundo sentido, como postulados contingentes, socialmente dependientes, históricamente condicionados y cumpliendo una función de «estabilizadores», por usar la expresión de Schreiner[86]. Se dice que la tópica se apoya en un cierto consenso en torno a lo tenido por evidente, arranca de ciertos postulados situados en un punto tal que no se requiere para ellos en el seno social ulterior fundamentación argumentativa. Conectaría con unas «verdades comunes que no son racionalmente corregibles sin poner en peligro el consenso a ellas referido», ya que forman la «base de la conciencia general»[87].

Merece destacarse la integración que por esta vía realizan algunos autores entre tópica y doctrina de la «naturaleza de la cosa». Ballweg, por ejemplo, sostiene que con la noción de naturaleza de la cosa se alude al problema como centro de la labor jurídica y elemento prioritario a tomar en cuenta para toda decisión. Puesto que la solución de los problemas no la proporciona el sistema; sino la tópica, afirma que «la forma jurídica de pensamiento de la «naturaleza de la cosa» es una tal técnica tópica que busca la solución del problema»[88].

Pero es Baratta quien elabora un modelo más completo y significativo de la interacción entre esas dos vías metodológicas. Baratta pretende responder al problema central de la metodología jurídica mediante el tratamiento de la naturaleza de la cosa «como parte de una tópica jurídica», de manera que «se priva al principio de la naturaleza de la cosa de todo significado axiomático y se lo cualifica como una argumentación tópica de la retórica jurídica»[89].

Ese problema principal del método jurídico que se trata de resolver es el referente al «momento subjetivo de la valoración», al «fundamento objetivo de los juicios de valor jurídicos». La propuesta de Baratta consiste en afirmar, siguiendo a Vico, que «el principio constructivo de las estructuras objetivas del mundo humano se ha de buscar en la actividad

---

[85] Sobre estos modos de entender la noción de «evidencia» para el derecho, ACHTERNBERG, N., *Die Evidenz als Rechtsbegriff*, en: ACHTERNBERG, *Theorie und Dogmatik des Oeffentlichen Rechts*, Berlín, Duncker & Humblot, 1980, pp. 21-40; MAYER-MALY, Th., *Der Jurist und die Evidenz*, en: *Internationale Festschrift für Alfred Verdross*, Munich, Fink, 1971, p. 259-270.

[86] SCHREINER, H., Evidenz und Rechtsmethodologie, en: *Objektivierung des Rechtsdenkens. Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo*, Berlín, Duncker & Humblot, 1984, p. 548.

[87] HAGEN, J. J., *Soziologie und Jurisprudenz*, Munich, Fink, 1973, p. 119.

[88] BALLWEG, O., *Zu einer Lehre der Natur der Sache*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1963, p. 68.

[89] BARATTA, A., *Juristische Analogie und Natur der Sache*, en: *Mensch und Recht. Festschrift für Erik Wolf*, Frankfurt/M., Klostermann, 1972, p. 149.

del hombre y en su concreta historicidad»[90]. Por eso la teoría de la naturaleza de la cosa se concibe como «búsqueda del principio heurístico que aclare la naturaleza axiológica de las estructuras del mundo humano», principio que se encuentra en «la relación dialéctica del hombre con su mundo», en la «dinámica histórica concreta». No se trata de perseguir el fundamento axiológico de la acción humana en una dialéctica de la idea, sino «del operar humano como proceso de objetivación del hombre en el mundo»[91]. Esta dialéctica genera, como producto histórico de cada momento, una serie de «lugares comunes» en torno a los que se articula lo considerado plausible o razonable, y en lo que se puede sustentar la búsqueda de soluciones para cada concreto problema práctico[92].

No parece descaminado ver en la tópica el intento metódico de articular la solución racional de los casos mediante la confluencia de un doble principio metodológico: la atención preponderante al problema y la consideración, como punto de arranque de toda propuesta resolutoria aceptable, de un entramado de postulados, directivas o creencias considerados evidentes en la sociedad de que se trate. De ahí que quepa, por un lado, decir que tesis fundamental de la tópica es «la afirmación de un conocimiento supraindividual, que está condensado en esos tópicos, en ese sentido común que se forma con el tiempo en el seno de los grupos sociales»[93]; y, por otro, vincular la noción de tópica a la naturaleza de la cosa como topos jurídicos que se basa en la búsqueda de la máxima decisoria atendiendo a «la concreta individualidad del caso»[94].

Se ha afirmado que el recurso a lo evidente es inevitable, por mucho que pueda cuestionarse su racionalidad[95]. Para contrarrestar los peligros de dogmatismo y arbitrariedad que ese apoyo metodológico pueda acarrear, se ha aludido en la doctrina a la necesidad de restringirlo lo más posible[96], de ampliar al máximo el círculo de aquéllos cuya perspectiva se toma en cuenta[97], de garantizar en todo momento la discutibilidad

---

[90] *Ibíd*., p. 155, 156.

[91] *Ibíd*., p. 158.

[92] Cfr. BARATTA, A., *Die Theorie der Natur der Sache im Licht der «Neuen Rhetorik»* en: BARATTA, *Philosophie und Strafrecht*, Köln, C. Heymann, 1985, p. 159 ss.

[93] LÓPEZ CALERA, N., *Filosofía del Derecho*, Granada, Comares, 1985, p. 183.

[94] BARATTA, A., *Natur der Sache und Naturrecht*, en: KAUFMANN, A. (ed.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, Darmstadt, *Wissenschaftliche Buchegesellgeschaft*, 1965, p. 116.

[95] MAYER-MALY, Th., *Der Jurist und die Evidenz*, cit., p. 270.

[96] MAYER-MALY, Th., *Rechtwissenchaft*, Munich, Schweitzer, 2.ª ed., 1981, p.57.

[97] ACHTERNBERG, N., *Die Evidenz als Rechtsbegriff*, cit., p. 39.

de la opinión común[98], y de considerar toda evidencia de este tipo como mediata y provisional, históricamente condicionada[99].

En última instancia, este enfoque nos conduce a las mismas dificultades de toda fundamentación consensual de la racionalidad. Sentado que no se parte del acceso individual a una objetividad material y libre de duda, sino del establecimiento social de un «sentido común» con relevancia pragmática y valor de punto de inicio de la cadena argumentativa tendente a fundamentar opciones valorativas, el problema principal se liga con la extensión y la calidad del consenso de base. De ahí que se coloque el criterio último en la «vivencia efectiva de lo correcto por parte de los miembros de la respectiva comunidad jurídica»[100] y se mencione el consenso en el sentido de «único indicio verificable de la corrección social de ese orden normativo difuso en el cuerpo social»[101].

La tópica es compatible e, incluso, necesita ser complementada con una teorización más precisa de la forma de articulación argumentativa de esos datos previos o puntos de apoyo del discurso. Existiría una tensión entre lo considerado evidente y la necesidad de decidir allí donde lo correcto no se impone en la dinámica social por sí mismo, sino que se enfrentan posiciones contrapuestas con base común en argumentos aceptables. En ese caso, no bastará una doctrina que constate la existencia de evidencias, opiniones generalmente admitidas o tópicos, ni que describa la mecánica de su interrelación en el discurso. Si se quiere responder a la demanda de racionalidad que preside el tratamiento del método jurídico, se ha de correlacionar todo esto con el trasfondo de una fundamentación argumentativa de las opciones decisorias. En este contexto, lo tenido por evidente o generalmente aceptado no se verá con caracteres absolutos, sino como cambiante y dependiente de la dinámica social. Será la índole de su utilización en una argumentación fundamentadora lo que puede servir como un cierto patrón para restar la impresión de anquilosamiento de esos elementos y de arbitrariedad en la elección de entre ellos, mostrando que «lo evidente» no proporciona una utilidad para un método decisorio racional si no es en el seno de su «comprensión argumentativa»[102].

Es esta una línea que con frecuencia se insinúa en los escritos de la tópica jurídica, pero que casi nunca se desarrolla sistemáticamente y en profundidad.

---

[98] HORN, N., *Rationalität und Autorität in der juristischen Argumentation*, «Rechtstheorie», 6/1975, p. 157 ss.

[99] SCHREINER, H., *Evidenz und Rechtsmethodologie*, cit., p. 553-555.

[100] GARRN, H., *Die «Natur der Sache» als Grundlage der juristischen Argumentation*, «ARSP», 68/1982, p. 68.

[101] ESSER, J., *Vorverständnis und Methoden wahl in der Rechtsfindung*, cit., p. 27-28.

[102] Cfr. GARRN, H., *Zur Rationalität rechtlicher Entscheidungen*, Stuttgart, F. Steiner, 1986, p. 32-33.

PARA UNA RAZONABLE DEFINICIÓN DE «RAZONABLE» *

1. 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. La idea de lo razonable en el Derecho aparece a veces como una noción de carácter general, aplicable a cualquier argumentación jurídica, pero a veces también como una noción específica, como un concepto que cobra importancia en cierto tipo de argumentaciones. Un ejemplo de este último uso lo proporciona el art. 14 de la Constitución española («los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»), en cuanto que el mismo plantea un problema de interpretación (sobre qué haya que entender por «igualdad» y por «discriminación») que el Tribunal constitucional (siguiendo, por otro lado, la pauta establecida por el Tribunal europeo de derechos humanos, la Corte suprema estadounidense o el Tribunal constitucional alemán) trata de resolver apelando al concepto de «razonabilidad»: la doctrina, reiterada en numerosos fallos, del tribunal español es que existe discriminación cuando se produce una distinción de trato que carece de una «justificación objetiva y razonable» [cfr., por ejemplo, E. Alonso García, 1983]. Por lo demás, este mismo concepto de razonabilidad o de razonable (en cuanto concepto específico) es designado muchas veces con otras expresiones como «buen padre de familia», «diligencia debida», «trato equitativo», etc. Generalizando más, podría decirse que la noción de razonabilidad es un componente común de lo que suele llamarse «conceptos jurídicos indeterminados»; estos conceptos vendrían a ser el resultado de la aplicación, a campos distintos, de un mismo concepto básico, el de razonabilidad. La afirmación de que lo razonable en el Derecho es una noción de contenido variable [Perelman, 1984] o un valor función [MacCormick, 1984] debe entenderse, pues, tanto en un

* Este trabajo constituye una primera aproximación a un tema del que espero poder ocuparme con intensidad en los próximos meses. Soy plenamente consciente de sus muchas insuficiencias y lo publico con la intención de recibir críticas y sugerencias de cara a su desarrollo. Agradezco ya desde ahora las observaciones que me han formulado Jesús Ezquerro, Isabel Espejo y Ernesto Garzón Valdés y que sin duda han contribuido a que mi aproximación al tema de lo razonable en el Derecho sea más «razonable» de lo que de otra manera hubiera sido.

sentido histórico o social (lo que haya que considerar como razonable depende de circunstancias temporales y espaciales) como en un sentido lógico (qué haya que entender por razonable en cada caso depende -está en función- del campo a que se aplique la noción).

La importancia práctica del concepto de razonabilidad explica que el mismo ocupe un lugar central en diversas teorías de la argumentación jurídica. Como ejemplos pueden citarse las obras de Luis Recaséns Siches, Chaim Perelman, Neil MacCormick o Aulis Aarnio. Recaséns Siches, por ejemplo, planteó ya desde los años 50 [cfr. Recaséns Siches, 1956 y 1971] la insuficiencia o inadecuación de la lógica tradicional, de la lógica físico-matemática o de lo «racional» para tratar con problemas prácticos como el de la interpretación del Derecho. En su opinión, «la lógica formal (...) no agota ni remotamente la totalidad del logos, de la Razón, sino que es tan sólo una provincia o un sector (...). Aparte de la lógica de lo *racional*, aparte de la lógica formal de la inferencia, hay otras regiones que pertenecen igualmente al logos, pero que son de índole muy diversa de aquella lógica de lo racional en sentido estricto. Entre esas otras zonas o regiones (...), figura el ámbito del logos de los problemas humanos de conducta práctica, al que yo he llamado *logos de lo razonable*». [Recaséns Siches, 1971, p. 519]. El hecho de que en los problemas jurídicos, en particular, en los problemas de interpretación, no pueda utilizarse la lógica formal no implicaría, pues, «una fuga de la lógica» [Ibídem, p. 522], sino la utilización de una lógica distinta: la lógica de lo humano o de lo razonable, que es una lógica material, una lógica de los contenidos. Me parece, sin embargo, que el concepto de lo «razonable» (o del «logos de lo razonable») no llega a tener, en la obra de Recaséns Siches, un grado elevado de elaboración teórica. La caracterización que ofrece del mismo gira en torno a una serie de afirmaciones de carácter sumamente vago, como las siguientes: el *logos de lo razonable* «está *limitado*, está *condicionado* y está *influido* por la realidad concreta del mundo en que opera»; «está *impregnado de valoraciones*»; «tales valoraciones son *concretas*»; «las valoraciones constituyen la base o apoyo para la formulación de *propósitos*»; «la formulación de propósitos o establecimiento de finalidades no sólo se apoya sobre valoraciones sino que además está condicionado por las *posibilidades* que depare la realidad humana social concreta»; «el logos de lo humano está regido por razones de *congruencia* o *adecuación*» entre «la realidad social y los valores», entre «los valores y los fines», etc.; y «está orientado por las enseñanzas sacadas de la experiencia vital e histórica, esto es, individual y social» [Ibídem, pp. 525-6].

En la teoría de la argumentación o nueva retórica de Perelman, la noción de razonable (contrapuesta también aquí a la de racional) juega igualmente un papel central. Lo irrazonable representa para Perelman el límite negativo de cualquier argumentación jurídica y, en general, de cualquier argumentación práctica. Se trata de una noción variable histórica y socialmente y que además remite a una pluralidad de soluciones posibles; dicho de otra manera, una decisión jurídica no puede (no debe) nunca ser irrazonable, pero dos o más decisiones jurídicas pueden

ser, todas ellas, razonables. Ahora bien, el que se trate de una noción variable no implica que sea también una noción confusa. No lo sería porque, para Perelman, lo razonable tiene un límite que viene marcado por el auditorio; esta última noción, como es sabido, es central en su concepción de la argumentación [cfr., sobre todo, Perelman-Olbrecht Tyteca, 1970]. «Es irrazonable -afirma Perelman- lo que es inadmisible en una comunidad en un momento dado» [Perelman, 1984, p. 15]. «Mientras que, en el Derecho, las ideas de razón y de racionalidad han estado unidas, por una parte, a un modelo divino y, por otra parte, a la lógica y a la técnica eficaz, las de razonable y su opuesta, lo irrazonable, están ligadas a las reacciones del medio social y a su evolución. Mientras que las nociones de «razón» y de «racionalidad» se vinculan a criterios bien conocidos de la tradición filosófica, como las ideas de verdad, de coherencia y de eficacia, lo razonable y lo irrazonable están ligados a un margen de apreciación admisible y a lo que, excediendo de los límites permitidos, parece socialmente inaceptable» [Ibídem, p. 19]. Como lo ha indicado Aarnio [cfr. Aarnio, 1987, 1, p. 222], el concepto de auditorio (de acuerdo del auditorio) que marca el límite de lo aceptable o de lo razonable, adolece, en la obra de Perelman, de una cierta ambigüedad pues, por un lado, se configura como un acuerdo o un consenso ideal y, por otro lado, parece estar ligado a hechos contingentes de carácter social y cultural. Otra dificultad del concepto me parece que estriba en su escasa potencialidad crítica, desde el momento en que Perelman presupone que, ante un mismo caso, pueden tomarse diversas decisiones que (si respetan ciertos límites, que parecen configurarse de manera bastante clara) habría que considerar como aceptables y, por tanto, como igualmente justificables.

En los apartados que siguen de este trabajo me propongo presentar (de manera provisional y esquemática) un análisis del concepto de razonable que se inspira, sobre todo, en trabajos de MacCormick [1984] y de Aarnio [1987,1 y 1987,2]. Entre ambos autores hay un acuerdo de fondo en cuanto a qué haya de entenderse por razonable, pero me parece que cabría afirmar que mientras que MacCormick enfatiza la necesidad de buscar un equilibrio entre exigencias contrapuestas, Aarnio se centra sobre todo en la necesidad de que la decisión logre aceptabilidad o consenso. De todas formas, ambas exigencias están ligadas entre sí, hasta el punto de que mostrar de qué manera lo están constituye, en mi opinión, uno de los puntos centrales que debe resolver un concepto adecuado de lo razonable. El otro punto consiste en elaborar una noción que pueda verse como una reconstrucción de lo razonable tal y como se utiliza en la práctica de la argumentación jurídica pero que, al mismo tiempo, tenga una cierta potencialidad crítica, esto es, pueda utilizarse como un criterio, o un esquema de criterio, que ayude a justificar por qué una determinada interpretación o decisión es preferible (está más justificada) que otra.

2. Para entender qué pueda significar en contextos jurídicos una frase como «X es razonable» hay que empezar por mostrar cuáles son los posibles sujetos de la misma, es decir, de qué entidades puede predicarse

el carácter de razonable. En principio parecen existir tres posibilidades, en cuanto que X podría representar: 1) un enunciado jurídico, como una norma, un principio, una definición... o alguna combinación de enunciados de estos tipos; 2) un agente jurídico (un individuo o un grupo), como un legislador, un juez, un tribunal, un funcionario, un abogado, un jurista teórico, etc.; 3) un acto consistente en establecer, interpretar o aplicar enunciados jurídicos. Aquí me ocuparé de los actos consistentes en interpretar y aplicar enunciados jurídicos a casos, a los que denominaré decisiones jurídicas, pues el resultado de dicha actividad consiste en proponer o establecer decisiones. Tales decisiones adoptan, por otro lado, la forma de enunciados lingüísticos, lo que permite distinguir dos tipos de enunciados jurídicos (o, quizás mejor, dos funciones distintas de los enunciados jurídicos): 1) los que se utilizan para decidir casos, y 2) los que son el resultado de la decisión de casos. La definición de «decisión jurídica razonable» que propondré en el próximo apartado puede entenderse que lo es también de este segundo tipo de enunciados jurídicos, pero no de los del primer tipo; es decir, excluyo del campo de la definición las decisiones que consisten en establecer enunciados jurídicos con el propósito de que sean utilizados en el futuro para decidir casos (o, si se quiere precisar más, se excluyen en la medida en que puedan cumplir esta función, pues es posible que un mismo enunciado o conjunto de enunciados jurídicos -por ejemplo, una sentencia- cumplan ambas funciones). Obviamente, las decisiones jurídicas (razonables o irrazonables) son adoptadas por agentes jurídicos, pero esto no quiere decir tampoco que esta última noción pueda reducirse a la primera. O, para ser más exactos, si por «agente jurídico» se entiende el órgano que ha adoptado una determinada decisión, entonces sí que cabría decir que un agente jurídico es razonable si y en la medida en que adopta decisiones jurídicas razonables. Pero por «agente jurídico» cabría también entender el conjunto o la comunidad de individuos o instituciones que adoptan (real o hipotéticamente) decisiones jurídicas, en cuyo caso, la noción de «agente jurídico razonable» (o, quizás mejor, agente racional) no podría derivarse de la de «decisión jurídica razonable», sino que más bien esta segunda presupone la primera.

Otra puntualización a establecer es que se puede hablar de «decisiones jurídicas razonables» en dos sentidos distintos. En un sentido estricto, la razonabilidad puede predicarse únicamente de cierto tipo de decisiones jurídicas: las que no podrían (no deberían) adoptarse siguiendo criterios estrictamente racionales; cuáles sean esos criterios se indicará en el apartado 3. 1. En un sentido amplio, puede decirse que todas las decisiones jurídicas deben ser razonables. Es decir, la razonabilidad operaría como un límite o criterio general que afectaría tanto a las decisiones propiamente razonables como a las estrictamente racionales. Podríamos entonces clasifiicar las decisiones jurídicas en tres grupos: 1) las razonables pero no estrictamente racionales; 2) las razonables y estrictamente racionales; 3) las no razonables (sean o no estrictamente racionales). Las que aquí interesa considerar básicamente son las del primer grupo, esto es, las decisiones jurídicas razonables en sentido estricto, pero, naturalmente, ello implica tomar en consideración también a las del tercer

grupo, en cuanto que difícilmente podría aclararse la noción de razonable con independencia de la de irrazonable.

Empleo, en fin, la expresión «estrictamente racional» en lugar de «racional» (a secas), para evitar contraponer lo razonable a lo racional, lo que obligaría a su vez a considerar a lo razonable como no racional o como irracional. La idea de que parto es que lo razonable también es racional (tomada esta expresión en un sentido amplio), aunque lo racional pueda no ser razonable: todo lo razonable es racional, pero no todo lo racional es razonable.

3.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 por la comunidad. Trataré a continuación de aclarar el sentido de los tres requisitos.

3. 1. La noción de inaceptabilidad que aparece en el primer requisito es relativa a la de consenso o acuerdo de la comunidad; de ello me ocuparé con algún detalle en el punto 3.3. Por el momento, me parece interesante señalar ya que mientras que lo razonable apunta a un resultado (que es lo que debe resultar aceptable), la racionalidad estricta es más bien una cuestión procedimental; de ahí que la adopción de decisiones jurídicas siguiendo criterios de estricta racionalidad pueda, en ocasiones, producir resultados inaceptables. Cabría distinguir, quizás, dos tipos distintos de decisiones inaceptables. El primero se define por la existencia de una contradicción entre los resultados que produciría la adopción de la decisión y los objetivos o metas que pretende perseguir el propio sistema jurídico. La adopción en tal caso de una decisión estrictamente racional significaría comportarse de una manera puramente ritualista. En el segundo tipo de decisiones inaceptables, la contradicción se produce entre los resultados de la decisión y valores o fines sociales no contemplados en el sistema jurídico o, directamente, contradictorios con los que incorpora el sistema jurídico. Es obvio que determinar cuándo una decisión lleva a resultados inaceptables plantea más problemas en este segundo caso que en el primero.

Una decisión jurídica es estrictamente racional si y sólo si: 1) Respeta las reglas de la lógica deductiva (lo que Aarnio [1987, 1 y 1987, 2] llama «Racionalidad L»). Por «lógica deductiva» hay que entender aquí la lógica clásica de predicados de primer orden. Esta lógica contiene reglas que tienen poco que ver con las formas naturales de razonar, pero ello no pone en peligro el requisito en cuestión que enuncia sólo una condición necesaria pero no suficiente: para tomar una decisión estrictamente racional hay que no incumplir una regla de la lógica, pero se pueden cumplir todas las reglas de la lógica y tomar decisiones no estrictamente racionales y, desde luego, no razonables. 2) Respeta los principios de la racionalidad práctica (lo que Aarnio [1987, 1 y 1987, 2], inspirándose esencialmente en Alexy [cfr. Alexy, 1978], llama «Racionalidad D»), a saber, los principios de: consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad; 3) Se adopta sin eludir la utilización de alguna

fuente del Derecho de carácter vinculante. 4) No se adopta sobre la base de criterios éticos, políticos, etc., no previstos específicamente (aunque pudieran estarlo genéricamente) por el ordenamiento jurídico.

Una consecuencia de este requisito de la definición es que la razonabilidad no se plantea en relación con casos claros o rutinarios, sino a propósito tan sólo de los denominados «casos difíciles» *(hard cases)*. En principio podría entenderse que un caso es difícil si, aplicando criterios de racionalidad estricta, resultaría que: a) el caso no tiene solución; b) tiene una solución que resultaría inaceptable; c) tiene más de una solución (incompatibles entre sí). El supuesto a) surge por la imposibilidad de respetar el requisito 4) de la definición de «decisiones jurídicas estrictamente racionales», debido a que se trata realmente de un caso no previsto, o bien de un caso previsto en normas o principios que establecen criterios o pautas de carácter muy general. En el supuesto b), lo que no se puede cumplir es el requisito 3) (para evitar un resultado inaceptable), lo que lleva de nuevo a incumplir 4) (para llegar así a una solución aceptable, razonable). Otro tanto ocurre en el supuesto c), en la medida en que aquí hay que optar por la solución más razonable de las posibles, o bien hay que elaborar una decisión razonable si se entiende que no lo es ninguna de las posibles (utilizando criterios de racionalidad estricta). De esto no se sigue, sin embargo, que las decisiones jurídicas razonables y las estrictamente racionales tengan en común el requisito 1) y 2). Para decirlo con más exactitud, comparten necesariamente el requisito 1), pero pudieran no compartir el 2), en la medida en que el no cumplimiento de 3) implica necesariamente el no cumplimiento de 4) y puede significar también el incumplimiento de alguno de los elementos de 2).

Esto último es, en efecto, lo que parece ocurrir en supuestos en que se toma una decisión sobre la base de una ficción, en forma que no solamente se deja de aplicar una fuente de Derecho de carácter obligatorio, sino que se infringe también, cuando menos, uno de los principios de la racionalidad práctica: el de sinceridad. Como ejemplo puede citarse el caso en que un juez, un tribunal o un jurado considera que el valor de lo robado no superó una cierta cantidad (cuando sabe que no es así y que al afirmarlo está vulnerando las reglas procesales de apreciación de la prueba) para evitar imponer una pena que estima desproporcionadamente dura.

Una decisión jurídica que infringiera las reglas de la lógica deductiva no sería, sin embargo, ni estrictamente racional ni tampoco razonable. Ya se ha dicho que la lógica de predicados de primer orden contiene reglas que se apartan de la forma natural de razonar y cuya utilización, por tanto, podría quizás considerarse como poco «razonable». Pero una decisión razonable puede siempre adoptarse (o, más exactamente, justificarse), sin necesidad de vulnerar ninguna regla de la lógica deductiva aunque, ciertamente, el proceso como tal no consista únicamente (ni quizás esencialmente) en aplicar reglas lógicas, sino más bien en construir premisas utilizando principios interpretativos. Es obvio, por ejemplo, que en el supuesto de ficción que se acaba de señalar la decisión puede tomarse (justificarse) respetando las reglas de la lógica. El esquema lógico

podría ser el siguiente: las sustracciones de objetos cuyo valor no exceda de la cantidad X deben ser castigadas con la pena Y; A sustrajo objetos cuyo valor no excede de X (el que esta premisa sea falsa, obviamente no afecta a la validez de la deducción lógica); por tanto, A debe ser castigado con la pena Y.

3. 2. En el apartado anterior distinguí tres supuestos en que podían plantearse casos difíciles, esto es, en que los criterios de racionalidad estricta no permitían llegar a una decisión aceptable. En todos estos casos puede hablarse de una contraposición entre valores o principios que deben sopesarse hasta llegar a un equilibrio; dicho equilibrio, naturalmente, no se encuentra siempre (quizás nunca) en el «término medio», puesto que los valores o principios pueden no tener el mismo «peso», de manera que el equilibrio se encontraría entonces en un punto más próximo a un extremo que a otro. O, si se quiere decirlo de otra manera, el término medio está en función de los extremos, pero estos no están ya formados mediante la simple referencia a tales valores o principios, sino que tiene que construirse, en cada caso, a partir de estos materiales. Ocurre a veces que de esta operación resulta una decisión que no es puesta en cuestión por nadie. Tales casos serían ejemplos de decisiones razonables en sentido estricto tal y como se definieron en el apartado 2. (son decisiones razonables, pero no estrictamente racionales), pero en realidad no nos encontramos aquí con casos difíciles en sentido genuino, pues en el fondo lo que hay siempre es un caso con una única decisión aceptable, puesto que es aceptada sin discusión. Los supuestos complicados son aquellos que dan lugar a formas diferentes de encontrar dicho equilibrio, esto es, a soluciones contrapuestas. En tales casos, el concepto de «solución aceptable» se vuelve problemático, pero interesante. Pondré un ejemplo de ello.

En una sentencia reciente [de 27 de octubre de 1987], el Tribunal Constitucional español tuvo que resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra la ley (en realidad dos leyes, una ordinaria y otra orgánica) de objeción de conciencia de 1984 [48/1984, de 26 de diciembre]. Uno de los problemas que aquí se planteaba era el de si debía considerarse o no inconstitucional (por atentar básicamente contra el principio de igualdad del art. 14) el art. 8 ap. 3 de dicha ley que fijaba para el servicio sustitutorio a realizar por los objetores una duración de entre 18 a 24 meses (que debería fijar el Gobierno mediante Real Decreto), mientras que la del servicio militar era de 12 meses. La opinión mayoritaria del tribunal fue la de considerar que la ley no daba lugar a un trato discriminatorio (esto es, que la distinción en cuestión era «razonable y objetiva»), porque los dos supuestos -servicio militar y prestación civil sustitutoria- «no son similares ni cabe equiparar la «penosidad» de uno y otro» (f. j. 5, c). En la argumentación del tribunal jugó un papel importante la tesis de que la objeción de conciencia es un «derecho constitucional autónomo, pero no fundamental» (f. j. 3); el derecho de objeción de conciencia del art. 30, ap. 2 de la Constitución «no es un derecho incondicionado», sino «la exención de un deber general (el servicio militar» (f. j. 5).

De los tres magistrados que se apartaron del criterio mayoritario (formado en este punto por los nueve magistrados restantes), uno de ellos justificó su voto por entender que «no puede entrar en el ámbito de lo razonable -con toda su relatividad- fijar una duración superior en un 100%, es decir, el doble, para la prestación sustitutoria en relación con la del servicio militar» [voto particular formulado por C. de la Vega, ap. 3]; en su argumentación, el magistrado sostuvo la tesis de que «el derecho a la objeción de conciencia es un derecho constitucionalmente reconocido (...) que participa de la naturaleza de derecho fundamental, *per se*, es decir, con categoría autónoma, relacionado con el derecho de libertad ideológica» (ap. 1); el servicio sustitutorio y el de armas serían, según esto, «supuestos diferentes en la materialidad de su contenido, pero análogos en cuanto ambos son, en su especie, una manifestación del *deber general* de servir a España» (ap. 3).

Frente a la cuestión de cuál de las dos soluciones es la razonable (o la «más razonable») cabría responder quizás (utilizando la noción de equilibrio sobre la que gira este segundo requisito de la definición de lo razonable) que lo es la segunda en cuanto que, a diferencia de la primera, busca un punto de equilibrio (que no encuentra en la ley) entre las exigencias del derecho de objeción de conciencia, el deber general de servir a España y el principio de igualdad. Pero esta afirmación no es realmente inobjetable. Si se lee detenidamente la sentencia puede llegarse a la conclusión de que en el criterio mayoritario del tribunal existe también la pretensión de equilibrar esas tres exigencias. Sólo que, como se parte de una interpretación distinta (a la del magistrado discrepante), por un lado, de la relación entre el deber general de defender a España y el derecho de objeción de conciencia y, por otro lado, de la relación de mayor o menor penosidad existente entre la prestación social sustitutoria y el servicio militar, el equilibrio se sitúa aquí en un punto distinto, y de ahí que se entienda que la ley en cuestión no lo rompe.

Naturalmente, si las cosas se dejaran en este punto, el concepto de razonable no serviría para mucho. O, mejor dicho, serviría para demasiado, pues apelando al mismo sería difícil encontrar alguna decisión que no pudiera justificarse. Hay, pues, que seguir planteando el problema de cuál de las dos soluciones (para seguir con el ejemplo anterior) es la razonable, o la más razonable; o, si se quiere, cuál de las dos soluciones logra mejor un equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que no pueden jerarquizarse entre sí de manera que unas excluyan completamente a las otras. Este es, básicamente, el problema para el que debería suministrarnos criterios de solución el tercer requisito de la definición.

3.3. De acuerdo con este tercer requisito habría que decir que, de las dos soluciones en presencia, la más razonable, la que mejor logra un equilibrio, es la que pueda verse como aceptable por la comunidad o, si ambas pudieran serlo en principio, la que suscite un mayor consenso. Ahora bien, de consenso puede hablarse, al menos [cfr. O. Weinberger, 1981], en dos sentidos: como consenso fáctico y como consenso ficticio o ideal. Exploremos ambas posibilidades.

La exigencia de que para que una decisión jurídica pueda ser razonable deba ser aceptada de hecho por una comunidad es una exigencia

que está llena de sentido. Como tantas veces se ha dicho, la gran ventaja que presentan las decisiones que hemos llamado estrictamente racionales es que, dentro de ciertos límites, resultan previsibles. Lo que asegura dicha previsibilidad es el hecho de que se adoptan siguiendo ciertas reglas procedimentales (los criterios 1) a 4) de la definición de «decisión jurídica estrictamente racional»). Ahora bien, puesto que dichos requisitos no se respetan (es decir, no se respetan íntegramente) en las decisiones razonables, habría que encontrar aquí algún elemento que permitiera, por así decirlo, compensar esta carencia. Y dicho elemento bien pudiera serlo la existencia de un consenso fáctico, es decir, el hecho de que la decisión resulta aceptada por la comunidad. Naturalmente, la aceptación de hecho juega también un papel importante en relación con las decisiones estrictamente racionales, pero cabría decir que su función es, en este caso, negativa: si no se produce aceptación (o un mínimo de aceptación) ello significaría que no se debió adoptar una decisión estrictamente racional.

No parece, sin embargo, que el consenso fáctico pueda considerarse ni como el último ni como el único criterio para elegir entre dos o más decisiones que, en principio, pretendan ser razonables, aunque quizás sí que pudiera pensarse que la no aceptación de hecho (unido a la imposibilidad de dictar una decisión con criterios de estricta racionalidad que resulte aceptable) es una condición suficiente para justificar la adopción de una decisión razonable, en lugar de una estrictamente racional.

Una primera dificultad que plantea el consenso fáctico es que tendría que servir, precisamente, como criterio para resolver casos difíciles, es decir, casos respecto de los cuales no hay un acuerdo claro: una parte de la comunidad, el grupo A, respalda la decisión X, mientras que otra parte, el grupo B, hace lo mismo con Y. La cuestión podría resolverse, naturalmente, utilizando la regla de la mayoría, pero es posible que nos tropezáramos entonces con otro problema, el de qué haya que entender por *comunidad*. De hecho, en el Derecho operan diversas comunidades o auditorios: el tribunal que tomó la decisión, el conjunto de los tribunales de un país, la doctrina jurídica, los afectados por la decisión, el conjunto de la sociedad, etc. Y no es además nada infrecuente que en los diversos auditorios se produzcan acuerdos mayoritarios, pero de significación contrapuesta; por ejemplo, el criterio más seguido en la práctica es muchas veces mayoritaria o incluso unánimemente rechazado por la doctrina.

De todas formas, la dificultad fundamental del consenso fáctico no radica en esto, sino en el hecho de que en la construcción de los acuerdos juegan siempre un papel los prejuicios sociales, el nivel de información del auditorio, la distinta habilidad argumentativa de quienes sostienen una y otra opinión y, en general, una serie de circunstancias, de factores «espúreos», que hacen que no pueda identificarse sin más «opinión mayoritaria» y «opinión razonable». ¿Debemos excluir a priori la posibilidad de que en ocasiones la opinión razonable -o la más razonable- sea precisamente la opinión de hecho minoritaria?

Si en lugar de a un consenso de tipo fáctico apelamos a uno de tipo ideal o «racional» podemos solucionar quizás estos problemas aunque,

desde luego, nos vamos a tropezar con algunos otros. Uno es la dificultad de poder utilizar operativamente esta noción, habida cuenta de que la prueba de la razonabilidad (o de la mayor razonabilidad) de una decisión radicaría en un juicio simplemente hipotético: si se cumplieran ciertas condiciones, se produciría acuerdo en torno a una determinada decisión, pero el problema es que quien debe emitir ese juicio hipotético son seres reales, por ejemplo, A y B, y es posible que A pretenda que el acuerdo se produciría en torno a X, y B que en torno a Y. Otra dificultad consiste en la determinación de cuáles sean esas condiciones ideales.

La primera dificultad me parece insalvable, aunque quizás tenga un carácter menos grave de lo que parece a primera vista. Al fin y al cabo, el consenso fáctico también tendría que operar muchas veces hipotéticamente y, después de todo, el razonamiento jurídico es siempre, en un aspecto importante, hipotético en la medida, precisamente, en que es consecuencialista: una manera frecuente de argumentar en Derecho (tan frecuente que se ha podido decir que todo el razonamiento jurídico es en esencia consecuencialista [cfr. N. MacCormick, 1978]) consiste en preferir la solución X a Y, porque X *produciría* mejores resultados.

Para resolver el segundo problema podría recurrirse a una extensa tradición filosófica que se remonta por lo menos a Hume y a las teorías del espectador imparcial [cfr. J. Muguerza, 1977]. No entraré en ella aquí, sino que me limitaré a suponer que quienes cumplen dichas condiciones ideales serían agentes racionales, suficientemente informados, imparciales y libres, y que estas nociones son suficientemente claras. A partir de aquí puede plantearse el problema de cómo harían tales agentes para ponerse de acuerdo a la hora de establecer principios de justicia de carácter abstracto, y sobre cuáles serían estos. Pero lo que aquí interesa no es exactamente esto, sino contestar más bien a preguntas del tipo: ¿qué pasaría si se situara a dichos agentes frente a un problema concreto como el que suscita la ley de objeción de conciencia?, ¿cómo y en qué punto se alcanzaría el acuerdo?

Yo no creo que una cuestión de este tipo pueda resolverse sencillamente «aplicando» al caso los principios abstractos de justicia que pudieran formularse mediante un consenso ideal y creo, además, que, en general, no es preciso remontarse a esos principios para evaluar decisiones jurídicas (como razonables o irrazonables). A mí me parece que la estrategia a seguir debería consistir en proceder no «de arriba abajo», sino «de abajo arriba» y que pocas veces haría falta llegar muy arriba. Volvamos de nuevo al ejemplo de la ley de objeción de conciencia.

Como hemos visto, la decisión de que la ley es constitucional (D_1) descansaba en el presupuesto de que el derecho de objeción de conciencia es un derecho autónomo pero no fundamental (P_1), mientras que la decisión contraria (D_2) tenía como presupuesto la consideración del derecho de objeción de conciencia como derecho fundamental (P_2). A partir de aquí, me parece que podría decirse (supuesto -y así me parece de hecho- que ninguna de las dos partes comete en este tramo un «error de argumentación») que si se aceptara P_1 el acuerdo (entre seres racionales, etc.) se produciría en relación con D_1, pero si se aceptara P^2, el acuerdo recaería sobre D_2. Con ello naturalmente, lo único que se ha hecho

es desplazar el problema un paso más atrás. ¿Pero cómo decidir ahora entre P_1 y P_2? Tendríamos que volver a la sentencia para ver cómo se fundamentan, respectivamente, P^1 y P_2. Si así lo hiciéramos, nos encontraríamos con que tanto el criterio mayoritario del tribunal (D_1) como el del magistrado discrepante (D_2) tienen en cuenta, a la hora de argumentar, respectivamente, en favor de P_1 y de P_2, una sentencia anterior del propio Tribunal constitucional [15/1982, de 23 de abril]. Cada parte la interpreta de manera distinta, pero el dato relevante aquí es que ambas partes aceptan dicha sentencia, es decir, pretenden seguir (o no apartarse) del criterio sentado allí. Supongamos además que no hay ningún otro argumento en favor de P_1 o de P_2 (o de D_1 o D_2). La cuestión podría plantearse ahora de manera más concreta: Si se acepta el criterio de aquella sentencia (S) y se mantienen las condiciones ideales antes indicadas, ¿cuál de las dos interpretaciones, que llevan respectivamente a P_1 y P_2, gozaría de un mayor consenso?

Aunque a los efectos de la argumentación no sea importante la respuesta, sino la manera de plantear el problema, yo diría que el acuerdo se produciría en torno a P_2. Entre el criterio establecido en la sentencia de 1982 (y recogido en la argumentación del magistrado discrepante), según el cual, la libertad de conciencia constituye una «concreción de la libertad ideológica que nuestra Constitución reconoce en el art. 16» (ap. 1) (el carácter *fundamental* de este último derecho no ofrece dudas) y P_2 (la tesis de que la objeción de conciencia es un derecho fundamental) hay una fuerte y clara conexión, aunque no se trate de una relación de deducibilidad en sentido estricto. Por el contrario, la argumentación de la mayoría del tribunal de que «tampoco de esta sentencia [la de 1982] se infiere que se entendiera que el derecho cuestionado tuviera rango fundamental. Lo que en dicha Sentencia se hizo fue declarar la naturaleza constitucional del derecho a la objeción de conciencia» (f. j. 3), tiene toda la apariencia de un subterfugio que, por otro lado, obliga al tribunal a crear la «extraña» categoría, puesto que sólo albergaría a un miembro, de los «derechos autónomos no fundamentales» [cfr. Capella, 1987] recogida en P_1. Si esto es así, habría que decir que la decisión D_1 no logra un equilibrio entre las diversas exigencias que se plantean en el caso, sino que sacrifica injustificadamente las derivadas del derecho de objeción de conciencia. D_2, es decir declarar en este punto la inconstitucionalidad de la ley, hubiese sido la decisión más razonable.

En resumen, me parece que la estrategia a seguir para hacer operativo el criterio del consenso ideal o ficticio en relación con las decisiones jurídicas razonables tendría que ser la de buscar puntos de acuerdo entre las diversas argumentaciones que tratan de fundamentar decisiones aceptables. Las dificultades aumentarían en la medida en que el acuerdo se produjera sólo en relación con principios o valores de carácter muy abstracto, pero me parece que, afortunadamente, en las cuestiones jurídicas -incluso en aquellas que afectan a las normas jurídicas situadas más arriba en la pirámide normativa- no suele ser este el caso; quien interpreta y aplica el Derecho está siempre vinculado (se siente vinculado) por principios y normas que quizás no despierten su entusiasmo, pero que

tampoco está dispuesto a poner en cuestión. El control de razonabilidad de las decisiones jurídicas depende, al menos en muy amplia medida, de la búsqueda de estos puntos de acuerdo que, en ocasiones, pueden ser incluso «no queridos».

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis, *The rational as reasonable. A treatise on legal justification*, Reidel, Dordrech/Boston/Lancaster/Tokyo, 1987 (1987, 1).

-*Sobre el razonamiento jurídico como razonamiento práctico*, X Jornadas de filosofía jurídica y social, Alicante, diciembre, 1987 (1987, 2).

ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1978.

ALONSO GARCÍA, Enrique, *El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española*, en «Revista de Administración Pública», núms. 100-102, enero-diciembre 1983.

CAPELLA, Juan Ramón, GORDILLO, José Luis y ESTÉVEZ, José Antonio, *La objeción de conciencia ante el Tribunal Constitucional*, en «El País», 30-XI-87.

MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978.

-*On reasonableness*, en *Les notions a contenu variable en Droit*, vol. dirigido por Ch. Perelman y R. Vander Elst, E. Bruylant, Bruselas, 1984.

MUGUERZA, Javier, *La razón sin esperanza. (Siete trabajos y un problema de ética)*, Taurus, Madrid, 1977.

PERELMAN, Chaim, *Le raisonnable el le déraisonnable en droit*, en el libro del mismo título, L. G. L. J., París, 1984.

PERELMAN, Chaim y OLBRECHT TYTECA, L, *La nouvelle rhétorique, Traité de l'argumentation*, Université libre de Bruxelles, Bruselas, 1970.

RECASENS SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, Dianoia, México, 1956.

-*Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica «razonada»*, Dianoia, Mexico, 1971.

Sentencia núm. 160/1987, de 27 de octubre, del Tribunal Constitucional, en B. O. E. núm. 271. Suplemento (12-XI-1987).

WEINBERGER, *Ota, Die Rolle des Konsenses in der Wissenschaft, im Recht und in der Politik*, en «Rechtstheorie», Beiheft 2, 1981.

A R T Í C U L O S

EL DEBATE SOBRE MITILENE. UNA INTERPRETACIÓN.

Introducción.

Este trabajo 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 legitimadoras constituyen, adicionalmente, el fundamento teórico de múltiples concepciones del derecho penal contemporáneo.

En un ensayo como el presente, es imposible omitir hacer algunos comentarios sobre el texto de Tucídides. Por ello, la segunda finalidad consiste en presentar brevemente y de manera esquemática las líneas fundamentales de una concepción de los temas centrales del derecho penal desde el punto de vista de la teoría sociológica del poder. El texto del debate se presta idealmente para ello, pues su contenido central consiste en las diversas maneras como el poder político puede hacer uso de la fuerza pública para obtener diversas y diferentes finalidades, según sea su propia naturaleza.

I. *Antecedentes.*

i) La Situación de Atenas en el inicio de la Guerra del Peloponeso.

La rebelión de Mitilene en contra de Atenas tuvo lugar en 428 a.C., en el cuarto año posterior al de inicio de la Guerra del Peloponeso. Atenas era la potencia hegemónica en la Confederación de Delos, a la que transformó en un imperio marítimo, del cual obtenía enormes beneficios. La finalidad fundamental de la Confederación era la protección de los griegos contra los posibles ataques persas. Aunque Atenas mantenía intacta su poderosa flota y su imperio conservaba todo su poder, sin embargo había sufrido varios reveses y calamidades, no siendo el menor la muerte de Pericles (429 a.C.). Atenas se encontraba, en el cuarto año de guerra, en una «situación límite», debido, fundamentalmente, a las incursiones del ejército espartano y a la peste que asoló a la población ateniense.

Desde el inicio de la guerra hasta el año de la rebelión de Mitilene, el ejército espartano, comandado por el rey Arquidamo, había invadido en cuatro ocasiones el Ática, ocupándose en destruir y arrasar las posesiones

atenienses, en especial los campos sembrados aún sin cosechar, de gran importancia para la supervivencia de los atenienses. Los campesinos y los jóvenes atenienses desesperaban ante la vista de sus campos arrasados y de la tierra ennegrecida por el fuego que había consumido sus cultivos. Fue necesario que Pericles utilizara todo el poder de su prestigio y de su elocuencia para mantener elevado el ánimo de los atenienses. Dice Tucídides:

> «Los atenienses, en tanto, mientras el ejército estaba en Eleusis y la llanura de Tría, conservaban alguna esperanza de que no se acercaría más...; mas cuando vieron al ejército de Acarnas, a sesenta estadios de la ciudad, no consideraron la cosa tolerable, sino que al ser arrasada la campiña ante sus ojos, cosa que nunca habían visto los jóvenes al menos, y ni aún siquiera los viejos, excepto durante las Guerras Médicas, les pareció algo terrible, como es natural; y todos, y sobre todo los jóvenes, querían salir a su encuentro y no tolerarlo. Se dividieron en bandos y sostenían una gran disputa, los unos exhortándolos a salir y los otros no dejándolos. Los adivinos recitaban oráculos para todos los gustos, según como cada cual quería escucharlos. Y los acarnienses, pensando que eran una parte no pequeña de los atenienses, al ver devastada su campiña, eran los que más incitaban a la salida. La ciudad estaba muy agitada y los atenienses se hallaban indignados contra Pericles, y no recordaban nada de lo que antes les aconsejaba, sino que le injuriaban porque, siendo general, no les sacaba a luchar, y le creían culpable de todo lo que les ocurría». (II. 21).

Los sufrimientos engendrados por estas incursiones anuales al Ática condicionaron, posteriormente, la conducta cruel de los atenienses frente a la rebelión de Mitilene, y el surgimiento de demagogos como Cleón, un radical del partido popular. Otro factor determinante de la radicalización de la política imperial ateniense fue el brote y difusión de la peste en la ciudad. Su inicio pudo ser localizado en Etiopía. De allí se extendió a Egipto y a Libia, invadiendo como sombra Persia y la costa jonia. Poco después, de pronto, llegó a Atenas, proveniente del Pireo, que era una puerta abierta al mundo. Corrieron rumores de que los pozos de agua habían sido envenenados por los peloponesios. Esto probablemente hubiera constituido el primer caso de que se tuviera noticia de un guerra biológica. Las consecuencias de la difusión de la peste fueron devastadoras por sus efectos sociales, los que tienen gran similitud con los descritos por Bocaccio, Daniel Defoe y Bárbara Tuchman[1]. Dice Tucídides respecto a los sufrimientos físicos de aquellos que se infectaban:

> «Aquel año, según la opinión común, fue muy saludable en cuanto a las demás enfermedades, y si uno tenía de antes alguna, todas acabaron en ésta. A los otros, por el contrario, sin que hubiera un motivo especial y en estado de salud, les sobrevenían fuertes calenturas, que atacaban a la cabeza, y enrojecimiento y ardor en los ojos; y los órganos interiores, a saber, la garganta y la lengua, se llenaban al punto de sangre y dejaban salir un aliento distinto al normal y fétido; a continuación de estos síntomas,

[1] Tuchman DM.

> se presentaban estornudos y ronquera, y poco después, el malestar bajaba al pecho, acompañado de una tos violenta, y cuando se localizaba en el estómago, lo trastornaba y se sucedían todos los vómitos de bilis de que hablan los médicos, acompañados de grandes sufrimientos; y a los más les sobrevenían fuertes arcadas espasmódicas, a unos al cesar los síntomas anteriores y a otros no mucho después. El cuerpo, tocándolo por fuera, no estaba febril en exceso ni tampoco pálido, sino un poco enrojecido, amoratado y lleno de pequeñas ampollas y llagas, mientras que las partes interiores ardían hasta tal punto, que los enfermos no resistían que se les cubriera con *himationes* (manto de lana) ni vestidos de lino muy fino, ni ninguna otra cosa que estar desnudos y querían arrojarse al agua fría. E incluso muchos enfermos mal vigilados lo hicieron, arrojándose a los pozos, atacados por una sed insaciable; y la mucha y la poca bebida urtían iguales efectos. Sin cesar tenían encima la imposibilidad de descansar y el insomnio. Y el cuerpo, durante el tiempo en que llegaba a su punto culminante la enfermedad, no quedaba postrado, sino que, contra lo que pudiera esperarse, resistía a la enfermedad, de forma que o bien morían a los siete o nueve días, los más por efecto de la fiebre, pero conservando aún algún vigor, o si se libraban, al bajar la enfermedad al intestino y producirse en él gran ulceración y sobrevenir además una diarrea incoercible, los más perecían más tarde por efecto de la debilidad. Porque el mal, que primeramente se fijaba en la cabeza, bajaba a través de todo el cuerpo, empezando por arriba, y si alguno libraba en lo relativo a las partes principales, quedaba inválido por la localización del mal en las partes extremas, pues la enfermedad atacaba a los órganos genitales y a los dedos de las manos y los pies, y muchos sanaban después de perder estas partes del cuerpo, y algunos, incluso los ojos. A otros, inmediatamente después de la curación, les sobrevenía pérdida completa de la memoria y no se reconocían ni a sí mismos, ni tampoco a sus parientes». (11. 49).

Las decenas de miles de muertos quedaban a la intemperie, dentro de las grandes murallas que iban desde Atenas al Pireo, pero las aves y los perros no se alimentaban de sus carnes malolientes. En caso de que comieran de ellas, también perecían. Las consecuencias sociales de la peste fueron igualmente graves: surgieron como otra enfermedad, de carácter colectivo, extremadamente dolorosa[2]:

> «Pero lo más terrible de todo el mal era la falta de ánimo que se producía cuando uno se daba cuenta de que estaba enfermo -pues entregando su espíritu a la desesperación se abandonaban a él mucho más y no intentaban resistirlo- así como que, infectándose unos al atender a los otros, morían como ovejas... Además, la epidemia fue para la ciudad el comienzo de un mayor desprecio por las leyes. Pues la gente se atrevía más fácilmente a lo que antes encubría cuando lo hacía para satisfacer su gusto, ya que veían que era repentina la mudanza de fortuna entre los ricos que morían de repente y los pobres que nada poseían antes y al punto eran dueños de los bienes de aquellos. De esta forma querían lograr el disfrute de las cosas con rapidez y con el máximo placer, pues consideraban efímeras

[2] Cfr. Kitto P. sobre la tendencia de Tucídides a hacer descripciones de las tragedias y sufrimientos humanos.

tanto las riquezas como la vida. Y ninguno tenía decisión para pasar trabajos por lo que se consideraba una empresa noble, pensando que no sabía si perecería antes de lograrlo; sino que se tuvo por noble y útil lo que era placentero ya de por sí y lo que resultaba provechoso para su consecución de cualquier modo que fuera. Ningún respeto a los dioses o la ley humana les retenía, pues por un lado consideraban indiferente el ser o no ser piadosos, ya que veían que todos sin distinción perecían, y por tanto, ninguno esperaba sufrir el castigo de sus crímenes viviendo hasta que se hiciera justicia, sino que creían que un castigo mucho mayor, ya votado, estaba suspendido sobre sus cabezas, y que antes de su ejecución era natural que gozaran un poco de la vida». (II. 52-3).

Las incursiones espartanas de saqueo y pillaje continuaron. En el tercer año de la guerra. Pericles muere víctima de la peste, no sin antes haber recibido los insultos y acusaciones del veleidoso pueblo ateniense. Es válida, por tanto, la afirmación de que en el cuarto año de la guerra contra los peloponesios, Atenas se encontraba en una situación límite. Después de la tercera invasión de su territorio por el ejército espartano, Mitilene, una ciudad-estado en la isla de Lesbos, se rebela contra los atenienses, con la intención de librarse de las cargas que sobre ella pesaban como miembro de la Confederación de Delos y con el propósito ulterior de lograr el dominio de las ciudades-estado de la isla.

ii) La rebelión de Mitilene.

Mitilene era la ciudad-estado principal en la isla de Lesbos. Los preparativos para lograr la secesión del imperio ateniense se habían iniciado varios años atrás, a pesar de que gozaba de una situación privilegiada dentro de la confederación ateniense, pues, junto con Quíos, no estaba obligada a pagar tributo alguno, tenía su propia flota y era autónoma en lo que se refería a sus asuntos internos. Mitilene era gobernada por una oligarquía moderada, que no dudaba en aliarse con Esparta y los beocios con el objeto de obtener su completa independencia de Atenas y conseguir la unificación de Lesbos bajo su poder. Durante los años 429-8 a.C. los mitilenios estuvieron preparándose para la guerra con Atenas, mejorando las fortificaciones de la ciudad y el puerto e importando grano desde el Ponto. Dice Tucídides:

«... todos los lesbios, excepto Metimna, se sublevaron contra los atenienses, cosa, que ya deseaban hacer antes de la guerra -pero los lacedemonios no les habían aceptado como aliados-, y que se vieron obligados a llevar a cabo antes de lo que pensaban, pues estaban esperando a que estuviera acabada la construcción de diques en los puertos, de murallas y de buques, y a que llegaran del Mar Negro los arqueros y el trigo que habían pedido que les fuesen enviados. Lo que sucedió es que los tenedios, que tenían rivalidades con ellos; los metimnenses e incluso algunos mitilenios que eran próxenos de los atenienses (estos últimos privadamente y con motivo de unas discordias civiles), denunciaron a los atenienses que los mitilenios intentaban someter por la fuerza a toda la isla de Lesbos a Mitilene y que se daban prisa en sus preparativos con intención de sublevarse, ayudados por los lacedemonios y los beocios, sus hermanos de raza, y que si no se les anticipaban, perderían Lesbos». (III. 2).

Atenas ordenó a los mitilenios la suspensión de estas actividades preparatorias de la rebelión. Sin embargo, los mitilenios no desistieron de sus actividades. Por ello, Atenas decidió, por temor, anticiparse a sus planes y envió una flota de cuarenta naves al mando de Cleípides.

> «La razón de esta medida fue que les habían dicho que se celebraba fuera de la ciudad de Mitilene la fiesta en honor de Apolo Maloeis, que celebraban los mitilenios en comunidad, y que había esperanza de caer sobre ellos de repente; y ordenaron a los almirantes que, en caso de que no tuvieran éxito en el intento, dijeran a los mitilenios que entregaran sus naves y destruyeran las murallas, y si no obedecían, lucharan contra ellos». (III. 3).

Las noticias del envío de la flota ateniense llegaron a Mitilene, de manera que Cleípides no pudo sorprender a los mitilenios en la festividad, sino que estaban preparados para la lucha. Se emitió un ultimatum que, al ser rechazado, abrió las hostilidades. Después de algunas acciones bélicas sin importancia, debido a la falta de preparativos por parte de los mitilenios y a lo escaso de las fuerzas atenienses para sitiar al Estado rebelde, se firmó un armisticio. Se enviaron, por parte de los mitilenios, sendas embajadas a Atenas y a Esparta, la primera para conseguir el retiro de las naves atenienses con el ofrecimiento de no continuar con la rebelión y la segunda con el propósito de obtener de los espartanos y sus aliados la realización de una política general en contra del imperio ateniense. Los embajadores se reunieron en Olimpia con los espartanos y sus aliados. Es muy significativo, por lo que se dirá más adelante cuando se analicen los discursos de Cleón y Diódoto, que de lo que hablaron fue de «la justicia», entendida como igualdad.

> «La afianza entre nosotros y los atenienses se originó cuando vosotros abandonasteis la guerra contra los persas, mientras que ellos perseveraron para acabar lo que quedaba por hacer. Sin embargo, no nos hicimos aliados de los atenienses para esclavizar a Grecia en su beneficio, sino aliados de los griegos para libertar a Grecia de los persas en el suyo propio. Y mientras los atenienses tuvieron la hegemonía en calidad de iguales, marchamos con ardor a su lado; mas cuando vimos que desminuían su enemistad con los persas y se afanaban en esclavizar a los aliados, no permanecimos ya tranquilos. Y como los aliados no podían unirse y defenderse con la superioridad numérica de sus votos, fueron esclavizados, a excepción de los de Quíos; y nosotros luchamos a su lado no siendo autónomos y libres más que de nombre. Si embargo, ya no teníamos en los atenienses unos hegemonas de confianza, a juzgar por los ejemplos precedentes; pues no era lógico que sometieran a aquellos con los que se aliaron al tiempo que con nosotros, y no hicieran lo mismo con los demás, si alguna vez podían». (III, 10).

Hay en estas frases un eco de la tesis de Tucídides sobre la verdadera causa de la guerra de los atenienses con los peloponesios: la «causa más verdadera, pero menos aparente por lo que se dice» (I. 23) fue el incremento del poder ateniense y la producción del miedo correlativo en los lacedemonios. Si a la igualdad se la califica de justicia, la desigualdad

en el poder, por consiguiente lógica, será la injusticia, y, entonces, las rebeliones o las guerras son la reacción de los sometidos por la injusticia de los poderosos. Los débiles buscan alianzas con los enemigos de los poderosos injustos; los mitilenios les dicen a los lacedemonios:

> «... por lo cual es tanto más necesario que nos aceptéis como aliados y nos enviéis rápidamente socorros, para que todos os vean defendiendo a los que debéis defender y causando daños al mismo tiempo a vuestros enemigos. La ocasión es cual nunca la hubo. Los atenienses están agotados por la epidemia y el gasto de dinero, y algunas de sus naves están costeando vuestra patria y las otras empeñadas en lucha contra vosotros... Porque la guerra no tendrá lugar en el Ática, como algunos piensan, sino en las comarcas de que el Ática se beneficia. Y los ingresos en dinero de Atenas provienen de los aliados, y serán aún mayores si nos sojuzgan; pues ningún otro se sublevará y se añadirán los tributos que nosotros paguemos, y sin duda sufriremos peor trato que los que son esclavos de antes. En cambio, si venís en nuestro auxilio con decisión, lograréis la alianza de una ciudad que posee una gran escuadra, que es de lo que más falta tenéis; haréis sucumbir con mayor facilidad a los atenienses al quitarles sus aliados -pues todos se os pasarán con más audacia que ahora- y escaparéis a la acusación de que se os hacía objeto, a saber, que no ayudáis a los que se sublevan. Y si se os ve haciendo de liberadores, tendréis más segura la victoria». (III. 13).

Los espartanos fueron convencidos por los embajadores mitilenios y prepararon el envío de la flota que Formio tenía en el Golfo de Corinto; ordenaron a sus aliados se dirigieran rápidamente al Istmo, con la intención de llevar a efecto la invasión del Ática. Se intentaba invadir a Atenas, postrada por los estragos de la guerra y de la peste, por tierra y por mar. No podía ser descartada la posibilidad, debido a la actividad diplomática desarrollada por los aliados de Esparta y los mitilenios, de una insurrección general de los Estados miembros de la Confederación de Delos.

La amenaza naval fue rápidamente contrarrestada por las medidas enérgicas tomadas oportunamente por los atenienses. Diezmada la población por la peste, era más fácil obtener los barcos que la tripulación. Los navíos que utilizaron fueron 100 trirremes que tenían en reserva para casos de emergencia. Fueron llamados como remeros todas las clases, las superiores de los hoplitas, como los tetes y los metecos, con excepción de los caballeros y los pentecosiomedimnos. Levaron anclas e hicieron una gran demostración en el Istmo. Los lacedemonios, asombrados y temerosos, juzgaron que habían sido engañados por los mitilenios y se retiraron a su país, mientras las naves atenienses hacían incursiones devastadoras en las costas del Peloponeso.

El sitio de Mitilene determinó el establecimiento de un impuesto a la propiedad de doscientos talentos, denominado Eisphora. Con el arribo de las tropas atenienses bajo el mando de Paquete, comenzó el sitio de Mitilene por mar y por tierra en el inicio del invierno. Para el final del invierno la situación de la ciudad sitiada era desesperada. Sin embargo, la llegada de Seleto, un enviado peloponesio, levantó los ánimos de los mitilenios, pues era portador de una noticia: el pronto arribo de una

flota lacedemonia. En junio de 427 a.C. Mitilene se rindió, después de que Seleto había repartido armas al pueblo mitilenio. ¡Grave error! Un gobierno oligarca no puede armar al pueblo en una rebelión perdida, cuando éste tiene hambre. El pueblo armado exigió a los oligarcas el reparto de los víveres que se les acusaba habían escondido. Los oligarcas, por fin, desesperados y con el fin de salvar sus vidas y obtener la paz, se entregaron al comandante de la flota ateniense y fueron enviados a Atenas, junto con Seleto, para que fuera decidido su destino.

Los atenienses, entonces,

> «respecto a los mitilenios, hicieron una deliberación, y en su indignación decidieron no sólo matar a los prisioneros, sino también a los mitilenios mayores de edad y vender como esclavos a los niños y mujeres, pues les echaban en cara el que promovieran la anterior sublevación por no someterse al imperio como los demás, y también contribuyó mucho a su arrebato el que la escuadra peloponesia se hubiera atrevido a arriesgarse hasta jonia para ayudarles, pues la opinión común era que los mitilenios no se habían sublevado con planes modestos». (III. 36).

Se juzgó que los mitilenios habían maliciosamente aprovechado la oportunidad que se les presentaba al estar Atenas agobiada con tan graves problemas y calamidades. No es extraño que la asamblea ateniense hubiese tomado una resolución tan drástica en relación con el pueblo de Mitilene. Es una regla general que puede ser observada en los asuntos humanos la que aparece de manera patente en los acontecimientos narrados. Cuando un sujeto o conjunto de sujetos se encuentra en una situación que puede ser calificada de 'límite', se dan las condiciones para que las decisiones que tomen sean extremas, que vayan hasta el límite de las posibilidades abiertas. El animal acorralado es el más peligroso. Aquí interviene un cálculo sutil, no expresamente formulado, pero sí sentido: si lo que está en juego es la propia supervivencia, el sujeto arriesgará su propia vida para lograr salvarla: mas no puede perder y, con ello, incrementará sus probabilidades de vencer. En situaciones extremas las decisiones y las conductas son también extremas. La gravedad de la situación conduce, con ley férrea, a la inflexibilidad y la drasticidad. La gente «endurece su corazón» como lo expresa la Biblia, y pone su vida en una apuesta corriendo el azar de morir. Estas son algunas indicaciones sobre la posible explicación de la conducta de los atenienses.

Después de dictada la sentencia,

> «Despacharon, en consecuencia, un trirreme a Paquete para que le comunicara la resolución tomada, ordenándole matar rápidamente a los mitilenios; pero al día siguiente les vino el arrepentimiento y la reflexión de que era cruel y monstruosa la decisión que se había tomado: hacer perecer a una ciudad entera en vez de a los culpables. Al darse cuenta de ello la embajada mitilenia que estaba en Atenas y los atenienses que la apoyaban, convencieron a los magistrados a que convocaran la Asamblea para una nueva deliberación, y les persuadieron a ello con tanto mayor facilidad

> cuanto que ellos mismos veían que la mayoría de los ciudadanos deseaban que se les volviera a dar ocasión de deliberar. Se celebró, pues, inmediatamente una reunión de la Asamblea, y entre otras opiniones que fueron por varios, Cleón, hijo de Cleaneto, que ya había logrado imponer la anterior resolución de dar muerte a los mitilenios, y que también en los demás asuntos públicos era el más violento de los ciudadanos y el que por aquel tiempo era el más escuchado por el partido popular». (III. 36).

habló en la forma que se analizará a continuación[3].

II. *El discurso de Cleón*.

a) La trascendencia del debate.

La materia del debate en la segunda Asamblea sobre Mitilene, fue la justicia o la conveniencia de la sentencia mortal dictada contra los mitilenios. Se cuestionó la justificación de las finalidades de la conducta del emisor de la norma que impuso, contra un pueblo entero, la pena capital.

Este debate constituye, desde el punto de vista histórico, un experimento excepcional: en él pueden verse en operación las ideas democráticas surgidas por primera vez, enfrentadas a las ideas tradicionales, autocráticas y retributivas. Este debate es, asimismo, un paradigma de cómo y bajo qué condiciones es posible resolver en una democracia los más candentes problemas de la vida social. Puede ser significativo señalar que entre los asistentes a la Asamblea posiblemente se encontraran Sócrates, cuestionando la totalidad de los argumentos; Aristófanes, ponderando la grandeza y la pequeñez del ser humano en el intercambio de argumentos y contrargumentos; Aspasia, la viuda de Pericles; Alcibíades, aprendiendo los argumentos que de modo tan funesto utilizaría después en el caso de la isla de Melos. Platón seguramente oyó, con posterioridad, muchas discusiones sobre este famoso debate y sería interesante saber cómo Gorgias lo hubiera juzgado.

En realidad, la materia del debate sobre Mitilene fue la dilucidación del problema eterno de la justificación de la pena, de la fundamentación de la sanción, de la legitimidad del castigo. La discusión no pudo llevarse a cabo en un plano generalísimo y abstracto, como lo haría un jurista o un filósofo moderno. El problema al que se enfrentó la Asamblea ateniense era de enorme urgencia, pues la orden de la matanza había sido ya despachada, con instrucciones expresas y terminantes de proceder con prontitud y diligencia en el siniestro encargo.

Es de destacarse el hecho mencionado por Tucídides de que los atenienses habían reflexionado sobre la sentencia emitida en contra del pueblo mitilenio y se habían arrepentido de haberla dictado con tal precipitación. Este es un signo muy expresivo de la cultura de este pueblo y del

[3] Tanto el discurso de Cleón como el de Diódoto se encuentran transcritos en su totalidad en el apéndice de este ensayo.

carácter de sus habitantes. Pericles había definido a los atenienses, en su oracion fúnebre pronunciada el primer año de la guerra, como un pueblo que se preocupa

> «...a la vez de los asuntos privados y de los públicos, y gentes de diferentes oficios conocen suficientemente la cosa pública: pues somos los únicos que consideramos no hombre pacífico, sino inútil, al que nada participa en ella, y además, o nos formamos un juicio propio o al menos estudiamos con exactitud los negocios públicos, no considerando las palabras daño para la acción, sino mayor daño el no enterarse previamente mediante la palabra antes de poner en obra lo que es preciso. Pues tenemos también en alto grado esta peculiaridad: ser los más audaces y reflexionar además sobre lo que emprendemos; mientras que a los otros la ignorancia les da osadía, y la reflexión, demora». (II. 40).

Tucídides habla de la 'indignación' de los atenienses y de su «arrebato» al tomar la decisión. (III. 38) Esta manera de proceder se encuentra en contradicción directa con la descripción del carácter de los atenienses hecha por Pericles en su oración fúnebre. Cleón les «impuso» la decisión fatal, que tomaron apresuradamente, en un arrebato, dominados por la pasión, y no por la reflexión. La situación histórica por la que pasaban los llevó a actuar con precipitación. Por ello se arrepintieron. Ahora les tocaba reflexionar. Los atenienses eran un pueblo que ya había aprendido que la diversidad del ser humano es muy grande, que los hombres en diversas situaciones expresan opiniones diferentes según su propia conveniencia[4], que las cosas no son como aparecen a los sentidos y que a algunos hombres la miel les sabe amarga mientras que a otros les sabe dulce; que los dioses son diferentes en los diversos pueblos y que ellos no harían cosas que los otros pueblos realizan cotidianamente y viceversa. De los sofistas habían aprendido que respecto de cualquier asunto u objeto era posible decir cosas diferentes y hasta contrarias o contradictorias: estaban entrenados a oír, tanto en asambleas populares como en el teatro, la diversidad de puntos de vista; estaban habituados a contemplar la contradicción de posiciones y de intereses. Quizá hubieran asistido la tarde anterior a una representación teatral, ya trágica, ya cómica, en la que pudieron ver objetivamente las razones que los diversos personajes aducían para sustentar y justificar sus conductas, contradictorias entre sí, que los conducían a la catástrofe y a la muerte[5].

Como quiera que haya sido, lo cierto es que fueron convocados para reconsiderar la sentencia de muerte que habían dictado. Esperaban escuchar los argumentos de Cleón, defendiendo, naturalmente, la validez de la sentencia, así como los de sus opositores, impugnándola. Era posible suponer que Cleón, en su argumentación, tocaría varios temas

---

[4] Cfr. Snell FPE, Cap. 4, pp. 86 y ss.

[5] En 431 se presentó «Medea» de Eurípides y quizá, en años posteriores, probablemente en 430 o poco después, «Andrómaca», «Hécuba» e «Hipólito» del mismo autor. De Sófocles «Electra» y «Edipo Tirano». Cfr. la Tabla Cronológica de CAH.

relativos a la justificación de cualquier pena o castigo. Estos temas se referirían, entre otros, a los diversos sujetos involucrados de una u otra forma en la emisión de la sentencia: 1) el creador de la norma coactiva, 2) el sujeto al que se le aplicará, 3) el órgano ejecutor y 4) el público que conoce de la sanción impuesta. Por tanto, Cleón debería tocar varios temas en relación con los sujetos mencionados:

a) Si el argumento en favor de la sentencia ha de ser efectivo, debería acudir al recurso de presentar la situación límite en la que se encuentra el sujeto ofendido, que en este caso es el mismo sujeto emisor de la norma, el Estado ateniense, potencia hegemónica de un imperio.

b) Igualmente sería necesario presentar al sujeto sancionado, teñido con los colores más oscuros posibles, señalando su maldad y malevolencia, haciéndolo, por tanto, merecedor de todos los reproches posibles.

c) Debería demostrarse que la pena se encuentra en una relación de proporcionalidad con la gravedad del acto sancionado.

d) Por último, deberían señalarse los beneficios que el emisor y los demás sujetos podrían obtener con la aplicación de la pena.

Lo anterior fue precisamente lo hecho por Cleón en su discurso ante la Asamblea ateniense, para defender la validez de la sentencia dictada al pueblo de Mitilene. Veámoslo.

b) El contenido del discurso.

i) Situación del sujeto ofendido.

Inicia Cleón su intervención parlamentaria afirmando la incapacidad del sistema político ateniense para mantener y conservar un imperio:

> «Ya en otras muchas ocasiones me he dado cuenta de que una democracia es incapaz de mandar sobre otros, y más ahora ante vuestro arrepentimiento respecto a los mitilenios. Porque debido a la libertad y falta de temores en que vivís en vuestras relaciones particulares, la tenéis también respecto a los aliados... (III. 37).

Estas palabras entrañan una amenaza dirigida a la asamblea ateniense, órgano deliberativo y decisorio de un Estado que fue la cabeza de un imperio. Se le acusa de que es incapaz de mantener un imperio, que había sido la gloria y la condición de la supervivencia de Atenas. Pericles y antes Temístocles, estuvieron en lo correcto al afirmar que la salvación de Atenas estaba en el mar. Por vía acuática llegaban a Atenas los granos de su alimentación, así como las materias primas necesarias para mantener su flota, el instrumento de su poder[6]. Ahora bien, si los atenienses se arrepintiesen de la sentencia dictada en contra de los mitilenios, Cleón afirmaba esa incapacidad a la que se refieren sus palabras. Esta aseveración entraña una predicción que los atenienses sólo podían

[6] Cfr. Cornford TM y Green AA.

contemplar con espanto: el futuro traería la muerte por hambre y la sujeción incondicional al poder de Esparta, la ciudad-estado antitética a Atenas y la contradicción más pura de sus ideales de vida. El imperio era una necesidad para Atenas[7]; tuvo que construirlo para asegurar su supervivencia, con evidentes beneficios, ciertamente, para ella como para las ciudades sometidas a su poder. Para Atenas porque le permitió ser una ciudad abierta al mundo y no depender de la producción local para su alimentación y el consumo de bienes; para los sometidos a su poder, porque se encontraron protegidos del peligro persa. Sin el imperio, Atenas muy probablemente hubiera tenido una existencia miserable, sometida al odioso poder de Esparta. Las palabras de Cleón seguramente despertaron fuertes emociones y gran temor en la audiencia ateniense, cuyo oído era muy fino para captar sutiles matices semánticos. Afirma Cleón que, por ser una democracia el sistema político de los atenienses y, en consecuencia, vivir éstos en libertad y sin temor en relación con los demás conciudadanos, creen ellos infundadamente que, de igual manera, pueden llevar sus relaciones externas con los aliados del imperio. Seguramente recordaban las palabras de Pericles:

> «Y nos regimos liberalmente no sólo en lo relativo a los negocios públicos, sino también en lo que se refiere a las sospechas recíprocas sobre la vida diaria, no tomando a mal al prójimo que obre según su gusto, ni poniendo rostros llenos de reproche, que no son un castigo, pero sí penosos de ver. Y al tiempo que no nos estorbamos en las relaciones privadas, no infringimos la ley en los asuntos públicos, más que nada por un temor respetuoso, ya que obedecemos a los que en cada ocasión desempeñan las magistraturas y a las leyes, y de entre ellas, sobre todo a las que están legisladas en beneficio de los que sufren la injusticia, y a las que por su calidad de leyes no escritas, traen una vergüenza manifiesta al que las incumple. Y además nos hemos procurado muchos recreos del espíritu, pues tenemos juegos y sacrificios anuales y hermosas casas particulares, cosas cuyo disfrute diario aleja las preocupaciones; y a causa del gran número de habitantes de la ciudad, entran en ella las riquezas de toda la tierra, y así sucede que la utilidad que obtenemos de los bienes que se producen en nuestro país no es menos real que la que obtenemos de los de los demás pueblos». (II. 38).

Pero, según Cleón, tanto Pericles como los atenienses se equivocan, pues

> «...si cometéis un error en algo persuadidos por las palabras o cedéis a la compasión, no os viene al pensamiento de que esa blandura es peligrosa para vosotros mismos y no os vale el agradecimiento de aquéllos...». (III. 37).

Además del duro ataque que estas palabras entrañan a la tesis de Pericles de que la acción está guiada, en los atenienses, por las palabras

[7] Toynbee EH. T. 1 y Green AA.

y la reflexión, se dice que la blandura es el síntoma de la incapacidad de una democracia para conservar un imperio, es decir, para mandar coactivamente sobre otros. Los aliados o los sometidos a un imperio no agradecen la blandura, sino que se someten velis nolis a la tiranía.

> «...pues no os dais cuenta de que vuestro imperio es una tiranía sobre gentes que urden intrigas y están dominadas contra su voluntad; gentes que no os obedecen por los favores que les hagáis con perjuicio propio, sino por la superioridad que os da vuestra fuerza y no su amistad». (III. 37).

Atenas es una democracia, posee un imperio y se ha encontrado en graves dificultades en la guerra por su benignidad. La blandura en el trato con los aliados no es una política sana; genera consecuencias perjudiciales para el Estado. Los aliados sólo entienden y respetan las conductas que se ejecutan sobre la base del poder. Las relaciones entre los Estados son relaciones de poder, por lo que éste debe incrementarse al máximo si la ciudad quiere sobrevivir. Este poder se minimiza en caso de que las decisiones sean fácilmente revocadas o no sean ejecutadas con energía. Si se modifica la sentencia dictada contra los mitilenios, esto se entendería como un signo de debilidad y si esta debilidad deriva del régimen político imperante en Atenas, es decir, de la democracia, se comprobaría que el régimen ateniense «es incapaz de mandar sobre otros». Toda esta argumentación está orientada a atemorizar a los miembros de la asamblea ateniense; se dirige a sus sentimientos, no a su razón; presenta un modelo de irresponsable debilidad, de falta de poder y de incapacidad para ejercerlo, contradiciendo, con ello, la tesis de Pericles de que el gozo de la vida y la confianza en las relaciones mutuas entre los hombres no impide la toma de decisiones y la voluntad de ejecutarlas.

Con el fin de enfatizar las flaquezas de la democracia, Cleón contrapone este modelo de incapacidad con el de una ciudad-estado fuerte e inflexible:

> «Y lo peor de todo es que ninguna decisión nuestra permanece intangible, y que no nos damos cuenta de que una ciudad con leyes peores, pero inflexibles, es más fuerte que otra que las tiene buenas, pero sin eficacia; de que la ignorancia unida a la disciplina es cosa más beneficiosa que el talento unido a la indisciplina; y de que los hombres de menor valía gobiernan los Estados, por lo general, mejor que los más inteligentes». (III. 37).

Estas palabras atacan frontalmente el relativismo de las doctrinas sofísticas, fundamento teórico de la democracia ateniense[8].La fuerza política es mayor si carece de inteligencia. La decisión irnpulsada terca y violentamente a su realización, produce una situación preferible a la que se generaría con las interminables discusiones dentro de un Estado dominado por personas inteligentes que pusieran en duda la sabiduría de sus decisiones.

---

[8] Rodríguez Adrados IPGC. Caps. VII VIII.

> «Estos últimos, en efecto, quieren mostrarse más sabios que las leyes y triunfar de todas las opiniones expuestas en las reuniones públicas, pensando que no hay cosa mejor que hacer ver su inteligencia, y con esta conducta ocasionan las más veces la pérdida de las ciudades; mientras que los que desconfían de la inteligencia propia, se conforman con ser más ignorantes que las leyes, pero menos capaces que aquéllos de censurar las palabras del que tiene razón, y como son jueces imparciales y no oradores en competencia, tienen éxito casi siempre». (III. 37).

Este es el tipo ideal del discurso demagógico. La razón es rechazada como instrumento adecuado en el manejo de los asuntos públicos, prefiriéndose la disciplina y la inflexibilidad. Esparta es el modelo de este tipo de vida. La inteligencia y la razón se identifican con aquel pequeño grupo que desea revisar las decisiones tomadas y que, por considerarse inteligentes, sólo quieren lucir sus facultades oratorias. Como consecuencia, Cleón se opone al debate, en contradicción con los principios de la democracia, y considera que abrirlo es beneficiar a los enemigos y premiar a la culpable Mitilene; piensa que es una enorme contradicción sostener que los crímenes son beneficiosos para las víctimas.

> «...y me extraño también pensando quién será el que hable contra mí y se atreva a sostener que los crímenes de los mitilenios nos son beneficiosos y nuestras calamidades son perjuicio para nuestros aliados». (III. 38).

Hasta aquí, Cleón ha perfilado la situación límite en la que se encontraba Atenas y encendido el temor de la audiencia preparando o predisponiendo a sus integrantes a no aceptar ni prestar oídos a los argumentos racionales, pues serían tan sólo el resultado de la conducta de aquellos atenienses que se tienen por inteligentes y serían pronunciados con el fin de triunfar vanidosamente en una deliberación, con perjuicio evidente para el pueblo entero.

ii) Situación del sujeto infractor.

Cleón describe al sujeto infractor, en el caso, la población de Mitilene, como un delincuente ambicioso, impío, inmisericorde, que ha obrado con toda la culpa que pueda serle atribuida.

> «En mi intento de apartaros de esta manera de obrar, denuncio a los mitilenios como el Estado que más crímenes ha cometido contra vosotros». (III. 39).

Contrapone Cleón dos conceptos: insurrección y defección. El designio de esta dualidad es mostrar que en la insurrección hay una causa justificante, mientras que en la defección, por el contrario, hay sólo circunstancias agravantes. Por lo que se refiere a la insurrección, afirma:

> «Porque yo tengo conmiseración por los que se sublevan por no poder soportar vuestro imperio o porque son obligados a ello por el enemigo... pues la palabra insurrección se aplica a los que han padecido alguna violencia...». (III. 39).

El dominio de un Estado sobre otro, cuando es tiránico, es anulado con una rebelión que, si es justa, Cleón le da el nombre de insurrección. Las normas del Estado dominante dejan de ser ejecutadas en el Estado dominado, produciendo su ineficacia.

En cambio, si la sublevación es hecha por

> «...unos hombres que habitaban una isla provista de fortificaciones y que no temían a nuestros enemigos más que por mar -donde tampoco estaban indefensos gracias a los trirremes-, que vivían con sus leyes propias y eran honrados más que nadie por nosotros, ¿qué han hecho unas gentes así más que una defección de nosotros y no una insurrección -pues la palabra insurrección se aplica a los que han padecido alguna violencia-, y que intentan perdernos alineándose junto a nuestros enemigos más encarnizados? Es peor, en verdad, que si creándose una fuerza militar nos hubieran hecho la guerra abiertamente por sí solos. No les han servido de ejemplo las calamidades de las demás ciudades que se rebelaron contra nosotros y fueron sometidas, ni el bienestar presente les detuvo de llegar a una decisión peligrosa, sino que, sin miedo ante el futuro y con esperanzas más vastas que sus posibilidades, y con todo más pequeñas que su ambición, se lanzaron a la guerra, decididos a poner la fuerza delante de la justicia; pues cuando creyeron que iban a salir triunfadores, nos atacaron sin que les hiciéramos agravio». (III. 39).

Los mitilenios no sólo tienen esa culpa sino que, además, cometieron el grave pecado de *hybris*: se ensoberbecieron, se entregaron al orgullo, como prostitutas a su cliente.

Todo ello es una descripción del delincuente hecha con los más oscuros colores. La rebelión es injusta: pareciera como si Cleón hubiese incurrido en una contradicción con las palabras que son el inicio de su discurso en donde, sin recato alguno, calificó de tiranía la dominación de Atenas. Sin embargo, el oído griego, tan fino para percibir matices sutiles de significado, no podía contentarse con una contradicción tan notoria; por ello, Cleón insiste en que los mitilenios no tenían motivo para rebelarse, pues Atenas siempre se comportó con benignidad hacia ellos y nunca les causó agravio. Debe indicarse que en el discurso no existe intento alguno por comprender, explicativamente hablando, la conducta sancionada. Los juicios sobre ella tienen por fundamento, no una hipótesis explicativa de sus motivos y elementos condicionadores, sino una norma, un valor: cómo debían haberse comportado los mitilenios dada su posición carente de peligros frente a la benignidad del trato ateniense. Cleón quiere establecer la culpa del delincuente.

iii) Proporcionalidad de la pena a la culpa.

Dice Cleón, con una frase lapidaria:

«Sean castigados ahora en proporción a su crimen». (III. 39). Este es el principio de retribución: ojo por ojo y diente por diente, como lo formula la Biblia. Que el castigo imponga al delincuente un sufrimiento igual al causado a su víctima. La retribución encuentra su fundamento en el concepto de la igualdad, que es una manifestación del amor a sí

mismo, es decir, del egoísmo. La justificación de esto se encuentra en lo siguiente: el egoísmo está siempre presente en todo lo que tiene vida y siente. La propia conservación y el incremento y desarrollo al máximo de las propias posibilidades es el fin constante de todo sujeto egoísta. De donde se sigue que no es soportable para el hombre la contemplación de otro sujeto que se encuentre en una situación mejor. La desigualdad tiene dos perspectivas: la que ve al superior y la que ve al inferior. Desde la perspectiva del sujeto positivamente privilegiado, su interés, dentro de la relación de desigualdad, es la de conservarla e incrementarla, utilizando, en ocasiones, métodos tan sutiles como la compasión y la caridad, una de cuyas funciones es la afirmación de la superioridad del sujeto activo. Desde la perspectiva del sujeto negativamente privilegiado, colocado en situación de inferioridad en la relación asimétrica de la desigualdad, su interés es colocar al privilegiado positivamente en el mismo nivel inferior en el cual está aquél. Si pudiera colocarlo en una posición aun más baja, no se dejarían de hacer los esfuerzos correspondientes. Entre los iguales la lucha estará orientada al establecimiento de la desigualdad.

Por ello, en la retribución el egoísmo expone su horrible cara: si X ha sufrido un daño por parte de Y, entonces Y está, en ese respecto, en situación de superioridad en relación con X. El interés de X es que Y sufra, por lo menos, lo mismo que él ha sufrido, para de esa manera restablecer el equilibrio perdido y que la imagen querida del propio sujeto vuelva a tener sus brillantes colores previos empañados por el perjuicio infligido por Y.

> «Castigad como se merecen a los mitilenios...» (III. 39).
> «Pues no nos causaron daño sin querer, sino que conspiraron con plena conciencia, y sólo es perdonable lo involuntario». (III. 40).

La conducta dolosa y consciente de los mitilenios debe producirles un mal proporcional al daño causado, pues eso es lo que merecen. Como su delito fue dirigido contra el dominio ateniense, éste debe quedar afirmado con la sanción y no resultar disminuido.

> «Ahora, como antes, me opongo a que os arrepintáis de vuestra decisión y a que cometáis un error movidos por las tres cosas más perniciosas de la dominación: la compasión, el gusto por la elocuencia y la clemencia. Porque es justo que se tenga compasión con los que son igualmente compasivos y no con los que no la van a tener a su vez y que por fuerza se han convertido en enemigos para siempre; por otra parte, aquellos que deleitan con sus discursos tendrán otras oportunidades de lucimiento en asuntos de menor importancia, y no en uno en el cual la ciudad por un poco de placer recibirá grandes perjuicios, mientras que ellos, por hablar bien, lograrán algún beneficio; y la clemencia se tributa a los que van a ser amigos en el futuro y no a los que quedan tan enemigos como antes». (III. 40).

El principio de la igualdad y el de la proporcionalidad del castigo a la culpa han quedado incluidos en el de retribución. Pero éste tiene

dos formulaciones: reacciona con un mal al que te hace un mal y con un bien al que te hace un bien. El aspecto positivo de esta formulación se encuentra algo opacada por la operancia del egoísmo, pues si se pudiera omitir pagar el bien que se ha recibido, el sujeto quedará en una situación de ventaja con respecto al que proporcionó el bien. La probabilidad de que esto acontezca se incrementa con el principio del egoísmo. Si Mitilene actuó en perjuicio de Atenas, ésta debe perjudicar proporcionalmente a aquélla. Otra forma de presentarlo, invirtiendo la regla de oro, es la formulación de Cleón, hecha en los siguientes términos y bajo el supuesto de la maldad del otro:

> «Resolveos a castigarlos con la misma pena que os hubieran impuesto, y a no mostraros más sufridos vosotros, que habéis escapado del peligro, que los que lo han tramado: pensad lo que era de esperar que hubieran hecho ellos si os hubieran vencido, dado sobre todo que tomaron la iniciativa del crimen». (III. 40).

¡Terribles palabras! Es notoria la motivación fundamental del discurso: es un llamamiento a la pasión, al deseo de satisfacer los impulsos primarios, de reaccionar al mal con el mal, según una máxima que se encuentra en el sujeto lastimado y que tiende a considerar su dolor como el más grave. La finalidad del castigo es la satisfacción del poderoso, la afirmación de su poder, la restauración del orgullo herido, el placer mediante la contemplación del daño sufrido por el sujeto al que se odia.

iv) Beneficios para el poderoso.

En el discurso de Cleón hay una consideración muy importante en relación con los efectos de las penas sobre los intereses del poderoso;

> «Considerad, además, que si imponéis las mismas penas a aquellos de nuestros aliados que hicieron defección obligados por el enemigo y a los que la hicieron por propio impulso, ¿quién creéis que va a dejar de rebelarse con un pequeño pretexto cuando las alternativas sean la liberación en caso de éxito y el no sufrir nada irreparable en caso del fracaso?». (III. 39).

En estas palabras se encuentra el origen de los conceptos que más adelante utilizaremos: el de ‘pena absoluta’ y el de ‘pena relativa’, los cuales pueden ser tipificados haciendo uso de los conceptos de ‘situación irreparable’ y de ‘situación reparable’ respectivamente.

Cleón era un ateniense del siglo V a.C. y, aunque no era un sofista, sino un comerciante dueño de una curtiduría, debemos suponer que las ideas que por entonces eran discutidas por hombres políticos, filósofos y sofistas, con gran probabilidad encontraban alguna difusión entre las personalidades más conspicuas de la época. No hay duda de que en este párrafo se observan ecos de la idea de Protágoras de que la pena debe entenderse bajo el concepto de la intimidación: «Nadie, en efecto, al castigar a un culpable, tiene ante los ojos ni emplea como móvil el hecho mismo de la falta cometida -a no ser que se entregue como un animal salvaje a una venganza irracional-; el que tiene el cuidado de castigar

inteligentemente no lo hace a causa del pasado -porque lo hecho está ya hecho-, sino para prevenir el futuro, en orden para que ni el culpable ni los testigos de su castigo caigan en la tentación de volver a comenzar. Ahora bien: pensar así es creer que la virtud se puede enseñar, al ser verdad que el castigo tiene como finalidad la intimidación». (Platón, «Protágoras». 324). Cleón agrega un elemento, típico del «más violento de los atenienses»: la pena cuanto más extrema es, mayor intimidación produce.

También está implícito en este párrafo el concepto de la pena diferencial, proporcional a la culpa del infractor. La culpa es la medida de la pena y consiste en aquellas circunstancias que permiten afirmar que una conducta es el resultado del propio impulso, de la propia voluntad, que con ello se supone libre, que no es consecuencia de una coacción externa irresistible. Los conceptos fundamentales del derecho penal moderno se encuentran aquí *in statu nascendi*. Dados estos supuestos, dice Cleón, si las penas no se diferenciaran con base en el concepto de culpabilidad, las consecuencias que de esto se derivarían serían perjudiciales para los atenienses, por las conductas probables de las ciudades-estado aliadas, las que se verían impulsadas a cometer el delito confederal de la rebelión. Hay, adicionalmente, la peculiar exageración del demagogo: si la pena es relativa, si no consiste en un daño irreparable, no disuade al infractor potencial, pues éste siempre tendrá la oportunidad de reparar el daño causado, en caso de que fracase; si triunfa, habrá obtenido los beneficios que buscaba con su delito. Por ello, afirma que siempre se motivará la conducta infractora y no se logrará disuadir a los infractores potenciales.

A estos perjuicios se unen otros, que se presentan en todo caso:

> «En cambio, nuestro dinero y nuestras vidas habrán de ponerse en peligro frente a cada ciudad; y si tenemos éxito, al reconquistar una ciudad destruida nos veremos privados en adelante del tributo anual, que es nuestra fuerza; y en cambio, si fracasamos, tendremos otros enemigos además de los ya existentes, y en el tiempo en que debemos combatir a los rivales que ahora están frente a nosotros, lucharemos con nuestros propios aliados». (III. 39).

Los argumentos de Cleón son plausibles: señalan posibles consecuencias sociales de la imposición de sanciones diferenciales y relativas basadas en la culpa del infractor. La lógica de Cleón es la lógica de los imperios, los que tienden a convertirse, por ella, en tiranías internacionales.

Una cualidad del discurso del violento demagogo ateniense que merece ser destacada es la utilización del concepto de la culpa para justificar la imposición de las penas o sanciones absolutas, i.e., irreparables. La conducta del infractor ha sido entendida como el resultado de una deliberación consciente, con la finalidad de hacer daño al pueblo ateniense, cuando éste se encontraba en una situación penosa y dramática, y sin tener un motivo suficientemente fuerte, a los ojos del poderoso, para realizarla. Es decir, el infractor pudo haberse conducido de otra manera, si no hubiera sido por su malevolencia o malignidad, por su ambición que lo indujo a aprovecharse de una situación ventajosa para sus

intereses, sin tomar en cuenta los perjuicios que ocasionaría a sus aliados. Su conducta es reprochable, pues no debió haber actuado como lo hizo, realizando el acto constitutivo del delito. Esto demuestra, en el ejemplo, la tesis de que el concepto de la culpabilidad sirve y ha servido, en muchas ocasiones, para justificar al poderoso en la imposición de las penas graves e irreparables. Constituye el concepto fundamental de la ideología justificadora del poderoso por lo que respecta a su conducta coactiva. Su función es hacer a un lado toda consideración que pudiera interponerse en el camino de la ejecución de la pena y, con ello, acallar, las posibles tensiones derivadas de pensamientos contradictorios con los anteriores o, por lo menos, diferentes a ellos, que favorecieran la realización de otro tipo de pena que no fuera la máxima. Con el juicio de la culpa entendida como reprochabilidad se introduce en la fundamentación justificadora de la pena, un elemento de carácter moral, con lo que se evita, de modo muy satisfactorio, todo conflicto entre el orden normativo del derecho y el de la moral. Ello es muy tranquilizante.

El discurso de Cleón ha tendido a justificar la pena máxima impuesta a los mitilenios, mediante el señalamiento enfático de su culpa. En cuanto a las finalidades de la pena, las palabras del demagogo toman en cuenta a tres de los sujetos que hemos mencionado:

a) al poderoso, a quien beneficia la pena máxima impuesta al infractor.

b) al público: probablemente se abstendrá de cometer el delito de la rebelión. La pena disuade: ella es intimidación; prevendrá la realización de conductas que atenten contra el poder del Estado hegemónico imperial.

c) al infractor: éste simplemente intentará evitar la imposición de la pena.

III. -*El discurso de Diódoto*.

a) Observación preliminar: posturas normativa y explicativa.

Diódoto, hijo de Eucrates, tomó la palabra y opuso varios argumentos a los vertidos por Cleón en los oídos atenienses, para evitar que se cumpliera la sentencia dictada en contra de los mitilenios. Muchos de los temas y argumentos contenidos en este famoso debate, son aún discutidos en los tiempos modernos; en la forma, tan eficaz, como son presentados por Tucídides, constituyen tipos ideales weberianos de posturas que pueden asumirse frente al problema de la justificación de las penas, posturas que expresan distintas concepciones del mundo y de la vida.

La impresión de modernidad que produce el discurso de Diódoto se debe a que los temas abordados son constantes en toda política que encuentre su expresión en normas jurídicas. Sorprende constatar que muchos de los argumentos utilizados por Diódoto han sido redescubiertos en la actualidad, con otra terminología y con un instrumental conceptual distinto, más elaborado, pero conservando su carácter esencial. Con el objeto de hacer más clara la exposición, he dividido los temas del discurso en cinco apartados:

i) Racionalidad y persuasión.

ii) Razón y pasión.

iii) Sociología del delito y de la pena: las consecuencias de las conductas.

iv) Causas de las conductas.

v) Penas absolutas y relativas: sus efectos.

Para los efectos del siguiente análisis, cada uno de estos temas está contrapuesto a la tesis correspondiente del discurso de Cleón. El discurso de Diódoto está determinado por el punto de vista epistemológico y moral que aportó al mundo la ilustración griega. Estamos frente a dos concepciones del mundo y de la vida: la concepción de Cleón es tradicional, absolutista, retributiva y pasional; en cambio, la de Diódoto puede ser descrita como racionalista, relativista y utilitarista, características, todas ellas, que pueden ser subsumidas en una dualidad conceptual más general: «actitud normativa» y «actitud explicativa».

Con estos conceptos quiero exponer dos tendencias generales observables en la conducta humana. Una de ellas, la primera, atiende a los intereses del sujeto sancionador, buscando su satisfacción en la retribución. El daño causado intencionalmente por el sujeto infractor es juzgado con el criterio, muy interesante para el poderoso, del ejercicio del libre arbitrio por parte del infractor. Lo que importa, desde este punto de vista, es si el sujeto infractor estuvo en posibilidad de haber actuado de otra manera de como, en realidad, lo hizo. La pregunta es: ¿existen o no circunstancias que demuestren que el sujeto infractor no pudo haber actuado de otra manera? Mejor formulada la pregunta: ¿existen circunstancias notorias, conspicuas, no ignorables, que permitan afirmar con certeza que el sujeto infractor no pudo escapar de ellas y que, por ello, actuó como lo hizo, realizando el hecho delictivo previsto con ese carácter en la norma? Si estas circunstancias no aparecen, el sujeto poderoso, titular de la facultad punitiva, actuará bajo el supuesto de que el sujeto sometido a su imperio pudo haber actuado de otra manera de como lo hizo, cumpliendo con su deber. La afirmación de la intencionalidad del acto delictivo, base del juicio de reproche de la culpabilidad, es el producto de la *inconspicuidad* de las circunstancias o elementos condicionantes de la conducta infractora y, por tanto, conducen a la afirmación de la libertad de la conducta, del libre arbitrio.

La segunda postura, que he denominado «actitud explicativa», tiene por objeto fundamental obtener la comprensión y explicación de la conducta delictiva. Para ello, asume que la conducta se encuentra condicionada o determinada por diversos factores, que es necesario explicitar. La conducta, delictiva o de cualquier tipo, es explicable sólo bajo el supuesto de que existen hechos o circunstancias antecedentes que la determinan, de los cuales ella es dependiente. Por tanto, el supuesto del libre arbitrio, es decir, el supuesto de que la conducta no se encuentra condicionada por hechos o circunstancias respecto de los que depende, sino que surge de la voluntad interna del sujeto, la cual no se encuentra

determinada, es radicalmente rechazado por la segunda de las posturas. La afirmación del libre arbitrio es la afirmación más tajante de que la conducta del hombre es inexplicable. Voluntad libre es equivalente a inexplicabilidad de la conducta. Por tanto, en esta segunda posición, la investigación de los elementos condicionantes de la conducta humana no se detiene en la afirmación de la existencia de una voluntad incausada, sino que se continúa hacia atrás en el tiempo y va más allá del sujeto, para determinar las circunstancias que han conformado, y ello significa, condicionado la conducta sujeta a investigación. Se arriba a la conclusión de que la conducta se encuentra causada y, en consecuencia, el sujeto no pudo haber actuado de otra manera; se afirma que el sujeto no ejecutó su obligación porque no se presentaron las condiciones que hubieran causado la conducta de cumplimiento. Por ello, la conducta del sujeto titular de la facultad punitiva tiene que variar sustancialmente, como aparece en el debate que analizamos.

b) El contenido del discurso.

i) Racionalidad y persuasión.

La primera parte del discurso de Diódoto está dirigida contra Cleón; intenta refutar su posición política y su actitud ante la Asamblea. Su propósito es exhibirlo como un demagogo que ha pervertido la finalidad de las deliberaciones democráticas en la Asarnblea ateniense.

> «Ni censuro a los que de nuevo han abierto debate sobre los mitilenios, ni alabo a los que se quejan de que se delibere varias veces sobre asuntos decisivos...». (III. 42).

Así inicia Diódoto su histórico discurso. Favorece claramente la decisión de volver a discutir el asunto de los mitilenios, sometiendo la sentencia dictada el día anterior al escrutinio racional. Cleón se ha opuesto a esa discusión. En contraposición, Diódoto favorece y encomia la discusión pública del asunto.

> «El que niega que las palabras serán guía de la acción, o es poco inteligente o tiene algún interés personal; poco inteligente si piensa que es posible por otro procedimiento dar la propia opinión sobre cosas aún no sucedidas y oscuras; y es movido por un interés personal, si queriendo persuadirnos a una cosa poco honorable, piensa que no sería capaz de dar buenas razones en una mala causa, pero que si calumnia con habilidad podría intimidar a los oponentes y a los oyentes». (III. 42).

Esta es una de las tesis fundamentales del discurso, o mejor, de la argumentación de Diódoto. El centro de su preocupación es la acción, tal como lo era para los sofistas. Al respecto, dice Francisco Rodríguez Adrados:

> «Los sofistas no tienen un interés directo por las ciencias, ni siquiera por las ciencias humanas. Su punto de partida, ya lo hemos visto, es una teoría

de la conducta, profesada con finalidades prácticas. La Teoría del Conocimiento -al igual que luego ocurrirá con Platón- no es, en último extremo, más que un apoyo que se busca para fundamentar las posiciones tomadas en torno a la conducta humana. La Retórica sofística está al servicio de la 'persuasión', es decir, busca hacer triunfar en el seno de la ciudad las ideas consideradas correctas por el orador. Por su parte, la Psicología gorgiana y toda su teoría estética no es más que una fundamentación de su teoría de la persuasión. La Gramática nace, igualmente, en conexión con la práctica: la Sinonimia de Pródico hemos visto ya que responde a una voluntad de distinguir entre ideas, concretamente entre ideas morales; la teoría de las clases de oraciones en Protágoras no distingue entre expresión y pensamiento y lo que busca es clasificar las formas en que el orador puede dirigirse al público». (IPGC. p. 475).

El discurso de Diódoto tiene lazos internos con las tesis sofísticas, los cuales son tan estrechos que puede afirmarse, sin temor de exagerar, que constituye una presentación concreta de ellas, hecha en ocasión de un suceso real. Es necesario destacar el carácter racional de la postura de Diódoto. El discurso expone la tesis de que las palabras son guías de la acción: el hombre tiene la peculiaridad de poder guiar su conducta por las significaciones que proporcionan las palabras. Ellas, en lugar de las pasiones y las emociones, pueden ser una motivación para actuar en ciertos sentidos.

Estamos frente al optimismo de la primera ilustración, surgido del descubrimiento de la autonomía humana. No los dioses, no la tradición, no el poder y la heteronomía eran los que mantenían atados al hombre a modos de conducta insatisfactorios e ineficaces, sino la propia incapacidad para hacer uso de la razón, de las palabras como guías de la acción[9]. Aquellos factores son demasiado reales en la vida humana para ser negados o hechos a un lado con un gesto impaciente. Pero, a pesar de ello, el hombre tiene la capacidad de determinar su conducta por medio de la razón. Este optimismo, con posterioridad, va a ser minado internamente por los trágicos acontecimientos de la guerra. El propio Tucídides nos dará la demostración de ello y Gorgias será el teórico que formulará la explicación respectiva[10]. Es claramente perceptible en el discurso de Diódoto el entusiasmo y la confianza en que la razón puede, en muchas ocasiones, guiar la conducta humana. Este optimismo es la base de las instituciones democráticas; sólo bajo el convencimiento de que el hombre puede guiar su conducta por palabras tiene sentido y función una asamblea, que delibere sobre las conductas que habrán de ejecutarse en situaciones determinadas para obtener resultados ventajosos previstos de antemano. En una tiranía o con sujetos no racionales, una asamblea es totalmente inapropiada. Una convención de asnos puede ser el tema de una comedia; una asamblea de hombres que no se dejen guiar por las palabras es una contradicción, un sinsentido. Sin embargo, existe

[9] Cfr. Kant, I. «¿Qué es la Ilustración?»

[10] Cfr. Untersteiner S. Cap. VIII.

un peligro: conforme a Gorgias, las palabras pueden suscitar el temor, el miedo, la resolución, el valor, la esperanza, etc. El hombre puede ser guiado hacia fines cualesquiera por las pasiones y emociones que generan las palabras y un orador lo suficientemente hábil puede conducir a una asamblea, utilizando para sus fines los sentimientos y pasiones que generen su oratoria, a tomar decisiones precipitadas y contrarias a cualquier criterio racional o utilitarista.

Compárense el modelo de vida contenido en las frases de Diódoto con una descripción de formas de vida tradicionales o autocráticas. En éstas la conducta no es determinada por el sentido del discurso, por los argumentos, sino por las pasiones o las situaciones de poder. Frente a la conducta racional póngase una conducta motivada religiosamente y hágase la comparación. La contradicción aparecerá de modo patente. La fuerza de un argumento racional es casi nula frente a una conducta determinada por la tradición: sólo lo ejecutado inveteradamente puede valer como pauta de comportamiento. A ello contribuyen poderosos sentimientos aversivos, casi irresistibles, generados por la representación de cualquier conducta violatoria de la tradición.

Asumiendo el punto de vista aportado por estos conceptos, puede uno percatarse del grado de evolución que había alcanzado la vida de los atenienses. Sin embargo, ella no estaba exenta de peligros. La frontera entre la racionalidad y cualquier otra motivación es delgada y frágil. El más leve descuido, la más pequeña distracción, un breve parpadeo, puede conducir, con la malignidad kafkiana del mundo, a las peores consecuencias: las que puede producir la irracionalidad. Unos cuantos años sin ocuparse en la educación es suficiente para que el hombre retorne a vivir como las bestias. El ascenso por la cuesta de la civilización está erizado de peligros. La metáfora de Toynbee en este sentido es muy adecuada. En una sociedad culta y democrática se encuentra la barbarie encarnada en aquellos sujetos que no han podido o no han querido subir la cuesta de la cultura. En el ferrocarril, junto a un sabio, puede sentarse un hombre de las cavernas, culturalmente hablando. Uno mismo tropieza frecuentemente con el mamífero que somos y con la fiera de presa: Dr. Jekyll y Mr. Hyde.

Las instituciones democráticas se encuentran sujetas a peligros similares. El abuso de la democracia es la demagogia. Al rechazo de este abuso se dirige la primera parte de la argumentación de Diódoto. La intimidación de la Asamblea es la que primeramente rechaza, cuando es consecuencia de la calumnia:

> «Porque los que acusan de antemano de oratoria comprada con dinero, son los oponentes más peligrosos; pues si acusaran de ignorancia, el que no consiguiera convencer, quedaría conceptuado más de poco inteligente que de corrompido; pero si hacen la acusación de corrupción, en caso de que uno convenza a los oyentes, queda como sospechoso, y si no tiene éxito, como corrompido, además de poco inteligente. En un caso así, la ciudad no resulta beneficiada, porque es privada de consejeros por miedo. Sería para ella una gran ventaja el que semejantes ciudadanos no pudieran hablar, porque de esta manera es como menos se dejaría persuadir a cometer errores guiada por ellos. Por el contrario, es necesario que el

buen ciudadano aparezca como mejor consejero que los demás no atemorizando a los oponentes, sino en condiciones de igualdad». (III. 42).

Esta denuncia está dirigida a los que impugnan las instituciones democráticas haciendo uso de procedimientos demagógicos que, en este contexto, podrían ser conceptuados como aquellos que ponen a los oponentes, a través de la destrucción de la igualdad democrática, en situación de subordinación o son silenciados por la emotividad suscitada en la audiencia, conduciendo a la toma de decisiones por motivos diferentes de los puramente racionales. La persuasión racional es la única que, en el tipo ideal, cabe en una democracia. La realidad nunca se conforma con semejante paradigma; siempre existen elementos no racionales en toda argumentación pública. A pesar de ello, el tipo ideal es la pauta con la que medimos y concebimos las realidades sociales.

Diódoto rechaza la acusación, hecha por Cleón, de que los oradores que favorecen la discusión sobre el caso de Mitilene están sobornados por los interesados: los embajadores de la ciudad condenada de los que nos habla Tucídides. A continuación presenta las condiciones que una democracia debe cumplir para que la razón determine sus decisiones[11].

ii) Razón y pasión.

Cleón invocó elementos de carácter emotivo tendentes a la confirmación de la sentencia capital dictada en contra de la población de Mitilene. La afirmación de la culpa fue uno de esos elementos: Cleón sostuvo que los mitilenios actuaron con plena conciencia, aprovechando las circunstancias adversas por las que pasaba Atenas, señalando, en consecuencia, que pudieron haber actuado de otra manera. Todo ello con el propósito de mostrar la maldad del infractor y ajustar la pena a su maldad. La culpa es la manifestación de la maldad y, por tanto, la medida de la pena. Este es un argumento emotivo, dirigido a suscitar los sentimientos de los oyentes, para moverlos a la venganza. La compensación de la culpa por medio del castigo es una idea falsa y demagógica: la culpa no puede remediarse, no se puede intervenir en los acontecimientos pasados, como Protágoras lo había demostrado. La culpa tiene un supuesto indemostrable: que el sujeto infractor pudo haber actuado de otra manera. La idea de que el sujeto sancionado tenga una voluntad libre determina, en realidad, la imposición de la pena y la gravedad de la misma. Esta idea es usada por el sujeto sancionador, por el emisor de la norma, pero no es confirmable en el sujeto sancionado. El emisor de la norma, haciendo uso del concepto de libertad de la voluntad, renuncia a entender la conducta sancionada, pues si afirma que el sujeto sancionado pudo haber actuado de manera distinta a como lo hizo, se desentiende de las variables que condicionaron la conducta sancionada. Con

[11] Cfr. final de III. 42 y 43.

ello, en resumen, asume la «posición normativa», cuya función es satisfacer los deseos de retribución del que tiene el poder, o de aquellos cuyos intereses protege, excluyendo la asunción de la «posición explicativa», cuyo interés es la comprensión y explicación del mundo, en general, y de la conducta, en particular. El concepto de la culpabilidad es el principal obstáculo que impide la comprensión de los factores condicionantes de la conducta. Es, más bien, una ideología que pretende racionalizar los deseos retributivos de la víctima del delito y de su instrumento coactivo: el titular de la facultad sancionadora. Son equivalentes las afirmaciones de la «libertad de la voluntad» y «el infractor pudo haber actuado de otra manera» y son el signo de que el sujeto que las suscribe ignora las variables que condicionaron la realización de la conducta infractora. Esta ignorancia del sujeto sancionador, es decir, del poderoso, no justifica ni puede ser el fundamento para justificar la imposición de una pena, en especial, de la pena máxima. La 'posibilidad' de haber actuado de otra manera entraña precisamente la imposibilidad de comprobar el condicionamiento «real» de esa conducta alternativa. La afirmación de dicha posibilidad significa que otras causas distintas de las que en realidad operaron en el sujeto, pudieron haberse presentado. La conducta alternativa es, en realidad, la conducta debida, nunca una conducta real causada. Por ello, la afirmación de la culpabilidad es una doctrina metafísica, en el sentido peyorativo de la expresión, cuya función habrá que buscarla en otra parte y no en el campo de la ciencia explicativa.

Diódoto no podía haber transitado por argumentos como los anteriores; no hubiera podido refutar los argumentos de Cleón de la culpabilidad de los mitilenios, sin colocarse en una situación de desventaja. Cleón había ya incitado el sentimiento de indignación de la Asamblea; sus argumentos no eran falsos en lo que se se refiere a las circunstancias en que fue realizada la rebelión. Por ello, Diódoto no debía referirse directamente a ellos para refutarlos. Nada podía hacer para destruirlos ni podía aducir otros diferentes que los anularan. El deseo de venganza de los atenienses era una realidad irrefragable, que no podía ser ignorada. ¿Cómo determinar, con base en la razón, la conducta de un sujeto que se encuentra en un intenso estado emotivo? He aquí el problema de Diódoto.

> «Yo no he venido ni a hablar contra la resolución para favorecer a los mitilenios, ni a acusarles. Porque nuestro debate no versa sobre sus crímenes, sino sobre la prudencia de nuestra sentencia; pues aunque yo logre demostrar que obraron con toda maldad, no por eso aconsejaré ejecutarlos si no es conveniente; ni, aunque demuestre que tienen alguna disculpa, aconsejaré dejarles sin castigo si no es con toda evidencia cosa útil para la ciudad». (III. 44).

Hablar en favor de los Mitilenios conduciría probablemente a la ejecución de la sentencia dictada, pues ello exacerbaría la indignación y el deseo de venganza de la Asamblea. Para mostrar su imparcialidad y ecuanimidad tenía que afirmar que no hablaría contra los mitilenios para

acusar los ni para defenderlos. De esta manera, indirectamente, encauzaba a los atenienses a tomar una actitud racional en relación con sus argumentos, puesto que ellos no tocarían ni intentarían destruir la convicción ardiente que Cleón había encendido en la Asamblea. Por el contrario, los forzaba a dirigir su pensamiento a ponderar la conducta de los propios atenienses y a cuestionar su conveniencia o utilidad. Esta es la única brecha que existía por donde podría transitar hacia la racionalidad: no juzgar a los que habían hecho daño a Atenas, sino ponderar la conveniencia de la reacción del pueblo ateniense. Esta estrategia captaría la atención de los oyentes al mencionar sus propios intereses.

Anuncia, entonces, el contenido de su discurso: la conveniencia y utilidad del castigo impuesto a los mitilenios. Utilidad y conveniencia ¿para quién? Evidentemente, para el imperio ateniense, para el poderoso. Diódoto se presenta más radical que los propios atenienses indignados: la utilidad será el criterio del castigo de los mitilenios, no el de la culpa.

Hay un elemento adicional, en esta parte del discurso, profundamente intrigante. Respecto de la proposición de Cleón de confirmar la sentencia del día anterior, dice Diódoto:

> «Porque como ésta es más justa si se mide por vuestra actual indignación contra los mitilenios, os podría atraer; pero nosotros no estamos querellándonos contra los mitilenios para pedir justicia, sino deliberando sobre ellos para que resulte de utilidad para nosotros». (III. 44).

Excluye a la justicia como materia del debate. Esto es extraño, pues pareciera que, precisamente, la justicia de la sentencia dictada fuera el contenido del debate. Más extrañas aún son sus palabras cuando contrapone el concepto de justicia con el de utilidad. La razón de este proceder puede hallarse en ciertas contraposiciones que son la base de toda la argumentación del que, en realidad, parece un sofista consumado. Estas contraposiciones son las siguientes:

1) pasado - futuro
2) pasión - razón
3) justicia - utilidad

Los primeros términos de las tres contraposiciones se corresponden y armonizan entre sí; igualmente los segundos. La justicia es entendida como retribución, como reacción violenta a un mal que se ha sufrido; por tanto, está condicionada por el pasado. La mirada de la retribución está dirigida hacia lo ya acontecido y está cargada con la sustancia del entusiasmo, generada por el deseo de venganza. La justicia, como retribución, satisface la pasión elemental de restablecer la igualdad rota entre los dolores y satisfacciones comparados intersubjetivamente, que son el lote de cada sujeto en su vida. Parece como si cada ser humano llevara una balanza con la que comparara el peso relativo de cada placer y cada dolor. La desigualdad, de carácter positivo o negativo, es determinada en su magnitud a través de la comparación con los destinos de los demás. Recuérdese lo dicho anteriormente en relación con la exigencia de igualdad entre todos los hombres, lógica consecuencia del egoísmo.

Diódoto ofrece a la Asamblea otro tipo de argumento: propone no mirar al pasado, poner al margen la pasión y olvidar la retribución; por el contrario, debe encararse el futuro, actuar racionalmente y, en consecuencia, ponderar la utilidad de la conducta presente medida por sus consecuencias futuras. Con esto establece un fundamento nuevo para todas las subsiguientes consideraciones: la perspectiva ha cambiado radicalmente. La utilidad presente determinada por el pasado, es la justicia; la utilidad futura generada por nuestra conducta presente, es la utilidad propiamente dicha. Actuar en función de la utilidad futura, es función de la razón.

iii) Sociología del delito y de las penas.

Las siguientes palabras de Diódoto contienen consideraciones sociológicas de gran importancia:

> «Pues bien, en los Estados la muerte es la pena establecida para muchos delitos, incluso no iguales a éste, sino inferiores; y sin embargo hay quienes, llevados de la esperanza, se ponen en peligro, y aun no ha habido ninguno que emprendiera una empresa peligrosa con la idea de que estaba condenado a sucumbir en ella... los hombres han recorrido toda la escala de las penas al legislar, por ver si dejaban de sufrir daños de parte de los malhechores. Es natural que antiguamente fueran más graves las penas de los mayores crímenes, pero como con el tiempo han sido desafiadas, la mayoría de ellas han llegado a convertirse en la de muerte; y a pesar de ello se les desafía. Así pues, hay que encontrar un motivo de miedo mayor, y de lo contrario éste no hace desistir de nada». (III. 45).

La pena de muerte se había generalizado en Grecia. Esto demostraba su ineficacia para determinar que el hombre se abstuviera de realizar las conductas infractoras. La «escala de las penas» contenida en la legislación había tenido como propósito evitar los daños causados por los malhechores. Sin embargo, éstos no son disuadidos por las penas graves y, en especial, por la penal capital. La reacción retributiva al mal no ha impedido que éste continúe existiendo. Se había creído que con la agravación de la pena hasta llegar a la de muerte, sería posible evitar la realización de los hechos infractores. El hombre desafía a las penas, por drásticas y graves que sean. Las penas no disuaden: ellas son, en gran medida, ineficaces para motivar la conducta humana. Esta sigue su propio curso con total independencia de la norma coactiva o del número de veces que ha sido ejecutada sobre ciertos individuos. Las leyes que rigen las conductas no son las normas que establecen las sanciones. Lo más que puede decirse de las normas es que tienen una existencia ideal; per se, no poseen fuerza motivadora; no son un impulso de la conducta real ni un camino que constriña al hombre a comportarse como el legislador prescribe. En el mejor de los casos, son un eslabón más en una cadena causal de motivaciones y, ciertamente, no es el eslabón más importante. Es muy probable que esta ineficacia fuera una de las causas que determinaron la progresiva agravación de las penas y su incrementada inefectividad.

iv) Causa de las conductas.

Lo anterior suscita la pregunta sobre cuáles son, para Diódoto, las causas que determinan las conductas o, por lo menos, cuáles son los factores que producen la ineficacia del orden coactivo, a pesar del uso irrestricto de las más graves sanciones. Ya se ha señalado que las conductas no se orientan por los contenidos punitivos de las leyes.

> «... sino que la pobreza inspirando audacia por efecto de la necesidad, la riqueza inspirando deseo de abusar y orgullo por efecto de la insolencia, y las circunstancias de la vida encendiendo las diferentes pasiones de los hombres según el vicio incurable e irresistible por el que cada uno es dominado, arrastran a los peligros. También causan siempre grandes daños la esperanza y el deseo; la primera viene delante y el segundo detrás; éste proyecta la empresa y ella hace acordarse de la benignidad de la fortuna; y aunque son cosas que no se ven, tienen más fuerza que los peligros manifiestos. Añadiéndose a ellas, la fortuna no contribuye menos al enardecimiento: pues como a veces se presenta cuando menos se la espera, induce a los hombres incluso a arrostrar el peligro en una situación de inferioridad...». (III. 45).

Diódoto concibe al hombre como un ser guiado por las necesidades. Estas son las que determinan su conducta, prima facie. La concepción no es del todo errónea; podría ser apoyada por una gran cantidad de autores modernos, tanto psicólogos como economistas.

Además de las necesidades primarias, de base biológica, Diódoto menciona otras de carácter social, no por ello menos compulsivas: pienso en el poder, el cual tiende a la desmesura por efecto de su opulencia. Otro factor señalado por Diódoto de manera especial, es la fortuna, la que es considerada, no tanto causa de la conducta, sino el factor determinante de una peculiar cualidad de ella: el 'enardecimiento' con el que se llevan a cabo los designios delictivos. Esto constituye el «tono» de la acción, la energía con la que se ejecuta, la dedicación y persistencia en la obtención del resultado. La observación tiene un sólido fundamento y, tal como está formulada, permitiría hacer su traducción conductista, si ese fuera el objeto de esta parte del trabajo[12].

> «Es sencillamente absurdo y de gran candidez creer que, cuando la naturaleza humana se lanza a hacer algo con entusiasmo, hay algún medio para contenerla, sea por la fuerza de las leyes o por alguna otra amenaza». (III. 45).

Esta es la conclusión final sobre el tema de la motivación. Es conveniente presentar algunas consideraciones conductistas sobre el tema que nos ocupa. Diódoto, en resumen, afirma que los infractores ejecutan las conductas delictivas para satisfacer sus necesidades de carácter biológico

---

[12] Cfr. Schmill CJ para obtener un ejemplo y la posible metodología para hacer semejante traducción.

o social. La conducta se encuentra conformada por los resultados satisfactorios que se obtienen de su realización. Si una cierta conducta condujera a la obtención de resultados dolorosos o inconvenientes, dentro del espíritu de la argumentación de Diódoto, podría afirmarse con un alto grado de seguridad que sería muy improbable la realización de la conducta. Desde el punto de vista de la terminología de los economistas podría decirse que la realización de la conducta infractora se lleva a cabo porque arroja una utilidad al sujeto infractor, superior a los costos en los que incurre con motivo de su ejecución. La diferencia entre las utilidades que obtiene el infractor y los costos en los que incurre, es positiva. El infractor se comporta, desde el punto de vista económico, como un hombre racional, como un empresario del crimen: calcula sus costos y las utilidades esperadas. Si éstas superan a aquéllos realizará la conducta. Se trata de la ley de la oferta y la demanda[13].

Desde el punto de vista conductista puede decirse que el infractor obtiene, con su conducta, consecuencias o resultados reforzantes. Estas contingencias de reforzarniento son las que generan y mantienen la conducta delictiva, la que está sujeta a las mismas leyes, válidas en la explicación de cualquier otra conducta. No puede existir una teoría especial para explicar la conducta delictiva, pues este carácter lo obtiene por estar descrita en una norma como la condición de una sanción. Un cierto contenido normativo no puede condicionar una psicología diferente. Es claro que deben tener una influencia importante los programas de reforzamiento de la conducta delictiva. Estos programas, en especial el programa intermitente, son la versión conductista de la «fortuna»[14]. La única diferencia es que el concepto de la fortuna es una expresión, en el mejor de los casos, mítica, que se refiere a todos aquellos factores ambientales, humanos o no, que producen o impiden la obtención de reforzamientos y que, en gran medida, no están sujetos a ningún control por parte del sujeto actuante.

Por ello, las leyes y los castigos tienen poca influencia en la conformación de la conducta. Esta línea tiene un cierto curso debido a los reforzamientos y las contingencias en los que acaecen. Es muy improbable que entren en operación las normas punitivas y su casi inexistente aplicación. La luz del reforzamiento ciega la mirada del sujeto a los improbables inconvenientes del posible castigo futuro. Por ello, las normas coactivas tienen un alto grado de probabilidad de no ser efectivas y, por tanto, son poco motivantes. Una de las causas de esta ineficacia se encuentra en el hecho de que la aplicación del orden jurídico tiene un costo, generalmente, muy alto. El castigo de los delitos supone un aparato muy costoso y de difícil manejo. El infractor es raramente sancionado, pues la probabilidad de que se aplique la sanción a su persona se ve notoriamente reducida con el crecimiento de la población y las medidas que el propio infractor toma para no ser sorprendido y sentenciado. El derecho

[13] Cfr. Andreano y Siegfred EC y Becker y Landes EECP.

[14] Cfr. Schmill CJ.

para los sujetos sometidos a él, debe ser conocido con el objeto de encontrar la manera de evitar que la sanción llegue a aplicarse. El obligado por una norma tiene puesto su interés en el incumplimiento reforzante de la obligación. Con esto no se niega que, en ciertos casos, el cumplimiento de la obligación sea reforzante para el obligado, aunque no de manera directa, sino indirecta y lejana, i.e., puede el cumplimiento de una obligación ser un reforzador negativo.

v) Penas absolutas y relativas: sus efectos.

Dice Diódoto, con base en doctrinas claramente sofistas:

> «Por tanto, es necesario no tomar malas determinaciones confiados en la garantía de la pena de muerte, ni dejar sentado sin remedio para los que se subleven que no habrá posibilidad de arrepentimiento y de reparar la culpa lo antes posible. Considerad que ahora, si una ciudad que hace defección se da cuenta de que no va a triunfar, puede llegar a un acuerdo de paz cuando aún puede pagar los gastos ocasionados y satisfacer el tributo en el futuro; pero en aquel otro caso, ¿quién creéis que va a dejar de hacer sus preparativos para la lucha mejor que ahora, y de resistir el asedio hasta el fin, si igual da entregarse pronto que tarde? ¿Y no es para nosotros un perjuicio el hacer gastos en el asedio por la imposibilidad de un acuerdo y, si conquistamos la ciudad por la fuerza, encontrárnosla destruida y vernos privados en el futuro de los ingresos procedentes de ella?» (III. 46).

Este párrafo reafirma que el debate se refiere a los propósitos, y esto quiere decir, las utilidades de la acción de un sujeto: el pueblo ateniense. La sentencia como norma no tiene finalidad alguna, aunque sí es un instrumento con el cual los atenienses perseguían sus fines. Tanto Cleón como Diódoto describen las utilidades que el poderoso puede obtener con la imposición de las penas. En el caso del más violento de los ciudadanos, la utilidad se encontraba en la satisfacción que produce la realización de la venganza, la imposición de un castigo proporcional a la culpa del infractor. Esta satisfacción deriva de la restauración del equilibrio roto por la creación de una diferencia entre el monto y calidad de los reforzadores del emisor de la norma y del infractor sometido a ella. El poderoso restaña su orgullo ofendido por el quebrantamiento de la paz, de su paz, hecha por el infractor y recupera los gastos en los que incurrió con el objeto de sofocar la rebelión.

Introduciré aquí dos conceptos que facilitarán la descripción y el manejo de los textos tucidídeos. Me refiero a los conceptos, ya menciona dos anteriormente, de ‘pena relativa’ y ‘pena absoluta’. La primera es aquella cuyas características permiten al infractor reparar el daño que ha causado y por tanto, no lo colocan en una situación límite. La segunda es la que no permite al infractor reparar el daño causado y evitar la imposición de la pena, además de colocarlo en una situación límite. Por ‘situación límite’ entiendo la que restringe de tal manera la posibilidad de acción de un sujeto que lo determina a ejecutar conductas de tal naturaleza extremas, para escapar de dicha situación, las que normalmente

no realizaría. Estos conceptos admiten matizaciones y son, por tanto, relativos. La mejor ilustración de ellos se encuentra en el párrafo transcrito de Diódoto. Si la pena consistiera en la reparación del daño sufrido, entonces el infractor no tendría que recurrir a medidas extremas para preservarse. Lo extremo de la sanción condiciona lo extremo de la conducta. Una sanción relativa condiciona conductas relativas, i.e., no extremas, cuyas consecuencias o resultados son reparables.

Una población, ciudad o Estado que se encuentre en rebelión, podrá suspender la conducta de desobediencia y lucha, si puede estar confiado en que el Estado contra el cual se rebeló lo hará reparar el daño que ha causado, sin peligro de su propia existencia. Podría replicarse con Cleón:

> «Considerad, además, que si imponéis las mismas penas a aquellos de nuestros aliados que hicieron defección obligados por el enemigo y los que lo hicieron por propio impulso, ¿quién creéis que va a dejar de rebelarse con un pequeño pretexto cuando las alternativas sean la liberación en caso de éxito y el no sufrir nada irreparable en caso de fracaso?». (III. 39).

La benignidad puede, ciertamente, producir un incremento de la delincuencia. La razón de ello es que la pena es un costo de la acción y si este costo es pequeño, la utilidad derivada del delito es muy grande y, por tanto, hay un fuerte incentivo para realizar la acción constitutiva del delito. En el caso de la pena absoluta, Diódoto ya ha mostrado que no disuade, pues la pena no determina la conducta, sino que es solo un obstáculo o costo que puede llegar a evitarse con las medidas adecuadas. En efecto, como Diódoto lo expresa, con la pena absoluta el infractor tornará las medidas que sean necesarias para que dicha pena no le sea impuesta, medidas que pueden tener un costo altísimo, y recurrirá a cuantos artificios encuentre o imagine para conseguir la ineficacia de la norma. Si una rebelión se sanciona con una pena absoluta, puede decirse que sus posibilidades de éxito son muy grandes debido a la preparación que los rebeldes seguramente habrán tomado para evitar la aplicación de la sanción. Las luchas serán más encarnizadas y la crueldad se incrementará sin límites, pues con las penas absolutas interviene «la seriedad de la muerte», para utilizar una expresión de Max Weber. Los rebeldes no pueden permitir ser vencidos, pues con la derrota encontrarán, con toda seguridad, la muerte, igualmente que con la rendición. Por lo tanto, la lucha será sin cuartel y hasta el límite de la vida.

En cambio, las penas relativas facilitan la celebración de acuerdos de reparación del daño, evitándose los extremos a que conducen las situaciones limite.

> «En consecuencia, no debemos perjudicarnos por el afán de ser jueces rigurosos de gentes que han cometido una falta, sino ver cómo, con un castigo prudencial, podemos contar en el futuro con ciudadanos potentes económicamente; ni debemos pensar en defendernos mediante la crueldad de las leyes, sino mediante la previsión de las medidas que tomemos. Pero ahora hacemos lo contrario de esto, pues si sometemos a un pueblo libre que está dominado por la fuerza y que, como es razonable, se sublevó para

> recuperar la libertad, creemos que es necesario vengarnos cruelmente. Pues bien, lo que hay que hacer no es castigar a los pueblos libres cuando se sublevan, sino vigilarlos bien antes de que lo hagan y anticipárseles con las medidas oportunas, a fin de que ello no les venga ni con el pensamiento; y cuando se les venza, atribuir la culpa al menor número de personas». (III. 46).

Esta es la contestación al argumento de Cleón. Cuando una situación no se ha radicalizado, porque las pasiones que la motivan no son de gran intensidad, lo cual significa que los sujetos no se encuentran coartados de modo drástico en sus posibilidades de desarrollo, la tendencia del sujeto poderoso no es la de imponer penas máximas. Si, por el contrario, el sujeto poderoso se encuentra en una situación límite, la pena máxima expresa este estado, es un signo de él; puede observarse que no se encuentra en proporción razonable pon la utilidad que obtendrá de su imposición. La pena máxima refleja en el ámbito del poder punitivo la situación precaria del sujeto que la impone. La inatención a las consecuencias de la pena es algo que sólo puede estar causado por lo que Tucídides llama ‘pasión’.

La frase final del discurso es muy significativa:

> «Esta resolución es útil para el futuro y temible ya desde ahora para el enemigo; pues el que es prudente en sus decisiones es más poderoso frente al enemigo que el que procede insensatamente apoyado en la fuerza». (III. 48).

Aquí se toca un tema de gran profundidad, que no abordaremos en este lugar: el de las relaciones entre la razón y el poder, entre el conocimiento y las posibilidades de éxito. La relación, evidentemente, es directa, pues el conocimiento establece las relaciones legaliformes a las que se encuentran sujetos los fenómenos. Para Diódoto, la pena relativa, en contraposición a la pena absoluta, es la consecuencia de la racionalidad y, paradójicamente, tiene como función el incremento de poder, a pesar de la restricción que implica en el uso de la fuerza. En resumen, conforme a Diódoto, la razón no está de parte de la retribución, sino de la utilidad. La culpa es un concepto al servicio de la retribución y es, por tanto, irracional. Afirmarla es el producto de haber asumido la postura normativa, la cual está al servicio del egoísmo mal entendido, pues con ello se niega el incremento de poder que puede producir el conocimiento y la racionalidad.

v) Resultado del debate.

Hemos reseñado con algún detalle el famoso debate sobre el destino de la ciudad de Mitilene. Los párrafos de Tucídides que han sido transcritos muestran elocuentemente el uso que históricamente se ha dado a los conceptos de ‘culpa’, ‘retribución’, ‘castigo’, ‘pasión’, ‘razón’, etc. Después de haber transitado por estos argumentos, representándose las experiencias que el pueblo ateniense debió haber tenido, el lector puede

imaginarse en medio de las personas como las que aparecen representa das en las comedias de Aristófanes, en situación de votar por la alternativa planteada a la Asamblea. Imagine por cuál de las opciones hubiera votado. Piense que algunas personas de su familia perdieron la vida, víctimas de la peste y que ha estado varios años, cuatro para ser exactos, montado en el brioso corcel de las emociones que produce una guerra. Momentos de gran entusiasmo lo han impulsado a actuar de manera tal que en varias ocasiones ha estado a punto de perder la vida. Quizá, como el propio Tucídides, cayó enfermo contagiado de la peste y logró salir vivo de semejante ordalía. Su casa ha sido destruida por las incursiones de los espartanos, y siguiendo los consejos de Pericles, ese lejano ciudadano impertérrito, no ha salido a luchar para darles su merecido a los soldados del rey Arquidamo. Ha, incluso, tenido que estar en algunas embarcaciones de guerra luchando en lugares insólitos, cuya importancia estratégica apenas es conocida. Por otra parte, circulan rumores inquietantes sobre el origen de la guerra. Algunos creen que ha sido desatada por Pericles, al estar involucrado en tratos sucios con algunos comerciantes de Megara, por conducto de su esposa Aspasia o como venganza en contra del pueblo ateniense por los juicios instaurados en contra de sus amigos, especialmente el escultor Fidias y contra él mismo, por malversación de fondos. Otros dicen que tan sólo sirve a los intereses de los comerciantes ricos del Pireo, muchos de ellos extranjeros, los cuales están haciendo enormes ganancias con el alquiler de los barcos y la venta de mercancías, especialmente, de los granos con los que se alimenta a diario el pueblo ateniense, los que se importan desde la Escitia, de Sicilia y de Egipto, fundamentalmente. Es decir, el asunto no es claro y demanda demasiado de los ciudadanos. Y ahora se encuentra en la disyuntiva de tener que reconocer la validez de una sentencia que el día anterior dictó la Asamblea en contra del pueblo traidor de Mitilene o de votar para revocarla. Quizá el día anterior haya dado su voto favorable a la sentencia de muerte, pues las palabras de Cleón lo convencieron plenamente de la justicia de la pena impuesta sobre toda la población de la ciudad rebelde de la isla de Lesbos. Por otra parte, un sofista, alumno o amigo de Protágoras, seguramente un conocido de Pericles, dice que los atenienses no deben guiarse por los sentimientos ni por la indignación, a la que califica de justa; pero, como sofista que es, quiere presentar el argumento débil como si fuera el fuerte y al argumento fuerte mostrarlo lleno de defectos para hacerlo aparecer como el débil. ¿Dónde está la verdad? ¿Cuál es el argumento fuerte y cuál es el débil? ¿Cuál es el camino correcto a seguir? Ha sido un fenómeno por todos observado que en los últimos tiempos las cosas no son tan claras como antes lo eran. Las palabras no tienen un significado único y las personas no son lo que aparentan. El convencimiento más firme ha sido sacudido, como el viento sacude las copas de los árboles y, por el momento, nadie sabe con certeza cuál es el camino adecuado por el que se debe transitar. Ni los oráculos son ya infalibles, pues no se sabe si los dioses existen o no, pues el asunto es tan complejo y la vida humana tan corta, que lo mejor es callar sobre estas materias. Ni siquiera la naturaleza es igual que antes. Los

dioses de antaño ahora se afirma que son piedras u otros objetos igualmente bajos; los terremotos y las entrañas de los animales han enmudecido. Ya no existen criterios seguros sobre nada. Ni siquiera cada hombre es conocido por él mismo. Quizá todo sea apariencia, como dice el filósofo burlón, Demócrito, originario de Abdera, igual que Protágoras, amigo de Pericles. Entre los atenienses hay muchos que se encuentran en una situación semejante y piensan que lo mejor sería dejar el manejo de los asuntos públicos y de la guerra a los hombres sabios y a los aristócratas, como acontecía en la antigüedad y como acontece en Esparta.

Sin embargo, Diódoto no deja de tener razón. ¿Qué provecho obtendrían los atenienses con pasar a cuchillo a toda la población masculina de Mitilene y vender como esclavos a las mujeres y los niños? Con ello, no se destruiría o repararía lo ya acontecido. Previendo lo que podía traer el futuro, quizá lo más conveniente fuera revocar la sentencia de muerte e imponer una fuerte multa a Mitilene, para reparar el daño causado y, además, obligar a pagar anualmente un tributo como miembro de la Confederación de Delos. Lo que no es soportable es el sentimiento que contrae las entrañas, de ver a los aliados de Atenas unirse a sus enemigos, para destruirla, aprovechándose de la dificilísima situación por la que pasa. ¡Qué bien sería hacerles pagar con la vida su maldad!, etc.

¿Cuál fue el resultado de la votación?

«De esta manera habló Diódoto, y una vez que se presentaron estas proposiciones, que tenían casi igual número de partidarios, los atenienses continuaron en la duda de qué partido tomar, y quedaron casi empatados en la votación, pero venció la proposición de Diódoto. En consecuencia, despacharon otro trirreme rápidamente para que no encontrara aniquilada a la población de Mitilene por haber llegado antes el anterior, que llevaba aproximadamente un día y una noche de ventaja. Los embajadores de Mitilene aprovisionaron la nave de vino y pan de cebada e hicieron grandes promesas para el caso de que llegaran a tiempo; y la tripulación puso tal afán que comía pan de cebada mojado en vino y aceite sin dejar de remar, y dormían y remaban repartiéndose los turnos. Y como por fortuna no hubo ningún viento contrario y la nave primera navegaba sin prisa por ir a una misión horrible, en tanto que esta última iba con tanta rapidez, aquélla llegó con la anticipación suficiente para que Paquete leyera el decreto y se dispusiera a hacerlo cumplir; pero la segunda llegó a continuación de la otra e impidió la ejecución. Tan próxima al peligro estuvo Mitilene. En cuanto a los otros mitilenios que Paquete había enviado a Atenas como los más culpables de la sublevación, los atenienses los ejecutaron siguiendo el parecer de Cleón (eran poco más de mil) al tiempo que destruyeron las fortificaciones de los mitilenios y se apoderaron de sus naves. Después de esto, no impusieron tributo a los lesbios, sino que dividiendo su territorio, excepto Metimna, en tres mil lotes, reservaron tres cientos para los dioses, declarándolos sagrados, y enviaron a los demás, mediante sorteo, colonos atenienses; y los lesbios cultivaban la tierra, comprometiéndose a entregar anualmente dos minas por cada lote. Los atenienses se apoderaron además de las ciudades del continente que dominaban los mitilenios, y en adelante éstas fueron vasallas de Atenas. Tales fueron los sucesos de Lesbos». (III. 49-50).

No siempre las cosas resultaron de esta manera, ni pueden resultar, cuando se trata de una guerra de supervivencia. Las penas absolutas, las conductas extremas e irrevocables, la crueldad y los motivos de retribución que con ello se crea, la soberbia del poderoso, la fortuna, etc., producen ese abigarrado panorama sangriento que es la historia. Es verdad que el hombre es como un pequeño muñeco arrastrado por corrientes poderosísimas, de las cuales no es plenamente consciente, que lo impulsan a la ejecución de actos que él mismo confesaría, en situaciones normales, no ser capaz de realizar. Los acontecimientos en relación con Mitilene constituyen una excepción en este desfile enloquecido de la historia: es el producto de una época en que el hombre desató algunos lazos que lo unían con todas las fuerzas tradicionales e irracionales. En un momento dado, por circunstancias excepcionales que se repiten muy pocas veces en la historia, como pasó en el Renacimiento, en Grecia, en la ciudad-estado dominante del Ática, el hombre llevó a cabo la hazaña de atreverse a pensar por sí mismo, en un ambiente de libertad e individualismo relativo[15]. La liberación de los lazos autocráticos de la religión y de la tradición asusta al hombre profundamente, pues lo hace sentirse desnudo e inerme frente a la avasallante experiencia de la pérdida de significatividad del mundo y del curso de los acontecimientos, pues con la libertad y la autonomía, aunque son las bases de un control racional de los hechos, cuando aparecen de pronto, la seguridad y sentido de control que proporcionaban la religión y la tradición, caen hechos añicos, como golpeados por una piedra imprudente[16].

Ante ello, el hombre reacciona de manera previsible, si es cierto que la necesidad de dotar de significatividad al mundo es tan apremiante y real como lo afirma Weber[17]. La reacción normal de aquel que ha perdido el dominio de los acontecimientos es exacerbar el control que tiene sobre aquellos hechos susceptibles de ser dominados, con objeto de demostrar que aún tiene poder, que aún es señor de los acontecimientos. No es, claro está, la única consecuencia, pero sí es una claramente indicable.

Con gran parquedad, casi de carácter lacónica, Tucídides dice, en relación con la política de poder, del tipo preconizado por Calicles y Trasímaco, que los atenienses aplicaron en relación con la población de la isla de Melos:

> «Y los atenienses ejecutaron a todos los melios en edad viril que cayeron en sus manos y redujeron a la esclavitud a los niños y mujeres. Fueron

---

[15] Cfr. el concepto de «entbindung» (desatamiento) que utiliza Schachermeyr para explicar el proceso histórico griego y que está resumido en Rodríguez Adrados IPGC, p. 558. Vid. igualmente Kant, I. «¿Qué es la Ilustración?».

[16] Cfr. CAH. T. V. p. 382 sobre los juicios por *asebeia* (impiedad), delito por el que fueron acusados Protágoras y Anaxágoras. ambos amigos de Pericles; Popper SAE, p. 50 y la Carta VII de Platón; asimismo, Snell FPE. p. 47 y ss.

[17] Cfr. Kronman MW. p. 40.

ellos mismos quienes, enviando seguidamente quinientos colonos, poblaron la ciudad». (V. 116).

Los mismos atenienses que decidieron la revocación de la sentencia de muerte dictada en contra de los mitilenios, dos años después ejecutaron el acto que entonces no se atrevieron a realizar. Algo muy grave debió haber sucedido entre estos dos acontecimientos, pues en el caso de los melios ni siquiera hubo una rebelión en el sentido estricto de la expresión, pues esta pequeña comunidad doria era una colonia de Esparta. Una flota ateniense llegó a la isla de Melos y exigió el sometimiento a su imperio, sin más argumento que enunciar el hecho de que eran más poderosos que los melios y que, por tanto, estaban en posibilidad de aniquilarlos, lo cual hicieron posteriormente a proposición de Alcibíades[18]. Era como si el espíritu de Cleón se hubiera apoderado de Atenas. ¿Será acaso, éste el sentido de la historia de Tucídides, que narra el brillo de la cultura y la política atenienses y el camino de su destrucción, por haber perdido el rumbo indicado en las enseñanzas de Pericles y Diódoto? Este es un problema, fascinante en verdad, que no corresponde resolver aquí.

APÉNDICE

Discurso de Cleón.

«37. Ya en otras muchas ocasiones me he dado cuenta de que una democracia es incapaz de mandar sobre otros, y más ahora ante vuestro arrepentimiento respecto a los mitilenios. Porque debido a la libertad y falta de temores en que vivís en vuestras relaciones particulares, la tenéis también respecto a los aliados, y si cometéis un error en algo persuadidos por sus palabras o cedéis a la compasión, no os viene el pensamiento de que esa blandura es peligrosa para vosotros mismos y no os vale el agradecimiento de aquéllos; pues no os dais cuenta de que vuestro imperio es una tiranía sobre gentes que urden intrigas y están dominadas con tra su voluntad; gentes que no os obedecen por los favores que les hagáis con perjuicio propio, sino por la superioridad que os da vuestra fuerza y no su amistad. Y lo peor de todo es que ninguna decisión nuestra permanece intangible, y que no nos damos cuenta de que una ciudad con leyes peores, pero inflexibles, es más fuerte que otra que las tiene buenas, pero sin eficacia; de que la ignorancia unida a la disciplina es cosa más beneficiosa que el talento unido a la indisciplina; y de que los hombres de menor valía gobiernan los Estados, por lo general, mejor que los más inteligentes. Estos últimos, en efecto, quieren mostrarse más sabios

[18] Cfr. Tucídides GP. V. 87 y ss. y CAH. p. 281.

que las leyes y triunfar de todas las opiniones expuestas en las reuniones públicas, pensando que no hay cosa mejor que hacer ver su inteligencia, y con esta conducta ocasionan las más veces la pérdida de las ciudades; mientras que los que desconfían de la inteligencia propia, se conforman con ser más ignorantes que las leyes, pero menos capaces que aquéllos de censurar las palabras del que tiene razón, y como son jueces imparciales y no oradores en competencia, tienen éxito casi siempre. De esta forma es como es preciso que obremos nosotros los oradores: sin darnos consejos contra el sentido común dejándonos llevar por la elocuencia y por el deseo de exhibir nuestro talento discutiendo.

38. Yo, por mi parte, mantengo la misma opinión, y me causa extrañeza los que han abierto otra discusión sobre los mitilenios y ocasionan una demora, cosa que va más bien en interés de los culpables (pues en estas ocasiones la víctima ataca al culpable con menos indignación, mientras que si un enemigo se venga cuando está aún próxima la injuria, es cuando mejor realiza la venganza); y me extraño también pensando quien será el que hable contra mí y se atreva a sostener que los crímenes de los mitilenios nos son beneficiosos y nuestras calamidades son perjuicio Para nuestros aliados. Es de toda evidencia que o se esforzará, con fiando en su elocuencia, en demostrar frente a los demás que la resolución que se ha tomado no representa la opinión general, o intentará en ganaros, impulsado por un soborno, cuidando la apariencia externa de sus razones. Pero la ciudad, en estos duelos oratorios, da los premios a otros y ella se lleva los peligros. Y los culpables sois vosotros, que habéis dado sin motivo ocasión para este debate, vosotros que soléis ser espectadores de discursos y oyentes de los hechos, pues consideráis de realización posible los aún no sucedidos juzgando por los que hablan elocuentemente de ellos, mientras que en lo que respecta a los ya ocurridos, no creéis tanto la verdad de que habéis sido testigos como lo que habéis oído, pues os conformáis a los que hacen una crítica brillante; y es que sois propensos a dejaros engañar por nuevas propuestas y a no querer amoldaros a las ya probadas, como esclavos que sois de las últimas novedades y menospreciadores de la tradición. Cada uno de vosotros quiere, a ser posible tener condiciones de orador, y si no es así, que parezca que, en vuestra emulación con los que hacen tales propuestas, no os adherís a su opinión después que ellos mismos, sino que, cuando uno dice algo agudo, lo alabáis antes que el propio autor; sois codiciosos de ente raros de lo que se dice antes de que sea dicho, pero lentos en prever sus consecuencias, buscáis, por decirlo así, un mundo distinto de aquel en que vivimos, y no tenéis idea clara ni siquiera acerca de las circunstancias que nos rodean; y, en una palabra, os dejáis dominar por el placer del oído y os parecéis a espectadores que están sentados para contemplar a los sofistas, más que a ciudadanos que deliberan sobre la suerte de su ciudad.

39. En mi intento de apartaros de esta manera de obrar, denuncio a los mitilenios, como el Estado que más crímenes ha cometido contra vosotros. Porque yo tengo conmiseración por los que se sublevan por no poder soportar vuestro imperio o porque son obligados a ello por el

enemigo; pero si lo hicieron unos hombres que habitaban una isla pro vista de fortificaciones y que no temían a nuestros enemigos más que por mar -donde tampoco estaban indefensos gracias a sus trirremes-, que vivían con sus leyes propias y eran honrados más que nadie por nosotros, ¿qué han hecho unas gentes así más que una defección de nosotros y no una insurrección- pues la palabra insurrección se aplica a los que han padecido alguna violencia-, y que intentan perdernos aliándose junto a nuestros enemigos más encarnizados? Es peor, en verdad, que si creyéndose una fuerza militar nos hubieran hecho la guerra abierta mente por sí solos. No les ha servido de ejemplo las calamidades de las demás ciudades que se rebelaron contra nosotros y fueron sometidas, ni el bienestar presente les detuvo de llegar a una decisión peligrosa, sino que, sin miedo ante el futuro y con esperanzas más vastas que sus posibilidades, y con todo más pequeñas que su ambición, se lanzaron a la guerra, decididos a poner la fuerza delante de la justicia; pues cuando creyeron que iban a salir triunfadores, nos atacaron sin que les hiciéramos agravio. Suelen las ciudades que tienen un éxito inesperado y rápido entregarse al orgullo; pero las más veces, las cosas que salen bien de una forma regular son más seguras que las que lo hacen así contra toda previsión, y es más fácil a los hombres alejar la desdicha, por decirlo así, que conservar la dicha. Los mitilenios no debían haber sido honrados por nosotros más que los demás, y no hubieran elevado a tanto su insolencia; pues es innato absolutamente en los hombres despreciar al que les adula y admirar al que no cede ante ellos. Sean castigados ahora en proporción a su crimen, y no se eche la culpa a los oligarcas ni absolváis al partido popular; pues todos por igual os atacaron a pesar de que podían continuar gozando de sus derechos de ciudadanía si se hubieran puesto de nuestra parte, y, sin embargo, considerando cosa más segura correr el mismo peligro que los aristócratas, hicieron defección junto con ellos. Considerad, además, que si imponéis las mismas penas a aquellos de nuestros aliados que hicieron defección obligados por el enemigo y a los que la hicieron por propio impulso, ¿quién creéis que va a dejar de rebelarse con un pequeño pretexto cuando las alternativas sean la liberación en caso de éxito y el no sufrir nada irreparable en caso de fracaso? En cambio, nuestro dinero y nuestras vidas habrán de ponerse en peligro frente a cada ciudad; y si tenemos éxito, al reconquistar una ciudad destruida nos veremos privados en adelante del tributo anual, que es nuestra fuerza; y en cambio, si fracasamos, tendremos otros enemigos además de los ya existentes, y en el tiempo en que debemos combatir a los rivales que ahora están frente a nosotros, lucharemos con nuestros propios aliados.

40. Por tanto, no hay que darles esperanzas, basadas en la elocuencia o en el soborno, de que recibirán perdón por haber errado como hombres. Pues no nos causaron daño sin querer, sino que conspiraron con plena conciencia, y sólo es perdonable lo involuntario. Ahora, como antes, me opongo a que os arrepintáis de vuestra decisión y a que cometáis un error movidos por las tres cosas más perniciosas para la dominación: la compasión, el gusto por la elocuencia y la clemencia. Porque es justo que se tenga compasión con los que son igualmente compasivos y no con

los que no la van a tener a su vez y que por fuerza se han convertido en enemigos para siempre; por otra parte, aquellos que deleitan con sus discursos, tendrán otras oportunidades de lucimientos en asuntos de menor importancia, y no en uno en el cual la ciudad por un poco de placer recibirá grandes perjuicios, mientras que ellos, por hablar bien, lograrán algún beneficio; y la clemencia se tributa a los que van a ser amigos en el futuro y no a los que quedan tan enemigos como antes. Una cosa os digo, resumiendo: si me escucháis, haréis al mismo tiempo lo que merecen los mitilenios y lo que os conviene; pero si tomáis otra decisión, no os quedarán agradecidos y, por el contrario, os condenaréis a vosotros mismos. Porque si los mitilenios hicieron defección con justo motivo, vosotros tenéis el imperio injustamente. Y si queréis seguir con él aunque ello no sea justo, es preciso castigarles contra la justicia y según la conveniencia, o bien dejar el imperio y hacer de hombres buenos desde una situación sin peligros. Resolveos a castigarlos con la misma pena que os hubieran impuesto, y a no mostraros más sufridos vosotros, que habéis escapado del peligro, que los que lo han tomado: pensad lo que era de esperar que hubieran hecho ellos si os hubieran vencido, dado sobre todo que tomaron la iniciativa del crimen. Son principalmente los que agravian a otro sin justo motivo los que le persiguen hasta aniquilarle, pues prevén el peligro del enemigo que queda vivo, porque el que ha sufrido una injuria sin motivo alguno queda más resentido, si logra salvarse, que el enemigo declarado.

Por tanto, no os traicionéis a vosotros mismos, sino que, poniéndoos en hipótesis lo más cerca posible del caso de que hubierais sido derrotados y de cómo hubierais preferido antes que cualquier cosa el subyugar a los mitilenios, pagadles ahora en la misma moneda, sin ablandaros por las circunstancias presentes y sin olvidar el peligro que en un tiempo se cernió sobre vosotros. Castigad como se merecen a los mitilenios y dad al resto de los aliados un claro ejemplo de que castigaréis con la muerte al que haga defección. Porque si se convencen de ello, no tendréis ya necesidad de luchar contra vuestros propios aliados sin prestar atención al enemigo».

Discurso de Diódoto.

«42. Ni censuro a los que de nuevo han abierto debate sobre los mitilenios, ni alabo a los que se quejan de que se delibere varias veces sobre asuntos decisivos; y pienso que las dos cosas más opuestas a la prudencia que existen son la precipitación y el apasionamiento, cosas de las cuales la primera suele producirse en unión con la insensatez, y la segunda con la falta de educación y la cortedad de entendimiento. El que niega que las palabras son guía de la acción, o es poco inteligente o tiene algún interés personal; poco inteligente si piensa que es posible por otro procedimiento dar la propia opinión sobre cosas aun no sucedidas y oscuras; y es movido por un interés personal, si queriendo persuadiros a una cosa poco honorable, piensa que no sería capaz de dar buenas razones en una mala causa, pero que si calumnia con habilidad, podría intimidar a los oponentes y a los oyentes. Porque los que acusan de antemano

de oratoria comprada por dinero, son los oponentes más peligrosos; pues si acusaran de ignorancia, el que no consiguiera convencer, quedaría conceptuado más de poco inteligente que de corrompido; pero si hacen la acusación de corrupción, en caso de que uno convenza a los oyen tes, queda como sospechoso, y si no tiene éxito, como corrompido además de poco inteligente. En un caso así, la ciudad no resulta beneficiada, porque es privada de los consejeros por miedo. Sería para ella una gran ventaja el que semejantes ciudadanos no pudieran hablar, porque de esta manera es como menos se dejaría persuadir a cometer errores guiada por ellos. Por el contrario, es necesario que el buen ciudadano aparezca como mejor consejero que los demás no atemorizando a los oponentes, sino en condiciones de igualdad, y asimismo, que una ciudad previsora no dé aún más honras al que más veces hace propuestas útiles ni tampoco le disminuya las que tenía, y no imponga una multa ni siquiera quite los derechos civiles al que no logre la aprobación. Sería ésta la forma de que el que tuviera éxito no dijera nada contra su sentimiento íntimo y por adulación a fin de lograr aún mayores triunfos, y de que el que no lo tuviese procurara atraerse a la multitud por igual procedimiento, esto es, adulando él también.

43. Pero nosotros hacemos lo contrario, y, además, si uno es sospechoso de que da consejos buscando el propio provecho, siendo a pesar de ello los mejores, le envidiamos por esa incierta sospecha de corrupción y privamos así a la ciudad de un provecho manifiesto. Se ha llegado el caso de que los buenos consejos, cuando son expuestos directamente, no están en ningún modo más libres de sospechas que los malos, de modo que es preciso que el que quiere persuadir a medidas peligrosas se atraiga a la multitud por medio del engaño, y que, igualmente, el que aconseja las mejores, se haga digno de crédito mintiendo. Es ésta la única ciudad a la que a causa de su excesiva sutileza es imposible hacer abiertamente un beneficio sin recurrir al engaño, porque el que se lo procura francamente se hace sospechoso de buscar ocultamente su propio provecho. Pero ante una cuestión importante y en circunstancias como éstas, tenemos derecho a que se estime que nosotros los oradores hablamos con mayor previsión del futuro que vosotros, que hace poco que os habéis parado a pensar sobre el asunto debatido; y ello, sobre todo, porque nosotros somos responsables de nuestros consejos mientras que vosotros nos escucháis sin serlo. Porque si tanto el que impone su opinión como el que se le adhiere sufrieran iguales perjuicios, seríais más prudentes en vuestras decisiones; mientras que ahora a veces os equivocáis siguiendo el humor del momento y luego castigáis al consejero por su consejo y no a vosotros mismos, que siendo muchos os equivocasteis con él.

44. Yo no he venido ni a hablar contra la resolución para favorecer a los mitilenios, ni a acusarles. Porque nuestro debate no versa sobre sus crímenes, sino sobre la prudencia de nuestra sentencia; pues aunque yo logre demostrar que obraron con toda maldad, no por eso aconsejaré ejecutarlos si no es conveniente; ni, aunque demuestre que tienen alguna disculpa, aconsejaré dejarles sin castigo si no es con toda evidencia cosa útil para la ciudad. Pienso que estamos deliberando más sobre el futuro

que sobre el presente; y respecto al punto en que más insiste Cleón, a saber, que si les imponemos la pena de muerte, esto sería útil para el por venir a fin de que los aliados dejen de sublevarse, yo, haciendo a mi vez hincapié en lo que será provechoso para el futuro, opino lo contrario. Pido que no despreciéis la utilidad de mi proposición a causa de lo especioso de la suya. Porque como ésta es más justa si se mide por vuestra actual indignación contra los mitilenios, os podría atraer; pero nosotros no estamos querellándonos contra los mitilenios para pedir justicia, sino deliberando sobre ellos para que resulte utilidad para nosotros.

45. Pues bien, en los Estados la muerte es la pena establecida para muchos delitos, incluso no iguales a éste, sino inferiores; y sin embargo hay quienes, llevados de la esperanza, se ponen en peligro, y aún no ha habido ninguno que emprendiera una empresa peligrosa con la idea de que estaba condenado a sucumbir en ella. ¿Qué ciudad sublevada se atrevió a ello con menos fuerza guerrera de la que creía necesitar, bien propia, bien procurada por la alianza con otras? A individuos y Estados es natural el error y no hay ley que les aparte de él, puesto que los hombres han recorrido toda la escala de las penas al legislar, por ver si dejaban de sufrir daños de parte de los malhechores. Es natural que antiguamente fueran más suaves las penas de los mayores crímenes, pero como con el tiempo han sido desafiadas, la mayoría de ellas han llegado a convertirse en la muerte; y a pesar de ello se las desafía. Así pues, hay que encontrar un motivo de miedo aún mayor, y de lo contrario éste no hace desistir de nada, sino que la pobreza inspirando audacia por efecto de la necesidad, la riqueza inspirando deseo de abusar y orgullo por efecto de la insolencia, y las otras circunstancias de la vida encendiendo las diferentes pasiones de los hombres según el vicio incurable e irresistible por el que cada uno es dominado, arrastran a los peligros. También causan siempre grandes daños la esperanza y el deseo: la primera viene delante y el segundo detrás; éste proyecta la empresa y ella hace acordarse de la benignidad de la fortuna; y aunque son cosas que no se ven, tienen más fuerza que los peligros manifiestos. Añadiéndose a ellas, la fortuna no contribuye menos al enardecimiento: pues como a veces se presenta cuando menos se la espera, induce a los hombres incluso a arrostrar el peligro en una situación de inferioridad, y sobre todo a los Estados, dado que lo hacen por las cosas más importantes, la libertad o el dominio sobre otros, y que cada individuo, al estar en unión de otros, se valora a sí mismo, ilógicamente, en más de lo que vale. Es sencillamente absurdo y de gran candidez creer que, cuando la naturaleza humana se lanza a hacer algo con entusiasmo, hay algún medio de contenerla, sea por la fuerza de las leyes o por alguna otra amenaza.

45. Por tanto, es necesario no tomar malas determinaciones confiados en la garantía de la pena de muerte, ni dejar sentado sin remedio para los que se subleven que no habrá posibilidad de arrepentimiento y de reparar la culpa lo antes posible. Considerad que ahora, si una ciudad que hace defección se da cuenta de que no va a triunfar, puede llegar a un acuerdo de paz cuando aún puede pagar los gastos ocasionados y satisfacer el tributo en el futuro; pero en aquel otro caso ¿quién creéis que va a dejar de hacer sus preparativos para la lucha mejor que ahora,

y de resistir el asedio hasta el fin, si igual da entregarse pronto que tarde? ¿Y no es para nosotros un perjuicio el hacer gastos en el asedio por la imposibilidad de un acuerdo y, si conquistamos la ciudad por la fuerza, encontrárnosla destruida y vernos privados en el futuro de los ingresos procedentes de ella? Gracias a ellos tenemos fuerzas para luchar contra nuestros enemigos. En consecuencia, no debemos perjudicarnos por el afán de ser jueces rigurosos de gentes que han cometido una falta, sino ver cómo, con un castigo prudencial, podremos contar en el futuro con ciudadanos potentes económicamente; ni debemos pensar en defendernos mediante la crueldad de las leyes, sino mediante la previsión de las medidas que tomemos. Pero ahora hacemos lo contrario de esto, pues si sometemos a un pueblo libre que está dominado por la fuerza y que, como es razonable, se sublevó para recuperar la libertad, creemos que es necesario vengarnos cruelmente. Pues bien, lo que hay que hacer no es castigar a los pueblos libres cuando se sublevan, sino vigilarlos bien antes de que lo hagan y anticipárseles con las medidas oportunas, a fin de que ello no les venga ni al pensamiento; y cuando se les venza, atribuir la culpa al menor número posible de personas.

47. Mirad vosotros mismos cuánto erraríais en este último punto si prestáis oído a Cleón. El partido popular os es favorable ahora en todas las ciudades, y o no se subleva en unión de los oligarcas, o si se ve obligado a ello, en seguida se convierte en enemigo de los sublevados, y vais a la guerra teniendo por aliada a la masa popular de la ciudad que os hace frente. Pero si ejecutáis al pueblo de Mitilene, que participó en la sublevación y cuando tuvo armas en su poder os entregó voluntariamente la ciudad, en primer lugar obraréis injustamente matando a vuestros bienhechores, y, en segundo, procuraréis a los ricos, lo que más quieren: en cuanto subleven las ciudades, tendrán inmediatamente al pueblo como aliado, por haber hecho ver vosotros que igual castigo aguarda a los culpables y a los que no lo son. Por el contrario, aunque hayan delinquido, debéis de hacer como que no os dais cuenta de ello, a fin de que el único amigo que os queda no se haga enemigo vuestro. Estimo que es mucho más oportuno para la conservación del mando, que os dejéis ofender de grado que el que ejecutéis con justicia a los que no debéis; y la justicia y utilidad simultánea del castigo de que hablaba Cleón, no es posible que tengan realidad mediante aquella ejecución.

48. Pensad que son mejores estos consejos y sin dejaros llevar por la compasión ni por la indulgencia, por las cuales tampoco os aconsejo que os guiéis, en consideración a mis razones acceded a mi propuesta: juzgad con tranquilidad a los mitilenios que nos envió Paquete como culpables, y dejad vivir según sus leyes a los demás. Esta resolución es útil para el futuro y temible ya desde ahora para el enemigo; pues el que es prudente en sus decisiones es más poderoso frente al enemigo que el que procede insensatamente apoyado en la fuerza».

BIBLIOGRAFÍA

ANDREANO, R. y SIEGFRIED, J. J.: EC «The Economics of Crime». John Wiley and Sons. New York. 1980.

BECKER, G. S. y LANDES, W. M.: EECP «Essays in the Economics of Crime and Punishment». National Bureau of Economic Research. New York. 1974.

BURY, J. B.: HG «A History of Greece». The Modern Library. New York.

THE CAMBRIDGE ANCIENT HISTORY: CAN Cambridge at the University Press, 1964. T. V. «Athens».

CORNFORD, FRANCIS M.: TM «Thucydides Mythistoricus». Edward Arnold. London. 1907.

EDMUNDS, LOWELL: CIT «Chance and Intelligence in Thucydides». Harvard University Press. 1975.

FINE, J. V. A.: TAG «The Ancient Greeks. A Critical History». Harvard University Press. 1983.

GREEN, PETER: AA «Armada from Athens». Doubleday and Company Inc. New York. 1970.

KAGAN, DONALD: OPW «The Outbreak of the Peloponnesian War». Cornell University Press. 1969.

KERFERD, G. B.: SM «The Sophistic Movement». Cambridge University Press. 1981.

KITTO, H. D. F.: P «Poiesis. Structure and Function». University of California Press. 1966.

PLATON: «Protágoras o Los Sofistas». Aguilar, S. A. de Ediciones, Madrid. 1986. Trad. Francisco de P. Samaranch.

POPPER, KARL R.: SAE «La Sociedad Abierta y sus Enemigos». Editorial Paidos. Buenos Aires. 1957. Trad, Eduardo Loedel.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Francisco: IPGC «Ilustración y Política en la Grecia Clásica». Revista de Occidente. Madrid. 1966.

RAWLINGS III, HUNTER R.: STH «The Structure of Thucydides History». Princeton University Press. 1981.

SCHMILL, ULISES: Cj «La Conducta del Jabalí. Dos Ensayos sobre el Poder: Kafka y Shakespeare». UNAM. México. 1983.

SEALEY, RAPHAEL: HGCS «A History of the Greek City States». University of California Press. 1976.

TOYNBEE, ARNOLD: EH «Estudio de la Historia». Emecé Editores, S. A. Buenos Aires. 1953. Trad. Vicente Fatone.

TUCHMAN, BARBARA W.: DM «A Distant Mirror: the Calamitous 14th Century». Alfred A. Knopf. New York. 1978.

TUCÍDIDES: GP «Historia de la Guerra del Peloponeso». Librería y Casa Editorial Hernando, S. A. Madrid. 1969. Trad. Francisco Rodríguez Adrados.

UNTERSTEINER, Mario: S «The Sophist». Basil Blackwell. Oxford. 1954. Trad. Kalthleen Freeman.

WEBER, Max: ES «Economía y Sociedad», Fondo de Cultura Económica, México. 1981.

WCV: « La Ciencia como Vocación». Alianza Editorial, S. A. Madrid. 1980. Trad. Francisco Rubio Llorente.

ZIMMERN, Alfred: GC «The Greek Commortwealth». The Modern Library. New York.

RELATIVISMO ÉTICO Y JUSTIFICACIONES MORALES

1

Entiendo que a Ernesto Garzón no le gustan nada aquellas acciones políticas o aquellas ideologías que, a su entender, pretenden pasar por alto razones últimas de justificación, razones que suelen calificarse de principios morales[1]. Puesto que involucrando las acciones políticas, como muchos actos estatales el recurso a la violencia o procedimientos reñidos con la «moral ordinaria» o con la «moral privada», pareciera que sólo cabría aceptarlos de contar con alguna justificación suficiente. Como sería circular pretender fundar las acciones políticas en contingentes directivas políticas -error al que induce el maquiavelismo-, y como los criterios políticos no podrían ser considerados fundamentos últimos de justificación, correspondería buscarle justificación moral. Así, señala Garzón, «si lo que se quiere decir es que el ámbito de la política escapa a toda valoración moral, ello significaría admitir que hay un enorme campo de acciones voluntarias con respecto a las cuales no tendría sentido predicar su calidad moral». Y continúa: «Una restricción de este tipo contradice abiertamente las más elementales experiencias cotidianas ya que no es un sin sentido afirmar que la acción A es una acción política y preguntarse si está justificada moralmente»[2].

Pero parece claro que el que quepa decir de un acto que es una acción política y que, con respecto al mismo, también quepa preguntarse si tiene justificación moral, no acredita la tesis subyacente más fuerte de que toda acción política necesariamente se funda en principios morales o, quizás, de que toda acción política debe estar moralmente justificada. Pues Garzón sostiene que «si se quiere hablar de justificación política, ello tiene que ser entendido como una especie de la justificación moral»[3].

Por lo común, los actos políticos suelen invocar como fundamento suficiente normas jurídicas positivas, o algún otro elemento integrante de lo que se entienda por derecho (como los manidos *principles and policies* de Dworkin). Esta forma de fundamentación, aunque retóricamente eficaz, no parece satisfactoria. Si se considera, como haría cualquier buen kelseniano, que toda norma jurídica es también expresión de una voluntad

---

[1] Ernesto Garzón Valdés, «Moral y política», en Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, 1984, p. 180.

[2] *Ibíd*., p. 182.

[3] *Ibíd*., p. 183.

política -en cuanto las normas constituyen el sentido de actos volitivos y éstos, en cuanto decisiones, son acciones políticas-, tendríamos que pensar que una acción política está jurídicamente justificada, se incurre en el círculo lógico anteriormente mencionado y, lo que es peor, se recurre a una ideología destinada a disimular bajo una terminología legal el crudo ejercicio del poder. Esta ideología constituiría una forma del positivismo ideológico que denunciara Bobbio: «La política se regiría por normas y reglas de juego que otorgan la debida justificación autorizando la realización u omisión de ciertos actos. En la jurisprudencia esta posición suele ser llamada 'positivismo ideológico'. Examinada más de cerca se nota que la invocación de las normas... de los distintos sistemas normativos no puede proporcionar la justificación de estas normas o sistemas. La descripción de las normas supremas de un sistema normativo no basta para justificar moralmente las acciones que se realizan de acuerdo con ellas. El que un político considere que por razones políticas se debe hacer A y ordene A no puede ser aducido como justificación de que debe hacerse A. Se trata aquí de hechos (la creencia del político y su decisión de ordenar A) que no pueden servir de premisas justificativas de un razonamiento práctico. Avanzar por esta vía nos conduce fatalmente a caer bajo la guillotina de Hume al haber confundido el plano del ser con el del deber ser»[4].

¿Es correcta esta argumentación? En un razonamiento práctico -esto es, aquel argumento cuya conclusión contiene una directiva reguladora o motivadora del comportamiento del sujeto- es indispensable que por lo menos una de las premisas no redundantes sea un enunciado normativo; esto es: todo razonamiento práctico contiene un ingrediente normativo en el conjunto de enunciados empleados como premisas. Que esa norma se haya originado en la orden dada por un político y que éste haya sustentado la creencia de que tal norma debe instaurarse mediante una decisión suya, son cosas que hacen a la existencia efectiva de la norma en un sistema social. Esos hechos, sin embargo, no integran el argumento deductivo y por tanto no llevan al error lógico de pretender inferir una conclusión normativa de puras premisas fácticas. Al fin y al cabo, toda premisa con carácter normativo se origina en algún acto intencional, pero el hecho en que la norma encuentra origen no transforma el carácter normativo del enunciado. Para aceptar normas que no provengan de actos de voluntad -para conservar la terminología tradicional-, habría que recaer en la manida referencia a normas originadas en la naturaleza de las cosas, actitud ideológica que justamente Garzón se ocupó de desenmascarar minuciosamente[5]. Parece difícil que, so pretexto de denunciar el positivismo ideológico o el maquiavelismo de quien funde sus acciones políticas en normas de derecho, se incurra

[4] *Ibíd*., p. 183/4.

[5] Ernesto Garzón Valdés, «Derecho y naturaleza de las cosas», I y II tomos, Universidad de Córdoba, Argentina, 1970.

en tesis ontológicas tan aventuradas como, por ejemplo, la sostenida, entre los moralistas clásicos, por R. Cudworth: «Ningún imperativo *(command)* positivo puede hacer moralmente buena o mala a una cosa cualquiera, o justa o injusta, si la naturaleza no la ha hecho tal previamente... Por lo cual en los imperativos positivos, la voluntad de la autoridad *(commander)* no crea ninguna nueva entidad moral, sino que solamente modifica de diversas maneras y determina el deber u obligación general u obligación de justicia natural de obedecer a la autoridad legal y de respetar lo prometido bajo juramento o por convenio... y, por ende no hay cosas nuevas justas o debidas resultantes de tales, fuera de lo que siempre fue tal por su naturaleza...»[6]. Esta tesis tiene, en autores como el mencionado, una fundamentación metafísica tradicional: «Y puesto que una cosa no puede convertirse en cualquier otra por un acto de mera voluntad, sin tener entidad o naturaleza, toda cosa tiene que estar necesaria e inmutablemente determinada por su propia naturaleza»[7], naturaleza que proviene de una decisión divina. Aún un filósofo propenso a creer en esencias inmutables y necesarias, como Husserl, criticó semejantes formas de pensar en terreno moral: «Tal postura llevó a Cudworth... a considerar lo ético como de alguna suerte análogo a lo matemático, pues las propiedades que los fenómenos morales tienen, por naturaleza inmutable, (serían) parejas a las propiedades de objetos ideales como los números»; «estos dominios de objetos -continúa Husserl- comportan diferencialmente. Quien niega una ley material incurre en error; quien contraria, en cambio, una ley moral incurre en algo así como pecado. Y error y pecado no son conceptos intercambiables o asimilables: una ley moral puede ser tenida por verdadera y, sin embargo, actuarse contra ella, lo que es impensable de una ley matemática o física verdaderas»[8].

Sería excesivo atribuir a los muchos pensadores contemporáneos que, quizás frustrados por amargas experiencias políticas, buscan borrar la histórica distinción entre derecho (o política) y moral, una ontología platonizante de cuño religioso como la traída a colación como ejemplo histórico. Pero tampoco habría que pasar por alto la impresión de que, en muchos de tales pensadores, al renovado recurso o una fundamentación moral sugiere una suerte de nostalgia religiosa, cuando no una recaída en creencias irracionales. En Garzón, me parece, fuera de la comprensible repugnancia que le suscita la arbitrariedad (i.e., en su terminología: la inmoralidad) de muchas políticas, la cuestión de la insuficiencia de la mera fundamentación jurídica de los actos políticos resulta de una tesis más bien epistemológica: las acciones, como datos fácticos, no son

---

[6] R. Cudworth, «A treatise concerning eternal and immutable morality», libro I, cap. 2 & 5 (en D.D. Raphael, «British moralist», Clarendon Press, Oxford, tomo I).

[7] *Ibíd*., I, 2 & 3.

[8] R. J. Vernengo, «La ética de Husserl», Universidad de Buenos Aires, Fac. de Derecho, 1967, p. 32; cf. también J.C. Hage, «The objetivity of value judgements», Rechtstheorie 17 (1986).

razones suficientes de autojustificación, puesto que toda justificación es un discurso normativo. Este, para no convertirse en circular o en inconclusivo, requiere de principios últimos normativos que sirvan de definitivo criterio de fundamentación de la decisión práctica que se adopte y, por ende, de las acciones emprendidas. Como parece claro que ninguna norma o conjunto de normas de un derecho positivo pueden ser tenidas por tales principios últimos, atento el carácter históricamente contingente de las regulaciones jurídicas, correspondería postular que son principios morales «las razones últimas de justificación de las acciones»[9], donde me interesa subrayar la característica de «últimas» atribuidas a las razones que puedan servir de fundamento de cualquier acción.

2. De ahí que la efectiva *bête noire* de Garzón en ese terreno no lo sean ni el positivismo ideológico (un pecado en que rara vez incurren los juristas y que ignoran los políticos), ni el maquiavelismo (estrategia que es difícil adoptar expresamente, pues aun el más duro de los autócratas guarda alguna sensatez), sino el relativismo ético. Conviene en este punto referirse al conocido ensayo de I. Hedenius que Garzón menciona frecuentemente[10].

Hedenius señala que constituye relativismo ético sostener que algo sea P y que algo no sea P (donde P es un predicado ético, sin que importe quién sostenga la tesis afirmativa y quién, su negación), sin aceptar que «se da una efectiva contradicción y que tanto uno como los oponentes pueden estar igualmente acertados»[11]. Los valores de verdad de los enunciados, claro está, son constantes, en el sentido de que si una proposición es verdadera (o falsa) es siempre verdadera (o falsa), en el sentido sencillo de que todos los ejemplares del enunciado que expresa a una misma proposición tienen el mismo valor de verdad. Es imposible que una misma proposición sea a veces verdadera y a veces falsa; a lo sumo, puede darse que en algunos casos un enunciado, empleado anteriormente para expresar la proposición verdadera, sea usado para expresar otra proposición falsa. Pensar que una proposición y su negación son ambas verdaderas implica repudiar el principio de contradicción y, por ende, apartarse de una lógica «necesaria para cualquier pensamiento racional o científico»[12]. Igual regla cabe aplicar a todo «sistema aceptable de lógica deóntica», es decir, a enunciados normativos, salvo que ahí la propiedad característica será la de validez y no la de verdad: «todos los ejemplares de un enunciado normativo que expresen la misma norma tienen el mismo valor de validez»[13]. En este sentido, no hay ni

---

[9] E. Garzón Valdés, «Moral y política», loc. cit., p. 180.

[10] Ingemar Hedenius, «On relativism in ethics», Theoria XLVII (1981).

[11] Ibíd., 122.

[12] Ibíd., p. 123.

[13] Ibíd., p. 124.

enunciados cuyo valor de verdad sea relativo, ni normas cuya validez también lo sea.

En el terreno de la ética, cabría distinguir, propone Hedenius, entre un relativismo relativo a las proposiciones externas sobre una moral y un relativismo referente a los juicios normativos internos, sobre qué sea bueno o malo. Las proposiciones externas sólo son «relativas» en el sentido trivial de que una norma, considerada idéntica por recibir expresión idéntica, puede ser válida en una sociedad e inválida, en otra: «no puede surgir problema lógico alguno del hecho banal de que las costumbres e ideas morales a veces son diferentes en sociedades diferentes»[14]. En su uso interno, las normas morales son usadas en su función social (por ejem plo, de control), y expresan juicios morales de los actores e intervinientes en acciones. Estos juicios morales tienen emisores y receptores, sujetos que muchas veces no son expresamente indicados en la formulación verbal del juicio. Los juicios morales internos son muchas veces elípticos en su formulación, sea ésta de función prescriptiva o puramente evaluativa. La relatividad postulada de algunos juicios morales internos resulta de su formulación incompleta; basta dar expresión a los sujetos emisor o receptor de la norma para que se advierta que carece de sentido pensarlas como válidas o inválidas relativamente.

Parece a veces que por estar dirigidas ciertas normas a grupos limitados, se planteará la cuestión de la invalidez de la norma universal formulable. Que todos los ciudadanos suecos tengan el deber jurídico de pagar impuestos, mientras el rey está exento de esa obligación, haría pensar en que la norma en cuestión fuera de validez relativa. Pero la tesis de la universalidad (posible) de los juicios morales, no debe confundirse con la supuesta generalidad de muchas normas jurídicas. El hecho de que muchas reglas morales estén dirigidas a grupos limitados ni impide su universalización, mediante el recurso a conocidas triquiñuelas de lógica formal, ni las convierte en relativas (en el sentido de que pueden ser tenidas por válidas e inválidas de consuno).

Las normas, como es sabido, pueden ser usadas en función prescriptiva, para modificar conductas de los receptores del mensaje prescriptivo; pero también pueden ser usadas sin propósito prescriptivo, como en el caso de las *Rechtssätze* kelsenianas, donde sólo se pretende transmitir una información sobre el carácter normativo que cierta acción tenga en cierto grupo social, conforme a cierto código normativo reconocido. En ese segundo uso, las normas pueden parecer relativas, como juicios morales internos contrafácticos. Un antropólogo, sugiere Hedenius, podría afirmar que «la acción A es buena (debida) cuando la practica la sociedad X, pero sería mala si fuera practicada por la sociedad Y»[15]. Se trata, con todo, de enunciados elípticos, cuando no defectuosamente formados, que una vez reconstruidos no resultan relativos en modo alguno. Es verdad, cabe apuntar, que las normas morales y jurídicas, formuladas

[14] Ibíd., p. 125.

[15] Ibíd., p. 129.

en lenguaje natural, no cuentan con reglas de formación explícitas y finitas, de donde cabe concluir que la eliminación de las elipsis que propone Hedenius no son comprensibles sin remisión a esas reglas de formación faltantes[16].

La tolerancia moral, subraya Hedenius y entiendo que el argumento es importante y atendible, no acarrea la relatividad de las normas toleradas; éstas continúan siendo válidas o inválidas, sin relativismo contradictorio alguno, de igual manera que el derecho del hombre sobre la libertad de expresión «no significa que todas las opiniones que se toleran socialmente, deben ser tenidas por igualmente verdaderas o válidas». Otra cosa llevaría a «una parodia de lo que debe ser un razonamiento ético»[17].

Garzón piensa que, en derecho o en política, por estar en juego el ejercicio de la violencia, que «no es nunca un acto gratuito o indiferente», la justificación moral «no puede agotarse en establecer la concordancia de su uso con las normas vigentes en una sociedad dada». «Esta suele ser -recuerda- la posición adoptada por el relativismo ético, que tropieza con serias dificultades lógicas cuando pasa al nivel de una ética normativa y no se agota en los enunciados descriptivos verdaderos de que en diferentes sociedades y épocas rigen o han regido normas éticas diferentes». En rigor, de atenernos a la propuesta de Hedenius a la que Garzón remite, más que dificultades lógicas se trataría, en rigor, de una defectuosa formación de los enunciados que se pretenden verdaderamente válidos, aunque contradictorios. Esta suerte de relativismo se remedia fácilmente con una formulación menos pobre expresivamente de las normas en cuestión. Y salvo para quien tome en serio aquel dictamen de Pascal sobre el efecto de los Pirineos sobre la justicia de las normas, no parece que atañe al relativismo más enérgico que ha sustentado, por ejem plo, Kelsen con respecto de los valores jurídicos.

Se trata de aquel relativismo axiológico que ha sido interpretado como una directiva escéptica con respecto del conocimiento (por llamarlo así) de preceptos jurídicos o morales en su uso prescriptivo. Si se acepta, como es corriente, que los enunciados normativos, en función prescriptiva, son alógicos por carecer de propiedades hereditarias lógicamente, como sucede típicamente con la validez en sentido no descriptivo, parece claro que ninguna norma jurídica, pero tampoco ninguna norma moral, puede funcionar como premisa constitutiva de la «razón última de justificación de las acciones». Es que ya no se trata del relativismo consistente en que «todo orden jurídico, cualquiera sea su contenido, se justifica por sí mismo y debe ser obedecido», esto es, del positivismo ideológico identificado ahora y confundido con un relativismo de fundamentación,

[16] R. J. Vernengo, «About some formation rules for legal languages», en S. Engel y R.A. Métall, «Law, state and international legal order. Essays in honor of H. Kelsen», U. of Tennesee Press, 1964.

[17] I. Hedenius, op. cit, pp. 130/1.

sino de un relativismo epistemológico, que estima que las razones morales, que deberían servir de fundamentos últimos de justificación, son puramente «subjetivos o relativos»[18]. Aquí relativismo es con fundido con subjetivismo, en el sentido de que la verdad de un enunciado o la validez de un precepto son dependientes de características del sujeto cognoscente, al cual la norma está dirigida. Sin embargo, este criterio de relativismo normativo -aquél que estima que la validez de una norma depende de su aceptación o reconocimiento por el sujeto obligado- no ha sido sustentado por la teoría política o la filosofía jurídica, que, por lo general, consideran irrelevantes tales actitudes de parte de los receptores de los mensajes normativos. Garzón señala, como se indicó arriba, que en el razonamiento práctico figurarían erróneamente, de incurrirse en positivismo ideológico (i.e.: en relativismo ético), las creencias sobre la validez de la norma que sustente su creador (la autoridad política). Pero es claro que no podría entenderse que hay «decisión de ordenar» alguna, por parte de la autoridad, si ésta sustentara la creencia de que la norma es válida conforme las valoraciones del sujeto recipiendario de la prescripción. ¿Qué orden sería aquélla en que el político dijera: te ordeno hacer A, siempre y cuando tengas ganas de hacer A? Esta suerte de relativismo ético ciertamente no conduce, como supone catastróficamente Nino[19], al caos, la anarquía y la violencia, de ser «coherentemente llevada a la práctica por gentes con opiniones diversas», sino que simplemente lleva a una mayor situación de libertad, si por tal entendemos una situación en que el ámbito de las conductas facultativas se ve incrementado.

3. Quizás sea conveniente distinguir cuando se habla de relativis mo ético o axiológico, el relativismo ético como un principio metaético (como, por ejemplo, cuando Kelsen sostiene la acientificidad del conocimiento valorativo), del relativismo como una tesis ontológica referente a la existencia objetiva de hechos morales o de valores en sí. El relativismo, como subjetivismo, acepta ambas interpretaciones.

Estas variantes no significan incurrir en un escepticismo teórico y práctico estéril. Implican delimitar el ámbito efectivo en que ciertos tipos de conocimiento, como el de la jurisprudencia dogmática, se cumplen, de otros, como el de las normas morales, en que no existen ciencias paradigmáticas normales. Ello apunta a que en ese dominio no se ha constituido un campo objetivo y un marco conceptual generalmente aceptado, pero no significa negar la existencia de datos valorativos, morales u otros. Dado que no existe un conocimiento objetivo, intersubjetivamente válido, de los fenómenos morales, parece utópico referirse a ellos como fundamento último de justificación. En otros términos: la teoría elabora conceptualmente datos captados precientíficamente, sea en una supuesta intuición moral o en una experiencia ética especial; esos datos preteóricos nunca pueden ser fundamento último de la verdad o validez de los enunciados de la teoría científica.

---

[18] C. S. Nino, «Democracia y verdad moral», La Nación, Buenos Aires, 1 de junio de 1986.

[19] Ibíd.

S. Fishkin ha propuesto un interesante análisis de los relativismos morales[20]. En una forma extrema, el relativismo ético declara imposible a todo juicio moral. Una forma más atenuada sostiene que, aunque posible, no debe formularse juicios morales. Éstos, de darse, sólo podrían referirse al sujeto que lo pronuncia, pero no a terceras personas. Por fin, un relativismo ético muy atenuado sólo aceptaría los juicios morales referentes a otros si se efectúan ateniéndose a los valores propios de ellas, y no de quien efectúa el juicio. El relativismo axiológico o ético sólo aceptaría que los juicios morales son válidos para el sujeto que los enuncia y son susceptibles de aplicación inter-subjetiva. Los enunciados morales (axiológicos), para el relativista descrito por Fishkin, negaría la posibilidad de generalizarlos (en el sentido kantiano), así como toda pretensión de verdad. Como intenta demostrar Fishkin, este relativismo, si bien podría impedir una elaboración científica de un material normativo, no impide una consideración racional de los problemas morales, jurídicos y políticos.

Parece claro que mientras no se tracen nítidas distinciones entre estas variedades de relativismo ético o axiológico, el decidirse, como única posibilidad restante, por la moral (¿por alguna moral? o, ¿por algunas morales?), como razón última de justificación de toda acción, es una actitud un tanto desesperada, como la del náufrago que echa mano de cualquier tabla de salvación. Sugerí que así se expresa una inquietud religiosa. O, quizás, una huida ante el nihilismo.

La definición clásica del nihilismo, propuesta por Nietzsche, es la de aquel punto de vista que en todos los casos interpreta a las cosas (a los entes) como valores. Y éstos, como manifestación de una voluntad de poder. Desde un punto de vista ontológico, el nihilismo exige que toda verdad entitativa sea reducida a juicios de valor. Es versión frecuente la que ve en el relativismo ético o, más precisamente, en el relativismo ontológico la forma actual del nihilismo; también, claro está, siempre se ha dicho que el subjetivismo gnoseológico es una de las manifestaciones típicas de ese denostado nihilismo. Pero Nietzsche, que algo sabía al respecto, había señalado que la constitución teórica de sus objetos por las ciencias modernas es justamente la forma en que el nihilismo se revela fundamentalmente en nuestros tiempos. Estas tesis metafísicas presuponen un criterio de la verdad como correspondencia[21].

Tengo para mí que la actitud reciente de muchos pensadores (sobre todo en el campo del derecho y la ética), 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 constituye manifestaciones de aquel nihilismo que Nietzsche apuntara.

---

[20] S. Fischkin, «Ethical reasoning and political philosophy». Yale University Press.

[21] R.J. Vernengo, «Wertrelativismus und Rechtswissenschaft», a aparecer en Rechtstheorie.

De ahí, creo, que el problema de la racionalidad vuelva a estar sobre el tapete[22]. Véase esas líneas de Garzón: «Cuando en lo que siga se haga referencia a una ética racionalmente aceptable, por racionalidad habrá de entenderse la posibilidad de formular algunos principios que puedan ser aceptados como justificación final, es decir, desde el punto de vista moral, o por cualquier individuo imparcial y racional»[23]. Destaco la modestia de la pretensión: se trata sólo de «algunos» principios cuya formulación quizás sea «posible». Destaco, sobre todo, que dichos principios de «justificación final» no son sino valores morales. La racionalidad se identifica con el nihilismo, en cuanto la verdad es vista como un mero valor.

Buenos Aires, noviembre de 1987

[22] G. von Wright, «Vetenskapen och förnuftet», Söderström förlags, 1986.

[23] E. Garzón Valdés, «Moral y política», loc. cit., p. 190.

EFICACIA, TIEMPO Y CUMPLIMIENTO

«No conocemos exactamente qué motivos inducen a los hombres a cumplir las normas jurídicas. Ningún orden jurídico positivo ha sido nunca estudiado en una forma científica satisfactoria con el propósito de responder a esta pregunta».

Hans Kelsen

I

Gran parte de las disputas del «positivismo jurídico» de este siglo han girado, explícita o implícitamente, acerca de la relación entre norma y conducta. Sin embargo, puede decirse que los resultados obtenidos son más bien pobres en relación a los esfuerzos empeñados en la disputa.

El análisis del cumplimiento de las normas es una manera de estudiar la esquiva relación arriba mencionada. En este trabajo expondré dos importantes sentidos del término «eficacia». También sugeriré la utilidad de trabajar el problema de la eficacia de las normas a partir de parámetros definidos. A la vez, mostraré algunas dificultades teóricas vinculadas a esta noción.

II

A menudo, las expresiones «cumplimiento» y «eficacia» son utilizadas por los juristas como sinónimas. Sin embargo, el término «eficacia» plantea algunos problemas de los que no somos conscientes cuando utilizamos el término «cumplimiento». Una razón de ello es que el universo del discurso que constituye el objeto de estudio de la ciencia jurídica está constituido por un conjunto de elementos a los que generalmente se asignan una cierta clase de propiedades. Una de tales propiedades es la denotada por el término «eficacia».[1]

Debido a la plurisignificatividad de «eficacia» surgen a menudo problemas de difícil solución ya que, por lo general, los juristas no precisan el sentido en que utilizan el término.

Para lo que aquí importa distinguiremos dos significados de eficacia[2].

---

[1] Cf. Garzón Valdés, E.; 1977, pg. 65.

[2] Cf. Caracciolo, R.; 1977, pg. 179.

a) *Eficacia como relación:*

Una norma (n) es eficaz cuando un estado de cosas (generalmente el resultado de una acción) se adecua al contenido normativo de (n). La norma (n) es eficaz respecto de los estados de cosas individuales miembros de la clase de estados de cosas genéricos prescriptos.

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»[3], aun cuando sea ineficaz respecto de otra acción que no produce el resultado prescripto. Este significado de «eficacia» puede denominarse «eficacia (E1)». (En adelante (E1), por razones de brevedad).

En este primer sentido se precisa de una norma que prescriba una conducta humana, y de algún modo, es éste el uso primario del término «eficacia».[4]

Obviamente que la relación exigida por (E1) no puede ser satisfecha por normas que no prescriben comportamientos «... dado que las normas derogatorias no prescriben una cierta conducta y no pueden ser obedecidas y aplicadas como otras normas, ellas tampoco pueden ser inobservadas»[5]. La misma cuestión podría suscitarse con las normas permisivas, ya que desde una perspectiva semántica no es claro saber qué significa cumplir o incumplir un permiso para realizar una acción[6].

b) *Eficacia como propiedad*

Este segundo sentido de «eficacia» denota una propiedad de una norma (n). Este significado puede denominarse «eficacia (E2)», y diremos que la norma (n) es eficaz (E2) cuando es posible afirmar verdaderamente que existen un número indeterminado de actos de cumplimiento de la norma (n). Aun cuando no sea del todo exacto, diremos que un acto (acción) cumple lo prescrito por una norma cuando el estado de cosas producido es idéntico al estado de cosas debido.

Si bien este segundo sentido de eficacia no es lógicamente independiente del primero, no por ello son equivalentes. Esta importante ambigüedad no siempre fue advertida; por ejemplo, Kelsen señala que identificar «validez» con «eficacia» es cometer la famosa «falacia naturalista» que dicho vulgarmente consiste en tomar como idénticas dos propiedades cualitativamente distintas[7].

---

[3] Esto no significa que tal relación sea de carácter lógico. Lo que aquí importa es la posibilidad de predicar verdaderamente la equivalencia material entre un contenido normativo y la verdad de la descripción de un estado de cosas. Cf. Kelsen, H.; 1979, pg. 20.

[4] Cf. Kelsen, H.; 1949, pg. 41.

[5] Cf. Kelsen, H.; 1974, pg. 260.

[6] Vernengo, R.; 1983, pg. 440.

[7] Cf. Kelsen, H.; 1979, pg. 25 y Frankena, W.; 1974.

Pero en algunos otros pasajes niega enfáticamente que la eficacia sea una cualidad de las normas[8]. La adscripción de la propiedad «eficacia» parece ser necesario en el caso de las normas consuetudinarias; Alchourron y Bulygin[9] afirman que el enunciado «la norma (n) es eficaz» es analítico en el caso de que (n) sea una norma originada en la costumbre. Pero si no se discrimina entre la eficacia como relación de cumplimiento y la eficacia como propiedad, se tiene que la negación del enunciado en cuestión no es contradictorio en el supuesto de (E1). La razón es simple; en el sentido (E1) el enunciado «la norma (n) es eficaz» es sintético y por ende la negación no es contradictoria.

Polémica aparte, puede verse fácilmente 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). De ello se sigue que la verdad de la proposición expresada por el enunciado «la norma (n) es eficaz (E2)» es suficiente para decir que existen una cantidad indeterminada de estados de cosas que satisfacen lo prescrito por la norma (n).

¿Cuántos estados de cosas del tipo de eficacia (E1) son suficientes para la verdad de «la norma (n) es eficaz (E2)»? Una de las dificultades para responder a esta pregunta radica en la falta de precisión de las magnitudes o parámetros que se toman en cuenta en la elaboración de las respuestas.

Otra cuestión importante es la imposibilidad de independizar los juicios sobre la eficacia de las normas jurídicas de las teorías acerca de la naturaleza, estructura y función de las mismas normas. En otros términos, afirmar la verdad de los enunciados acerca de la eficacia de una norma o sistemas normativos presupone admitir una clase de enunciados que proporcionan los criterios de existencia e identidad de las normas jurídicas. Sin embargo, no se cuenta actualmente con un consenso general sobre el status científico y epistemológico de tales teorías[10].

III

Gran número de resultado de acciones son estados de cosa y, normalmente, el resultado de una acción u omisión consiste en un cambio en el mundo. Si la relación entre acción y resultado es de índole conceptual[11], entonces el tiempo empleado para ejecutar una acción es equivalente al tiempo empleado para alcanzar el resultado que define el tipo de acción en cuestión. Generalmente la complejidad (subjetiva y objetivamente

---

[8] Cf. Kelsen, H.; 1949, pg. 41 y Kelsen, H.; 1984, pg. 71.

[9] Alchourron, C. y Bulygin, E.; 1979, pg. 18.

[10] Véase como ejemplo relevante a los trabajos de Alchourron, C. y Bulygin, E. y los de Ota Weinberger, acerca de la naturaleza expresiva o hilética de las normas. (Ver los trabajos indicados en las referencias).

[11] Cf. von Wright, G.; 1970, pgs. 56 y 61.

considerada) de la acción está en relación directa con el tiempo necesario para su ejecución; por ende, cumplir una norma implicará un consumo de tiempo proporcional a la complejidad de la acción exigida. Este segmento temporal puede denominarse «tiempo de cumplimiento» y su extensión depende de la naturaleza de la acción y la estructura de la norma. En muchos casos el contenido normativo no consiste en una acción sino en un conjunto de acciones a realizarse en ocasiones diferentes. El «tiempo de cumplimiento» será la suma del tiempo empleado en la ejecución de tales acciones. Antes de proseguir en este análisis es conveniente señalar algunas dificultades.

Se suele distinguir entre «reglas de hacer» y «reglas de ser»[12]. A estas últimas se las suele denominar «reglas ideales». No es difícil comprender que la manera de cumplir lo prescrito por estas reglas ideales (ser valiente, ser justo, etc.) es ejecutar una serie de actos de los que conforman los elementos de la clase de estados prescritos. Pareciera que en estos casos es bastante difícil, sin echar mano a criterios pragmáticos, justificar una respuesta acerca de la eficacia de una regla ideal; y por ende, establecer el tiempo necesario para cumplir lo prescrito por tales reglas. Es claro que ante las dudas planteadas por las reglas ideales se hace patente la ambigüedad del concepto de eficacia (E1); las reglas ideales no prescriben conductas sino estados de cosas. Este punto es especialmente importante para esclarecer las relaciones entre motivación normativa, eficacia y cumplimiento. Decir que se cumple una norma jurídica puede considerarse como la afirmación de la equivalencia material entre la verdad de la descripción de un contenido normativo y la verdad de la descripción de un estado de cosas. Supongamos que es obligatorio para un sujeto (s) realizar p&q («&» simboliza la conjunción). Ello equivale a la obligación de cambiar el mundo -p («–» simboliza la negación) a un mundo p, o mantener p si éste ya existe. Igualmente respecto de q. Si el mundo del sujeto (s) es –p&q entonces el sujeto debe producir p y mantener q. Puede ser el caso de que el sujeto (s) produzca p pero q existe con independencia de lo que puede hacer (s), esto es: el sujeto (s) no puede hacer ni evitar q[13]. El sujeto (s) no produce la acción p&q aun cuando sea el caso de que es verdadero de que existe en el mundo el estado de cosas p&q. El concepto de eficacia (E1) trata de reflejar lo que Kelsen denomina «eficacia normativa»[14]. Pero si la función principal del derecho es motivar comportamientos, sería conveniente tomar como concepto primario de eficacia a lo que Kelsen denomina «eficacia causal». La eficacia (E1) de una norma puede verse como una relación entre normas y acciones o entre normas y estados de cosas. En este trabajo, se mantendrá la definición propuesta: Una norma (n) es eficaz (E1)

---

[12] Cf. von Wright, G.; 1970, pg. 33 y von Wright, G.; 1976, pg. 43.

[13] Cf. von Wright, G.; 1970, pgs. 66 y 67.

[14] Kelsen, H.; 1970, pgs. 40 y 41.

cuando un estado de cosas (generalmente el resultado de una acción) se adecua al contenido normativo de (n).

Otra dificultad, que simplemente mencionaremos, es la relación entre el tiempo de cumplimiento y la estructura y naturaleza de los mandatos de omitir, o las conjunciones o disyunciones de mandatos mixtos (hacer y omitir).[15]

La expresión «tiempo de cumplimiento» podría usarse (no sin provecho) ambiguamente en los siguientes sentidos.

a) El tiempo, definido en una norma, en que debe realizarse una acción.

b) El tiempo empleado en ejecutar una acción prescrita en una norma.

Para un conjunto de acciones que deben ejecutarse en un tiempo t, la norma que prescribe tal conducta define el segmento de tiempo relevante, asignando a las acciones debidas, que se ejecutan dentro del tiempo t un valor positivo (cumplimiento), y clasifica a las demás situaciones resultantes que se producen fuera del tiempo t -aun cuando sean materialmente idénticas a las de t- con el valor complementario (incumplimiento)[16].

La estructura de la norma determina, entre otras cosas, las condiciones relevantes para atribuir a una acción la calidad de conducta debida. Esto significa que es imprescindible saber cuál es la clase de sujetos que deben ejecutar la acción deónticamente calificada. No basta señalar que la función de las normas es motivar conductas sino que es necesario saber a quiénes se dirigen tales normas, porque las condiciones de ejecución de la acción, que se definirá como cumplimiento de la norma (n), variará significativamente si la norma (n) se dirige a los jueces, a los órganos aplicadores de la sanción, o a los ciudadanos en general[17].

Al denotar el término «eficacia. (E1)» una relación entre la conducta debida y la conducta producida es obvio que la descripción del tiempo de cumplimiento permanece incierto hasta que no se explicita a quiénes se dirigen las prescripciones.

Lo expuesto hasta aquí sirve para mostrar que el tiempo de cumplimiento, que permite afirmar la existencia de eficacia (E1) (recordemos que un conjunto de relaciones de eficacia (E1) es condición necesaria para la verdad de los enunciados sobre la eficacia (E2) de una norma (n)), no puede establecerse por la simple lectura de las disposiciones legales sino que es necesario contar con un aparato conceptual que permita de terminar: (i) los sujetos normativos, (ii) las características de las acciones debidas y (iii) el tiempo en que deben ejecutarse. Obviamente, estos tres tópicos deben ser resueltos mediante el análisis del concepto de «norma».

---

[15] Cf. Nino, C.; 1987, pg. 95 y Guibourg, R.; 1985, pg. 17.

[16] Kelsen, H.; 1979, pg. 34, nota 15.

[17] Cf. Kelsen, H.; 1969, pg. 34. Kelsen, H.; 1949, pg. 63. Capella, J.; 1968, pgs. 134 y 135 y Ross, A., 1963, pg. 35.

Desgraciadamente aun no contamos con teorías paradigmáticas acerca de esta heterogénea clase de objeto.

IV

Es frecuente atribuir a una norma la propiedad de ser eficaz (E2) cuando «la mayoría de los sujetos en la mayoría de las ocasiones obedecen las normas», o «cuando la desobediencia no es habitual»[18]; cuando existe un mínimum de adecuación entre lo que es y lo que debe ser. Pero todas estas caracterizaciones, de patente vaguedad, pueden tornarse circulares si no se identifican parámetros que definan un contexto en los que términos como «mayoría», y «habitual» sean operativos. Los parámetros en cuestión pueden ser de naturaleza espacial, personal o temporal. Respecto de este último, los juristas operan, por lo general, con la totalidad del tiempo de existencia de una norma.

Al enfrentar un interrogante sobre la eficacia (E2) de una norma (n), les interesa establecer un número indeterminado de actos de cumplimiento desde que la norma entró «en vigor» hasta el momento en que surge el interrogante. Pero de ningún modo es claro cuáles son las condiciones que deben satisfacerse para afirmar verdaderamente la existen cia de una norma. Una norma (n) puede «existir» (pertenecer) en un sistema S y no en un sistema Sn. A su vez la norma (n) puede «existir» (ser aplicable) en Sn y no en S. El tiempo de existencia de una norma puede analizarse en función de la membrecía (tiempo externo) o de la aplicabilidad (tiempo interno)[19].

Probablemente estas complicaciones teóricas sean la razón de que los juristas se limiten a exponer sólo tres o cuatro ejemplos triviales y trillados de normas ineficaces que, por definición, son absolutamente irrelevantes para la vida cotidiana.

Un análisis cuidadoso del problema de la eficacia (E2) permite ver la utilidad de diferenciar grupos de personas o conjuntos de ocasiones que puedan servir de base a la pregunta ¿Por qué la norma (n) tuvo un alto grado de acatamiento en el tiempo t y no ocurrió de igual modo en el tiempo tn?

Supongamos un sujeto (s) y una sucesión de ocasiones para ejecutar la acción prescrita por la norma (n).

Diag. I: (n); (s)

! —— ! —— ! —— " —— !
t1 t2 t3 t4 t5

[18] von Wright, G.; 1970, pgs. 139 y 140.

[19] Bulygin, E; 1982, pg. 67.

Los círculos llenos simbolizan actos de cumplimiento del sujeto (s), por ello es posible decir que (n) es eficaz (E1) en t1, t2, t3 y t5, y que es ineficaz (E1) en t4. En esta historia no hay problemas en decir que la norma (n) es eficaz (E2), aun cuando sea verdadero que (n) no es eficaz (E1) en t4.

Diag. II: (n); (s)

" ____ " ____ ! ____ ! ____ "
t1 t2 t3 t4 t5

En este caso la situación es más compleja. El sujeto (s) mediante su acción en t3 y t4 conforman los hechos que hacen verdadero el enunciado «(n) es eficaz (E1) en t3 y t4» pero ¿es (n) eficaz (E2)? Si tomamos como criterio de asignación de eficacia (E2) al hecho de que la norma es obedecida en «la mayoría de las ocasiones», y tomamos en cuenta la sucesión de ocasiones de t1 a t5 podemos decir que (n) no es eficaz (E2) porque en la mayoría de las ocasiones fue desobedecida. Pero podría suceder que el segmento temporal escogido sea el que va desde t3 a t5 y, en ese caso, sería verdadero decir que (n) es eficaz (E2).

Tal vez ocurre que el Diag. II representa un segmento temporal determinado por la pertenencia de (n) a un sistema Sn que se configura en un tiempo posterior al indicado por la pertenencia de (n) a un sistema S.

Diag. III: (n); (s)

t1 t2 t3 t4 t5
! ____ ! ____ ! ____ " ____ ! ____ " ____ " ____ ! ____ ! ____ "
t1 t2 t3 t4 t5

Al sumarse los segmentos temporales, la afirmación «(n) es eficaz (E2)» que será falsa sobre la base del diag. II, se torna verdadera ya que en la mayoría de las ocasiones se realiza la conducta prescrita. Observando los diagramas expuestos notamos claramente las diferentes respuestas posibles a la pregunta por la eficacia (E2) de la norma (n); y la verdad de tales respuestas es relativa a los sistemas normativos, o bien a los segmentos temporales que se tomen como referencia.

V

Supongamos que en la búsqueda de una explicación acerca de la oscilación de la eficacia (E1) de una norma en su historia, logramos identificar un estado de cosas p tal que siempre que p ocurre entonces se realiza la conducta debida. En este supuesto podríamos decir que el estado de cosas p es condición suficiente de la realización de la conducta prescrita. Quizás nunca sea posible establecer con exactitud las condiciones suficientes de ciertos comportamientos humanos, pero no cabe duda que

el «análisis causal» constituye una poderosa herramienta para el aprendizaje de la motivación de conductas[20].

Un jurista preocupado por la relación entre norma y conducta procurará establecer cuáles son las razones que sirven para explicar la oscilación de una norma en su historia[21].

Si tal tarea es llevada a cabo con éxito, entonces será posible utilizar racionalmente al sistema normativo para explicar conductas (esquema de interpretación) y para producir determinados resultados (esquema de transformación).

Tradicionalmente se ha hecho hincapié en que la relación entre validez y eficacia es uno de los problemas fundamentales de una teoría positivista del derecho[22]. Esto contrasta abiertamente con el hecho de que los usuarios directos de los sistemas normativos (jueces, abogados, etc.) rara vez tienen en cuenta los problemas que tal relación implica. Tal vez por ello 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.

Por último hay que poner de manifiesto que en lo expuesto, el tiempo «real» existente entre los círculos de los diagramas pueden ser de días, horas o años, y depende más de la estructura y función de las normas jurídicas que de un dato de la realidad.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Ricardo Caracciolo, Ricardo Guibourg, Gustavo Cosacov y Cristina Redondo, por la lectura de los originales de este trabajo y por sus valiosas sugerencias.

[20] Cf. von Wright, G.; 1979, pg. 78.

[21] Cf. Ross, A.; 1963, pg. 53.

[22] Cf. Kelsen, H.; 1979, pg. 219.

REFERENCIAS

ALCHOURRON, C. y BULYGIN, E. «Sobre la existencia de las normas jurídicas», 1979. Valencia (Venezuela).

«The expressive conception of norms» en *New studies in deontic logic*, Hilpinen, R. (ed.). Pgs. 95-124. Reidel Publishing Company, 1981.

«The pragmatic foundation for a logic of norms» en *Rechtstheorie*, 15 (1984). Pg. 453-464.

BULYGIN, E.: «Tirne and validity» en *Deontic logic, computational linguistics and legal information systems*, Martino, A (ed.). Vol. II. Pgs. 65-8 1. North Holland Publishing Company. 1982.

«Norms and logic» en *Law and philosophy* 4 (1985). Pgs. 145-163. Reidel Publishing Company.

CAPELLA, J.: «El derecho como lenguaje». 1968. Ariel. Barcelona.

CARACCIOLO, R.: «Interpretación de sentido y conocimiento jurídico» en *Revista latinoamericana de filosofía*. Pgs. 177-184. Vol. III. n.º 2. 1977.

FRANKENA, W.: «La falacia naturalista» en *Teorías sobre la ética*, compilación de P. Foot. Fondo de cultura económica. México, 1974. Trad. de M. Arboli.

(«The Naturalistic Fallacy» en *Theories of ethics*. 1967. Oxford University Press, Londres).

GARZÓN VALDÉS, E.: «Algunos modelos de validez normativa» en *Revista latinoamericana de filosofía*. Pgs. 41-68. Vol. III. N.º 1. 1977.

GUIBOURG, R.: «Some reflections about the concept of action» en *Archiv für Recths und Sozialphilosophie*. LXXI/Heft I 1. Quartal. 1985.

KELSEN, H.: «Teoría general del derecho y del estado». 1949. UNAM. México. Trad. de E. García Maynez.

(«General Theory of law and state». 1945. Harvard University Press. USA.).

«Contribuciones a la teoría pura del derecho». 1969. Centro editor de América Latina. Argentina.

«Derogación» en *Boletín mexicano de derecho comparado*. N.º 21. 1974. Trad. de A. Ortiz.

«Teoría Pura del derecho». 1979. UNAM. México. Trad. de R. Vernengo.

(«Reine Rechtsehere». 1960. F. Deuticke. Viena).

«Kelsen-Klug: Normas jurídicas e analise logica». 1984. Forense. Brasil. Trad. de P. Bonavidez.

(«Rechtsnormen und logische analyse». 1981. F. Deuticke, Viena).

NINO, C.: «Introducción a la filosofía de la acción humana». 1987. EUDEBA. Argentina.

ROSS, A.: «Sobre el derecho y la justicia». 1963. EUDEBA. Argentina. Trad. de G. Carrió.

(«On law and justice». 1958. University of California Press. Berkeley. USA.).

VERNENGO, R.: «Sistemas normativos dinámicos y la idea de libertad jurídica» en *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro Carrió*. Pgs. 453-443. Abeledo Perrot. Argentina. 1983.

WEINBERGER, O.: «On the meaning of norm sentences, normative inconsistency, and normative entailment. A reply to Carlos Alchourron and Eugenio Bulygin» en *Rechtstheorie*, 15 (1984).

von WRIGHT, G.: «Norma y Acción: Una investigación lógica» 1970. Tecnos. Madrid. Trad. de G. Ferrero.

(«Norm and action: A logical enquiry». 1963. Routledge & Keagan Paul. Londres).

«Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción». 1976. UNAM. México. Trad. de E. Garzón Valdez.

(«An Essay in deontic logic and the general theory of action». 1968. Acta Filosófica Fenica. North Holland).

«Explicación y Comprensión». 1979. Alianza Universidad. Madrid. Trad. de V. Renón.

(«Explanation and understanding». 1971. Routledge & Keagan Paul. Londres.).

EFICIENCIA Y DERECHO

Introducción.

A lo largo de la última década los economistas han utilizado su arsenal conceptual para estudiar temas que tradicionalmente eran feudo de filósofos y juristas. En más de una ocasión los economistas se han lamentado de la poca atención y la incomprensión que han merecido sus escritos por parte de sus colegas tanto filósofos como juristas[1]. En este trabajo pretendo tender puentes para una mejor comprensión por parte de filósofos y juristas de algunas de las ideas más importantes sostenidas por economistas.

Es necesario hacer previamente una distinción conceptual de suma importancia. Cuando hablamos de la economía neoclásica o la economía del bienestar conviene tener bien presente que bajo este rótulo se pueden incluir muchas corrientes de pensamiento. Sin embargo creo que es preciso distinguir entre la *teoría económica del bienestar y las doctrinas de la economía del libre mercado*.

La teoría económica del bienestar.

Según Adam Smith, en un mercado competitivo los individuos racionales y egoístas que persiguen su propio interés producen -sin tener conciencia de ello y guiados por una mano invisible- un resultado ni previsto ni querido: el mayor beneficio social.

La teoría económica del bienestar ha partido de esta conjetura y ha demostrado que en determinadas condiciones es cierta. Sin embargo su universo de discurso es esencialmente limitado y sus tesis no pueden ser aplicadas indiscriminadamente a cualquier situación social.

Me parece que la teoría económica del bienestar puede ser especialmente útil a los juristas porque no trata de describir totalmente la realidad social en la cual todo está mezclado e indiferente, sino que su gran valor consiste en la construcción de modelos que sirven -sobre todo- para interpretarla.

Los modelos que utiliza la teoría económica son siempre muy sencillos y hacen abstracción de muchos aspectos de la realidad -por ejemplo una economía con dos sujetos y dos bienes: las naranjas y las manzanas- o problemas electorales en los cuales hay tres opciones y tres

[1] Véase como muestra F. Hahn y M. Hollis eds. *Philosophy and Economic Theory*. Oxford University Press 1979, p. 1, o bien Posner: *The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1981. Sin embargo, en los últimos tiempos este problema se ha mitigado. Véase por ejemplo el excelente libro de D. Gauthier: *Morals by Agreement*. Oxford Clarendon Press, 1986, en el cual observa la moral como una parte de la teoría de elección racional vislumbrada por economistas como por ejemplo Harsanyi y muy desarrollada en la actualidad.

votantes. Su utilidad no se encuentra en la descripción de la realidad sino en la luz que puede ofrecer para plantear problemas, para preguntarse desde el modelo por qué la realidad es como es y para proponer medidas para mejorar la sociedad. Sin lugar a dudas la teoría económica es diseccionista y su valor cognoscitivo se encuentra fuertemente relacionado con la delimitación precisa de un problema y su aislamiento de otros problemas que se acostumbran a tratar indiferenciadamente. Esa es una de las razones que puede explicar el desarrollo de la teoría económica como la primera ciencia social. Pero además la teoría económica ha utilizado profusamente instrumentos analíticos formales muy sofisticados para apuntalar sus tesis.

Las doctrinas de la economía del libre mercado.

Por doctrinas de la economía del libre mercado entenderemos todas aquéllas que utilizan los teoremas fundamentales de la economía del bienestar[2] para justificar la deseabilidad de la economía del libre mercado. En muchas ocasiones -sin ningún espíritu crítico- se ofrecen interpretaciones de las tesis de la teoría económica que van mucho más allá de los límites establecidos por la propia teoría económica del bienestar. Eso ha dado lugar a una confusión que ha tenido como consecuencia la identificación de la teoría económica con la defensa a ultranza de las leyes del mercado y con el neoconservadurismo.

Estas extensiones de las tesis de la teoría más allá de sus límites pueden tener su fundamento en la sofisticación del lenguaje utilizado por los economistas teóricos -sólo comprensible por un auditorio muy restringido y a la vez avanzado- y también por la facilidad con que se pueden adulterar los límites ante un auditorio de estudiosos de ciencias sociales que difícilmente tienen acceso a las fuentes originarias.

A todo ello se debe añadir la poca preocupación que la propia teoría económica ha tenido de divulgar sus conocimientos más allá de la comunidad de economistas. Existe muy poca literatura dirigida a filósofos, juristas y otros científicos sociales en la que se expliquen las hipótesis, los modelos y los resultados de la teoría económica. En cambio sí existen numerosas doctrinas de justificación de la economía del libre mercado de fácil acceso para cualquier estudioso de ciencia social.

Una vez hecha esta precisión vamos a ocuparnos de definir el funcionamiento de un mercado competitivo y las principales hipótesis de la teoría económica del bienestar. Iniciaremos nuestra andadura describiendo el supuesto del hombre económico como hombre racional y egoísta. En segundo lugar, describiremos las hipótesis bajo las cuales se cumple

---

[2] Véase Arrow: «An extension of the Basic Theorems of Classical Welfare Economics» en J. Neyman (ed.). *Proceedings of the Search Berkeley Symposium on Mathematical Statistics and Probability*. University of California Press, 1951. El teorema viene a demostrar la conjetura de A. Smith. En un mercado ideal los intercambios entre individuos racionales y egoístas producen un equilibrio competitivo que es un óptimo de Pareto. Las hipótesis de un mercado ideal se explican más adelante.

el teorema de la teoría económica y en tercer lugar analizaremos el concepto de eficiencia, especialmente en su versión paretiana porque juega un papel muy importante.

El hombre económico.

En su origen la economía clásica partió de un conjunto de presupuestos que en cierta medida fueron compartidos por el iusnaturalismo racionalista como ya señalara acertadamente Schumpeter. Adam Smith sostuvo una concepción del hombre económico, como un hombre racional, individualista y egoísta. Existe una mano invisible que rige la economía -la ley natural de la economía-, según la cual individuos que persiguen su propio interés en un mercado competitivo producen un resultado no intencionado e imprevisto: el bienestar social. El mismo espíritu que llevó a los economistas a buscar unas leyes naturales justas impulsó a los juristas a buscar en la naturaleza el criterio de ordenación institucional justa. El parentesco de la economía clásica con ciertos tipos de reflexión jurídica es evidente. Pero sus historias han sido muy distintas. La fe en una mano invisible que rige la economía y conduce a la eficiencia mediante las leyes del mercado ha dejado de ser una fe irracional y ha sido formalizada con potentes instrumentos de análisis. Hoy día se conocen con exactitud la fuerza de sus argumentos pero también las condiciones -no muy generales- bajo las cuales tiene validez.

La economía de mercado se basa en un conjunto de supuestos y valores. La idea quizá más importante es que la racionalidad y el egoísmo del individuo conducen a un resultado no previsto e intencionado por el individuo: la eficiencia social. De ahí se infiere -creo que incorrectamente, como veremos- que el modo de organizar el mundo de la economía es que los propios individuos decidan en un mercado competitivo. Los individuos conocen perfectamente cuáles son sus intereses y sus preferencias. El *individualismo* es el primer valor sustancial.

En la justificación del individualismo Locke ocupa un lugar sumamente importante. La sociedad según Locke constituye un agregado de individuos que ya tienen unos derechos innatos que nadie puede violar y que son inalienables. El hombre en el estado de naturaleza tiene esos derechos: la vida, la integridad física, la libertad y la propiedad. Son derechos que ninguna mayoría ni ningún bien colectivo pueden vencer. Son triunfos que tiene el individuo frente al estado y frente a todos los demás hombres[3].

La vida en el estado de naturaleza, sin embargo arguye Locke, es insegura porque no existe forma de garantizar los derechos naturales. En el estado de naturaleza no existe una jurisdicción superior a las partes que tenga como objetivo castigar a aquellos que atenten contra los derechos naturales. La vida en sociedad, el pacto social se justifica para

[3] Una versión moderna y actualizada de la teoría de los derechos como triunfos frente a la mayoría puede verse en R. Dworkin: *Taking Rights Seriously*. (6 ed.). Harvard University Press, 1979.

garantizar mejor esos derechos naturales. El estado sólo tiene sentido para convertir los derechos naturales en derechos jurídicos. El estado es el garante de los derechos pero nada más. En el caso de que el estado atente contra alguno de los derechos naturales el ciudadano puede volver al estado de naturaleza rebelándose contra el gobierno que no cumple con sus deberes. El estado está para satisfacer las necesidades de orden público pero no para privar a los ciudadanos de su libertad o de su propiedad. Los ciudadanos deben ser los que decidan según sus preferencias sin que exista ninguna necesidad de que el estado suplante su libertad.

Es consecuente con el individualismo rechazar todo tipo de ética social exógena que sea contraria o independiente de la voluntad de los individuos que afecta. Cualquier limitación de los derechos de los individuos sólo es permisible o justificable si el individuo afectado está de acuerdo. No existe ninguna razón -afirmaría el buen liberal- para que un planificador externo nos diga qué es lo bueno. Los juicios preferenciales de los planificadores valen tanto como los de cualquier ciudadano. El individualismo se toma en serio los derechos de los individuos. La *doctrina* ha inferido que el sistema de libre mercado -al basarse en el individualismo- no sólo es preferible por su eficiencia social sino también porque es el único sistema compatible con derechos individuales fundamentales no económicos como por ejemplo la libertad.

Ahora bien, la teoría económica no sólo asume el individualismo sino que además supone que el hombre es un ser *racional* y *egoísta* de tal modo que es el propio individuo el que tiene mejor información acerca de sus preferencias y de sus intereses, al mismo tiempo el individuo es el que los sabe defender mejor. El hombre intenta conseguir el máximo de bienes con el mínimo coste y es capaz de hacer todos los cálculos necesarios para llegar a este objetivo. Algunos liberales, además, sostienen -muy especialmente Hayek- que los individuos tienen una información que ningún planificador social podría llegar a tener. Este es un punto importante porque ningún planificador social puede ser capaz de recabar tanta información a tan bajo coste. Además si el individuo se equivoca, no es racional, él mismo sufre las consecuencias de su irracionalidad, de tal modo que existen incentivos para que los individuos se comporten racionalmente.

Otra asunción valorativa importante hace referencia a los criterios de evaluación de una sociedad determinada. Las leyes del mercado competitivo cuyos agentes son individuos egoístas y racionales producen eficiencia social. La eficiencia es el valor por excelencia de un sistema económico[4]. Sin embargo existe una relación inversa -*trade off- entre principios de equidad y de eficiencia*. En la medida en que tratemos que la distribución sea equitativa nos alejamos de la eficiencia. Se produce por tanto una caída en picado de la riqueza social. La teoría económica

[4] Véase por ejemplo A. Schotter: *La economía del libre mercado*. Barcelona, Ariel, 1987, p. 140 en la que afirma «desde el punto de vista económico, el único requisito exigible a un sistema es su eficiencia y toda cuestión de moralidad carece de sentido».

se ha ocupado en los últimos tiempos de este problema. Como tesis generalizada, el hecho de que exista una relación inversa entre equidad y eficiencia no quiere decir que toda la teoría económica esté a favor del principio de eficiencia ni que sea siempre deseable la solución eficiente. La teoría económica -sobre todo en los últimos tiempos- ha tendido a poner de manifiesto la contradicción o la incompatibilidad entre criterios normativos. Creo que este punto es importante porque se tiende a identificar la eficiencia con el único criterio mediante el cual se juzga un sistema. Como señala Barberá «una parte importante de los desacuerdos a que puede dar lugar la utilización de criterios normativos tan generales como por ejemplo los de justicia y equidad se debe a que... no es fácil darles expresión formal. Y sería interesante hacerlo, porque esto permitiría incorporarlos, en pie de igualdad con el criterio de Pareto»[5]. Las relaciones entre justicia y eficiencia son muy complejas y se pueden plantear desde muchas perspectivas, de forma muy sencilla o muy sofisticada. Pero una sociedad idealmente justa es una sociedad eficiente. Una sociedad que despilfarra recursos no es una buena sociedad y difícilmente la calificaríamos de justa o equitativa. La eficiencia es un componente de la justicia aunque ni el único ni el principal criterio de justicia. Es decir, la eficiencia no triunfa siempre frente a los otros criterios componentes de la justicia. Por último, eficiencia y equidad no siempre se oponen. Pueden existir situaciones en las cuales la relación inversa no se da[6].

Las hipótesis de un mercado ideal.

He sugerido algunos de los principales presupuestos de la teoría económica. La idea fundamental es que en un mercado ideal los intercambios producen un equilibrio que es un óptimo de Pareto. Complementario con el supuesto anterior: Los mercados reales, los actuales, no son mercados ideales pero tienden a producirse situaciones cercanas al óptimo de Pareto. De ahí, la doctrina infiere la justificación de la economía de libre mercado. Inferencia que -como veremos- ignora los límites del discurso de la teoría económica.

Las *condiciones*[7] que debe reunir un mercado ideal -según la teoría económica- son en principio las siguientes:

1.-Que la información -acerca de los precios- que poseen los sujetos que intervienen en el mercado es completa.

---

[5] Véase Barberá: «Justicia, equidad y eficiencia». *Hacienda Pública*. 1978, p. 213. En este trabajo Barberá presenta diversas contribuciones cuyo propósito común es el estudio de criterios normativos distintos al de Pareto, compatibles o incompatibles con éste. Barberá sostiene que la teoría económica no puede resolver las controversias pero que sí que puede clarificar los términos en que se plantean.

[6] Véase sobre este punto el artículo citado de Barberá, p. 214.

[7] Véase sobre este punto A. Buchanan: *Ethics, Efficiency and the Market*. Oxford Clarendon Press, 1985, p. 14.

2.-Que los derechos de propiedad sean estables y bien establecidos. De tal manera que el mantenimiento y la garantía de este derecho no produzca costes adicionales.

3.-El individuo es egoísta y racional. El individuo tiene claro siempre cuál es su interés y puede ordenar sus preferencias de forma transitiva. Es decir que si prefiere *w* a *p* y *p* a *x* prefiere también *w* a *x*.

4.-Los costes de transacción son cero. Por ejemplo los costes que supone ponerse de acuerdo, sucesivas ofertas, tienen que ser cero.

5.-Un mercado ideal carece de externalidades. En un modelo de competencia perfecta el único lugar de interacción social es el mercado. Fuera del mercado no se produce ningún tipo de influencia entre los individuos que afecte a la oferta, la demanda o los precios.

6.-Los productos ofrecidos en el mercado no están diferenciados entre los ofertantes de tal manera que a igualdad de condiciones es indiferente comprar uno u otro.

7.-Los individuos que participan en un mercado consideran los precios como un dato. No tienen el suficiente poder para alterarlos como consecuencia de sus decisiones. Se excluyen -en particular- conductas monopolísticas.

Estas siete condiciones son suficientes para que se produzca un óptimo de Pareto. Los supuestos y las condiciones de la economía del libre mercado son tan restrictivos que una aplicación indiscriminada de sus tesis es improcedente.

El concepto de eficiencia.

El concepto de eficiencia social es un concepto clave de la teoría económica. Sin embargo en la literatura se utiliza con significaciones distintas. Voy a dedicar atención al criterio paretiano porque juega un papel fundamental[8].

Vilfredo Pareto propuso un criterio que pretendía resolver algunos de los inconvenientes del utilitarismo y que permite clasificar las decisiones sociales. El utilitarismo propuso la máxima «la mayor felicidad para el mayor número posible» para valorar la justicia de las instituciones. Las quiebras del utilitarismo, su falta de respeto por las minorías, la justificación de atrocidades e incluso de la esclavitud en el caso que produjera mayor felicidad, la dificultad de valorar y medir la intensidad de

[8] Sobre el concepto de eficiencia existen disputas. Véase por ejemplo J. Coleman: «The Economic Analysis of Law» en J. Pennock y J. Chapman eds: *Ethics, Economics and Law*. NOMOS XIV, New York University Press, 1982, p. 83 y ss. en las que mantiene la ambigüedad del concepto de eficiencia y sus interpretaciones en el sentido de Pareto y de Kaldor-Hicks. Kaldor-Hicks propusieron el criterio de compensación para obviar algunos de los problemas del criterio paretiano. Según este criterio el estado social X es superior al estado social Y, si los que ganan con ello pueden compensar a los que pierden. Con ello se permite comparar situaciones alternativas en las que alguien sale perjudicado. Sin embargo este criterio tiene inconvenientes semejantes a los del utilitarismo porque se deben hacer comparaciones interpersonales -y no se sabe como hacer estas comparaciones- y además la compensación sólo es hipotética porque no es necesario que los que salen beneficiados paguen.

la felicidad condujo a algunos economistas a sostener lo que se ha denominado el criterio paretiano, un criterio individualista que exige unanimidad para la elección de procedimientos de decisión social. La ética paretiana es una ética procesual en el sentido que diseña procedimientos decididos por unanimidad. Lo único preocupante es si se respeta y se aplica el procedimiento con lealtad. La ética paretiana es negativa en el sentido de que es una condición necesaria aunque no suficiente de la justicia.

Según Pareto *una decisión social es óptima si no existe otra situación diferente que se prefiera unánimemente*. No parece difícil pensar que la idea de que deben rechazarse todas las situaciones que todos los miembros declaran unánimemente como peor que otra puede reunir un amplio consenso. En ello reside la fuerza del criterio de Pareto. Sin embargo, ha sido objeto de muchas críticas por tres razones fundamentales. *En primer lugar* porque se concede a cada uno de los individuos de la sociedad el derecho de veto a cualquier medida o decisión social. En efecto, una definición alternativa, pero *equivalente*, del óptimo de Pareto sería la siguiente: una situación es óptimo de Pareto si dada cualquier otra alternativa siempre haya alguien que la veta. La consecuencia es que típicamente hay muchas situaciones distintas que son -todas ellas- óptimos de Pareto. *En segundo lugar* porque no se pone en cuestión el punto de partida y por tanto se conserva el statu quo. *En tercer lugar* porque es escasamente sensible a los problemas de justicia distributiva. Una sociedad ideal que asignara todos los recursos a X y ninguno a Y es tan óptimo de Pareto como otra sociedad en la cual a cada uno se le asignara el 50 por ciento. Una sociedad en la cual se asignaran el 30 por ciento a cada uno de ellos y tirara el resto no cumple las condiciones del óptimo de Pareto. Pero en este último caso existe la posibilidad de llegar a un acuerdo en que todos mejoren y sea por unanimidad.

Sean cuales fueren los defectos del criterio es indudable que juega un papel de importancia en la teoría económica ya que en su teorema fundamental se utiliza el óptimo de Pareto. En todo caso la utilización del criterio de Pareto no supone la justicia de la decisión sino simplemente su eficiencia. Este punto es especialmente importante porque la doctrina -que no la teoría[9]- ha inferido la moralidad del mercado del principio de eficiencia. Y es que las palabras también embrujan porque llamar *óptimo* a ciertos estados sociales fuertemente desiguales es confuso.

---

[9] Una parte muy importan-te de la literatura de la teoría económica tiene que ver con el estudio de la relación entre la justicia y la eficiencia. Véase por ejemplo S. Barberá: «Justicia, Equidad y Eficiencia». *Hacienda Pública*, 1978 p. 213 en la que afirma «A pesar de sus conocidas limitaciones, el criterio de Pareto sigue siendo el único sobre el que los economistas parecen haber llegado a un amplio consenso. Y tiene la ventaja de que admite una expresión formal rigurosa, que permite incorporarlo plenamente al análisis teórico. Pero el criterio de Pareto tiene capacidad muy limitada para discriminar entre distintos estados económicos; y por ello el economista tiene que apelar a consideraciones adicionales, de naturaleza distinta; de equidad, justicia, desigualdad, etc... *Estos otros criterios son tanto o más relevantes que el de Pareto*, pero desde luego más difíciles de explicar analíticamente». (El subrayado es nuestro).

Recapitulando, la teoría económica del bienestar ha partido del supuesto que los individuos son racionales y egoístas y ha definido las condiciones de un mercado ideal. Sólo bajo estas hipótesis el funcionamiento del mercado competitivo conduce a un óptimo de Pareto. La conjetura de A. Smith ha sido demostrada por la moderna teoría económica del bienestar, pero es sumamente importante respetar sus propios límites para que sus tesis se puedan aplicar.

Las doctrinas del libre mercado.

Las doctrinas del libre mercado han utilizado el teorema de la teoría económica para defender la deseabilidad social del sistema del libre mercado. Sin embargo estas doctrinas infieren precipitadamente tesis que sólo tienen apoyatura en los mercados ideales. La teoría económica sostiene que sólo bajo ciertas condiciones y ciertas hipótesis el mercado competitivo conduce a un óptimo de Pareto.

La primera de las críticas que se puede ofrecer es la siguiente. *Las economías actuales no satisfacen las hipótesis sugeridas por la teoría económica* y por tanto el teorema no puede aplicarse a cualquier situación social. Por tanto toda aquella doctrina económica -que busque apoyatura en la teoría económica sin respetar los propios límites de su discurso usa y abusa de la teoría para lograr objetivos políticos.

Cuatro ejemplos pueden servir para mostrar que -fuera de los límites impuestos por las hipótesis- la mano invisible no funciona: el dilema del prisionero, los bienes públicos, las externalidades y la información asimétrica que vamos a estudiar sucintamente. Evidentemente no es difícil imaginar situaciones reales cuyas características encajen en estos ejemplos.

El dilema del prisionero.[10]

En primer lugar no siempre existe una relación directa entre racionalidad y eficiencia. Aun aceptando que el hombre siempre se comporta racionalmente podemos encontrar casos en los cuales una conducta racional lleva a una solución social ineficiente. Es decir, la tesis de A. Smith según la cual los individuos persiguiendo su propio interés y su egoísmo individual producen -sin tener conciencia de ello, guiados por una mano invisible- el mayor bienestar social, no es cierta siempre. Hay algunas situaciones en la vida en las cuales la racionalidad y el egoísmo no conducen a las consecuencias previstas por la economía clásica[11].

---

[10] Una buena descripción del dilema se encuentra en Schotter: *La Economía del Libre Mercado*. Barcelona, Ariel 1987, p. 65 y ss.

[11] Véase sobre este tema el trabajo de Axelrod: *The Evolution of Cooperation*. New York, 1984. Axelrod sostiene que cuando el halo de futuro es indefinido entonces se coopera y se llega entonces al óptimo social.

El ejemplo más claro y estudiado es el dilema del prisionero. El individuo racional y egoísta -que persigue sus propios intereses- consigue unos resultados peores que si siguiera los intereses colectivos. El dilema del prisionero ha puesto en cuestión la relación entre egoísmo, racionalidad, eficiencia y justicia social. Desde el punto de vista de la eficiencia la imposición de unas leyes desde fuera que obligaran a la cooperación aumentaría el bienestar social. Esa quiebra supone la no aplicación de la teoría económica de los mercados competitivos a importantes sectores de las relaciones sociales. La eficiencia exige la cooperación y la intervención estatal porque el egoísmo y el individualismo consiguen resultados inferiores. Me parece que el dilema del prisionero constituye un importante contraejemplo de las tesis de la racionalidad de las *doctrinas* del libre mercado. Contraejemplo especialmente valioso porque no pone en cuestión los supuestos fundamentales. No parte del presupuesto de que el hombre es irracional sino que parte del presupuesto de la racionalidad y el egoísmo y llega a conclusiones -a través de procedimientos aceptados por la economía del libre mercado- inaceptables o contradictorios con la tesis fundamental.

Los bienes públicos.

Un segundo punto de interés son los bienes públicos. Cuando Adam Smith sostuvo la fe en la mano invisible, en la racionalidad y el egoísmo del individuo y en el resultado eficiente que producía el mercado competitivo, tenía en mente bienes privados. Un bien privado se consume y excluye a todos los demás individuos de su consumo. Por ejemplo, si tengo una manzana sólo la puedo consumir yo, o venderla o donarla. Pero el consumo -comer la manzana- excluye el consumo de todos los demás. En cambio, en nuestras sociedades no sólo existen bienes privados sino también existen bienes públicos. Un bien público no es excluyente. Puedo consumir un bien público sin excluir a los demás. Por ejemplo el aire o el mar son bienes públicos. El hecho de que vaya a la playa a bañarme no excluye a los demás que hagan lo propio. Las carreteras, la educación son otros ejemplos de bienes públicos que tienen efectos externos importantes.

Pero es posible que yo me beneficie del consumo de un bien público sin colaborar en su costo. Imaginemos que en un pueblo de alta montaña se quiere asfaltar las calles y todos los vecinos están interesados en ese bien público. El alcalde convoca a los vecinos y les propone la citada iniciativa siempre y cuando colaboren con los gastos que supone el asfaltado. Es posible que la mayoría de los vecinos acuerden colaborar. Sin embargo si un vecino se comporta como hombre económico a lo A. Smith debería no colaborar porque él mismo podrá usar ese bien público sin colaborar en su costo. Los recursos que no gasta en bienes públicos puede asignarlos al consumo de bienes privados. A fuerza de racionalidad el mercado se arruina, es decir, si todos los individuos fueran perfectamente racionales serían *free riders* y si fueran todos *free riders* no habría muchos bienes públicos que hoy consideramos necesarios. De nuevo

nos encontramos con una contradicción importante entre racionalidad y mercado. Las leyes del mercado imposibilitan que se desarrollen bienes públicos entre individuos racionales y egoístas. Quizá una autoridad externa debería obligar a los individuos a colaborar. Pero en ese caso se produce una quiebra y una antinomia entre los valores del libre mercado. Ningún individualista podría justificar la necesidad de la intervención del estado. La mano invisible no produce los resultados apetecidos. Y no los produce porque en principio a cada uno de los individuos le interesa el asfalto, pero cada uno de ellos tiene incentivos para no colaborar en su costo. Elementos externos -como por ejemplo la presión social o la autoridad del alcalde- son necesarios para lograr este bienestar social.

En todo caso, en las sociedades reales existen bienes públicos que no se confían a los mercados. Aquéllos no se ajustan a las hipótesis de la teoría. Sin duda los impuestos constituyen mecanismos estatales para obligar a la financiación de los bienes públicos. Para conseguir el bienestar social se requiere la intervención económica del estado.

Externalidades.

Un tercer supuesto puede servir para demostrar sus límites. A. Smith, y con él la economía neoclásica presuponían que el único campo de interconexión entre los individuos era el mercado competitivo. Sin embargo esta situación difícilmente se da en la realidad. Es muy frecuente que se produzcan externalidades. Las externalidades producen sesgos en los mercados hasta tal punto que se podría diferenciar entre los costes de los productos y los costes sociales. Los costes de los productos los pagan las empresas productoras mientras que los costes sociales no los pagan en principio estas sociedades sino la comunidad en general o un sector de la comunidad o un tercero.

Por ejemplo. Si poseo una finca en un pueblo de montaña e introduzco mejoras que la hacen especialmente atractiva para el turismo lograré un posible beneficio particular: la revalorización de esta finca y una notable plusvalía. Pero es posible que el campesino colindante -que no ha hecho nada- tenga un beneficio sin arriesgar nada como consecuencia de mi actividad. El valor de su terreno - aumentará porque en este caso he producido una externalidad positiva y, probablemente, ciudadanos ricos se interesarán por la compra de su terreno para construir una vivienda de lujo.

Desgraciadamente las externalidades no son siempre positivas. Existen numerosos casos de externalidades negativas y en estos casos específicos la libre competencia, la formación de los precios se ve fuertemente alterada. De nuevo nos encontramos con una situación del mundo real que no satisface las hipótesis y por tanto en este caso no es aplicable el teorema. Las relaciones entre los individuos no sólo se desarrollan a través del mercado competitivo. La construcción de una autopista, de un ferrocarril, de una fábrica produce externalidades importantes que no tienen nada que ver con el mercado y que alteran sustancialmente los precios del mercado. Y alteran los precios del mercado porque el coste

o el beneficio de la externalidad no lo paga o lo cobra quien la produce.

Por otra parte, los individuos no están aislados. El supuesto smithiano de que el único contacto entre los individuos se produce en el mercado competitivo no se satisface en las sociedades. Las externalidades perturban el mercado. La textura de la sociedad es más compleja que el mercado. Los costes de los productos de las empresas no son independientes de los costes de las demás empresas. Todo ello conduce a pensar que los supuestos de equilibrio competitivo son excepcionales y que por tanto una aplicación indiscriminada de los supuestos del libre mercado a cualquier situación es inadecuada. En el mundo real nos encontramos con pocas situaciones económicas sin externalidades.

Información asimétrica.

Se da información asimétrica cuando los individuos que forman parte de una negociación no tienen el mismo acceso a la información. Hayek ha dado muchísima importancia al tema de la información de tal manera que una de las grandes ventajas del sistema de libre mercado es que potencia la información al máximo con el mínimo de coste[12]. Pues bien, hay cierto tipo de mercados en los cuales la asimetría de información entre los individuos que están interesados en él produce la auténtica ruina del mercado. Entre los supuestos de la teoría económica del bienestar el de la información completa ocupa un lugar importante. Sin embargo en el mundo en el que vivimos no siempre ocurre eso. Hay situaciones en las cuales la información es asimétrica. Por ejemplo, supongamos que en las recientes inundaciones del Levante español se ha producido el deterioro de todos los ordenadores personales de la ciudad de Valencia. Los reparadores de ordenadores conocen el alcance de las averías, pero el público desconoce su gravedad. La información es asimétrica. Si suponemos que hay dos clases de averías cuyos costes son diez y treinta mil pesetas y el cliente no sabe ni puede saber qué tipo de avería tiene ¿cuál será la cantidad que se le facturará? Algunos economistas han sugerido que en estos casos de *riesgo ético todas las empresas que actúen conforme a los principios del libre mercado facturarán la cantidad superior*. Seguramente eso constituye una anomalía y aplicar el teorema a situaciones de información asimétrica es inadecuado. Obsérvese que el mercado necesita algo más que racionalidad individual para producir resultados satisfactorios. Sólo una intervención externa puede garantizar la ética profesional. De nuevo nos encontramos con que la mano invisible no produce resultados aceptables.

Otro caso -*the market of lemons*- puede servir para aclarar este punto. Imaginemos que existe un mercado de segunda mano de ordenadores personales. Los únicos que saben el estado de funcionamiento de

[12] Precisamente Hayek sostuvo frente a la teoría económica socialista que una de las grandes ventajas del mercado es que ofrece información y la procesa con muy poco coste. Mientras que sería imposible -para un planificador- procesar y valorar tanta información.

los ordenadores son los propietarios. Las diferencias en la calidad pueden ser muy importantes. ¿Cómo se desarrollará la actividad en el mercado? Seguramente, a pesar de que exista interés en el intercambio no se llevará a cabo porque no existe confianza suficiente en la calidad de los productos. Porque un ordenador de calidad no se venderá al precio promedio de uno que esté en condiciones precarias de funcionamiento. El comprador no sabe nada acerca de la calidad del producto y sólo estaría dispuesto a pagar el precio promedio. Sin embargo el vendedor no estará dispuesto a vender un ordenador de mayor calidad a un precio inferior y por tanto desde el punto de vista del comprador el precio promedio sólo será para aquellos ordenadores que sea igual o inferior en el precio. Y en este caso el riesgo es demasiado alto -por caro- y entonces no compra. La solución será salirse de nuevo del mercado: Exigir un control que dote de confianza al comprador de la calidad del producto. La intervención del estado -o cualquier otro mecanismo que moralice el mercado- es necesaria si se quiere mercado. El mercado por sí solo -en este caso- no llega a producir un equilibrio óptimo de Pareto.

Algunas conclusiones provisionales.

Los cuatros ejemplos citados especifican algunas condiciones bajo las cuales la mano invisible no funciona. De ello se sigue que para la producción de bienes públicos -como por ejemplo la construcción de carreteras, educación, etc.- lo mejor es no confiar las decisiones al mercado. En estos casos el teorema no funciona. Por tanto toda aquella doctrina económica que pase por alto los límites de la teoría económica y pretenda fundamentarse en ella es incorrecta.

Precisamente de los límites de la teoría económica surge la necesidad de introducir un estado que toma decisiones económicas para la producción de bienes públicos. El estado no sólo tiene la función de garantizar unos derechos o salvaguardar el orden sino también la de crear bienes públicos y la de tomar decisiones económicas en aquellas situaciones en las que el mercado no cumple las condiciones exigidas por la teoría. Cuando el mercado no funciona es necesario diseñar instituciones alternativas para la toma de decisiones que canalicen estos intereses racionales y egoístas. El estado es una de ellas pero existen muchas otras. Algunas veces estas instituciones se generan espontáneamente porque existe la convicción de que la cooperación es beneficiosa.

Estas instituciones estarán legitimadas si las decisiones que toman acaban promoviendo el bienestar social. Cabría suponer que la mano invisible no rige sólo el funcionamiento de los mercados sino también de las instituciones. A pesar de que las autoridades y los políticos tienen intereses egoístas -como por ejemplo mantenerse en el cargo, aumentar su poder, favorecer a sus amigos o enriquecerse- ¿promocionan estas instituciones el bienestar social?

Pero ésa no es la única razón para rechazar las doctrinas del libre mercado como una panacea universal o para sostener la idea de que el libre mercado es siempre mejor que la intervención estatal o institucional.

En todo caso me parece que esta idea no se puede sostener con la apoyatura del arsenal teórico de la teoría económica del bienestar. Hay otras razones.

En páginas anteriores hemos sugerido que la eficiencia social es el criterio de justificación de un sistema económico. Hemos puesto de manifiesto que la primera virtud de un sistema económico es la eficiencia. Una sociedad que despilfarre recursos básicos no puede ser considerada una sociedad justa. También hemos señalado que los economistas se han preocupado de la relación inversa entre eficiencia y equidad. Todos estos argumentos podrían hacer creer que la teoría económica sugiere que el único criterio de justificación de un sistema económico es la eficiencia. Ahora bien, la eficiencia en el sentido de Pareto genera muchos óptimos distintos, algunos de ellos muy injustos. De entre todos ellos hay que seleccionar el justo. La eficiencia es una condición necesaria -sin ella no hay justicia -pero no suficiente de justicia. Ciertamente la *doctrina* ha insistido en este punto y -a veces exagerando- ha llegado a afirmar que «la eficiencia es un adecuado concepto de justicia»[13]. Pero la doctrina que mantiene esta tesis ignora que incluso en los casos en los que pueda aplicarse el criterio de eficiencia social recogido por el óptimo de Pareto no es deseable socialmente. Abundante literatura de teoría económica dedica su atención a las relaciones entre equidad y eficiencia y a la no deseabilidad social de la utilización del criterio de eficiencia como el único criterio de valoración de un sistema. Lo cual no excluye la posibilidad de decisiones sociales eficientes y además equitativas. Por ejemplo, para alcanzar una asignación de recursos óptima basta operar en un mercado competitivo y redistribuyendo igualitariamente todos los derechos de propiedad. Desde un punto de vista ideal este ejemplo muestra que no siempre existe una relación inversa entre eficiencia y equidad. El problema es que en la práctica no hay procedimientos factibles de este tipo y debe hacerse con mecanismos específicos como, por ejemplo, los impuestos sobre la renta. Según cómo estén diseñados estos mecanismos de redistribución afectan a las decisiones que tomarán los agentes. Se pierden incentivos para trabajar si realmente se paga un porcentaje muy alto. En este caso el *trade off* se produce pero ése es un defecto del mecanismo y no una relación necesariamente inversa entre eficiencia y justicia. Precisamente la idea que defenderemos es que la eficiencia es uno de los componentes de la justicia. Sobre este punto volveremos más adelante.

Podemos concluir que toda *doctrina* económica -que pretenda fundamentarse en la teoría económica- y que defienda que el único criterio de justificación de un sistema económico es la eficiencia está sesgando o sacando conclusiones incorrectas de la propia teoría económica. En

[13] Véase R. Posner: *The Economics of Justice*. Harvard University Press, 1981, p. 6. La afirmación es exagerada pero quizá útil para un auditorio de juristas que desconocen o eluden en muchas ocasiones el criterio de eficiencia sea para la política legislativa o para la toma de decisiones de los tribunales.

todo caso es una conclusión precipitada porque el tema es mucho más complejo.

Conocimiento jurídico y teoría económica.

La teoría económica se ha preocupado -en los últimos tiempos- por temas jurídicos. Sus métodos de análisis, su perspectiva y sus formalizaciones son tan atractivos como incomprendidos por los juristas. Sus tesis han sido observadas con muchos recelos no sólo por la dificultad de comprensión sino también porque se infería -probablemente por el impacto de las *doctrinas*- que la teoría económica tenía la función de justificar el neoconservadurismo político[14].

Si se mantienen las tesis de la teoría económica en sus justos límites podemos afirmar que si bien «es una opinión universal entre los economistas -incluyendo a los marxistas- que los mercados maximizan la riqueza social»[15] en realidad existen muchas situaciones sociales que no cumplen las condiciones de los mercados y por tanto se exige la intervención del estado o el diseño de instituciones. En otras palabras las condiciones bajo las cuales la teoría económica tiene validez no son muy generales.

Muchos economistas consideran que «desde un punto de vista económico, el único requisito exigible a un sistema es su eficiencia y toda cuestión moral carece de sentido»[16]. Este tipo de planteamiento se ha introducido en la reflexión jurídica mediante las escuelas del análisis económico del derecho -especialmente la de Chicago-. Posner sostiene la tesis de que «la eficiencia -tal y como la defino- es un adecuado concepto de justicia». La postura de Posner es exagerada y no encontraría consenso entre los teóricos de la economía pues ya hemos visto que existe una importante literatura que se preocupa por el tema de las relaciones entre eficiencia y equidad. Existen situaciones en las cuales las decisiones eficientes no se deben aplicar por cuestiones de equidad. Al mismo tiempo pueden existir situaciones óptimas: eficientes y equitativas.

Sin embargo, la exageración quizá es útil para mostrar algo que los juristas tradicionalmente ignoran. Estos se han ocupado básicamente de los problemas que ofrece un sistema legal desde la perspectiva de la dialéctica entre justicia y seguridad jurídica, mientras que han sido muy poco sensibles al análisis de los problemas jurídicos desde el punto de vista de las consecuencias, de los costes y de la eficiencia.

La teoría y la filosofía del derecho no fueron insensibles a la *importancia* del análisis de las consecuencias y de los costes sociales. Todo el

---

[14] Es cierto que algunos autores americanos que han utilizado los métodos de la economía aplicados al derecho son además neoconservadores. Pero no todos. La escuela de Yale dirigida por Calabresi está lejos del neoconservadurismo.

[15] Véase R. Posner: *The Economics of Justice*, op. cit, p. 67.

[16] Véase A. Schotter: *La economía de libre mercado*. Barcelona, 1987, p. 140.

movimiento antiformalista de finales del siglo XIX insistió en el tema de las consecuencias, del fin en el derecho, de la necesidad de resolver los conflictos jurídicos con criterios que produjeran resultados justos y eficientes. Pero todas esas afirmaciones no eran nada más que propuestas metodológicas, deseos de separarse de un modelo de función social de jurista reducido a la subordinación, conservación, interpretación y aplicación de la ley. Pero no se tenían los instrumentos adecuados para convertir en realidad esa vieja aspiración.

La alusión a las consecuencias, a los costes, a la eficacia servía para distanciarse del texto de la ley. Unas ideas intuitivas sobre la justicia material -en la cual cabe cualquier tipo de consideraciones valorativas convertían decisiones en jurídicas por caminos distintos a los establecidos en la legislación. Ahora bien, el precio de la adecuación de la aplicación del derecho a nuevas circunstancias sociales era la adulteración de uno de los principios fundamentales de todo ordenamiento normativo bien diseñado: la seguridad jurídica.

En última instancia se aludía a un concepto intuitivo de justicia material que servía para decidir. Probablemente era lo único que se podía hacer ya que se carecía de instrumentos analíticos adecuados para el tratamiento de los temas de la eficiencia o de la equidad. Esta vieja aspiración ha sido recogida por sectores importantes de la economía que han hecho propuestas no sólo reformistas sino también cognoscitivas que no pueden ser ignoradas por los juristas[17]. En síntesis, han partido de la idea de que los criterios de eficiencia son los criterios fundamentales a la hora de diseñar las reglas de juego de una sociedad. El derecho sólo tiene sentido como una idea práctica que tiende a una finalidad determinada: la eficiencia[18].

Pero ésta no es la situación actual. Los economistas están en condiciones de aportar métodos para el cálculo de la eficiencia social de las leyes y las sentencias. El modo de preguntar y suponer en economía es interesante aplicarlo en el estudio del derecho.

Uno de los supuestos fundamentales sería el de la *racionalidad individual*. Es plausible considerar al hombre en el mundo económico como un individuo racional y egoísta que intenta satisfacer su interés con el mínimo coste posible. Este criterio de racionalidad del hombre en la sociedad no es exclusivo del hombre en el campo económico: «si la racionalidad

---

[17] Especialmente en el mundo anglosajón ver los trabajos de Calabresi y Posner.

[18] Dentro de esta orientación existen varias corrientes de pensamiento. Posner por ejemplo mantiene una tesis muy radical en tanto considera que el criterio de la producción de máxima riqueza es el elemento fundamental de la justificación de un sistema. Véase su obra citada p. 6 en la cual afirma que «la eficiencia -tal y como la defino- es un adecuado concepto de justicia». La postura de Calabresi -pionero del análisis económico del derecho- es mucho más matizada. Sostiene que el método del análisis económico es especialmente útil, pero la eficiencia no es el único criterio de justicia. Véase «Sobre los límites de los análisis no económicos del derecho» en *Anuario de Filosofía del Derecho*. 1985 p. 227 y ss. Véase también junto con Ph. Bobbit: *Tragic Choices*. New York, 1978.

es una característica general y dominante de la conducta social, entonces el aparato conceptual construido por generaciones de economistas para explicar la conducta del mercado puede ser utilizado también para explicar la conducta fuera del mercado»[19]. Los economistas tratan de estudiar el derecho desde esta perspectiva.

El segundo supuesto importante es que las leyes deben ser eficientes. La función de las leyes no es la de declarar principios morales o de justicia. Las leyes tienen funciones directivas y deben conseguir los objetivos que pretenden. El derecho puede ser visto desde la perspectiva de la eficiencia.

Un ejemplo puede servir para especificar el punto. Imaginemos un cruce de carreteras al que llegan dos individuos con sus automóviles. Los dos tienen el máximo interés en pasar lo más pronto posible. ¿Cómo se debe regular esta situación? Una posible salida sería dejar el tema al mercado sin la existencia de normas previas. Los individuos decidirán según ellos mismos acuerden. Una posibilidad sería no detenerse y esperar que el otro se detenga. Pero si los dos piensan lo mismo entonces el coste de la decisión es pésimo para los dos porque arriesgan sus vidas. La segunda solución sería que los dos se detuvieran y acordaran quién pasa primero. En ese caso se evitaría el posible accidente pero los costes de transacción serían tan grandes -los dos perderían tiempo- que los dos saldrían perjudicados. Existe una tercera solución. Confiar esta decisión a una instancia que no sea el mercado. En este caso una autoridad dictará una norma y ésta será eficiente y racional porque evita los costos que supone el mercado y se consigue el objetivo del mínimo costo social.

El ejemplo es trivial y no puede extenderse a todo el campo del derecho. Pero ofrece una luz importante. El criterio de eficiencia es un criterio útil -aunque no el único- a la hora de diseñar instituciones que no son mercados. Y ésta es una idea fundamental para saber qué es un buen derecho. Es decir introduce este concepto como uno de los fundamentales del derecho.

Si prestamos atención a la doctrina jurídica dominante de raíz dogmática normativista observaremos que el objeto fundamental de la ciencia jurídica es la descripción de las normas del derecho positivo. Una ley es juzgada desde un parámetro determinado que se denomina justicia. Bobbio, por ejemplo establece la distinción entre la ciencia del derecho y la filosofía del derecho. La filosofía del derecho es un esquema de valoración del derecho positivo. Una ley es justa si corresponde con un ideal de justicia determinado. Obsérvese que la comparación se hace desde el texto a un principio normativo de justicia. No se incide directamente si esa norma cumple en realidad los objetivos que pretende. No se piensa en la efectividad de la norma más que como característica general del ordenamiento jurídico. Lo relevante es la declaración del objetivo y la concordancia de ambos -el del derecho y el de la justicia-. No se plantea el problema de si el medio -la ley- es adecuada, compatible o incompatible con el objetivo. Lo único que se plantea es la concordancia o la discordancia.

[19] Véase Posner: *The Economics of Justice*. Harvard University Press, 1981, p. 2.

El saber jurídico más desarrollado y dominante partió de un programa de investigación claramente definido. Una ciencia del derecho completa debe distinguir dos problemas bien definidos. Por una parte se debe ocupar de la *ciencia de la legislación* cuyo objetivo fundamental es diseñar cómo debe ser el derecho. Frente a esa ciencia de la legislación existe otra que se denomina jurisprudencia -en el sentido de ciencia del derecho-. La *jurisprudencia* no se ocupa de cómo debe ser el derecho sino de cómo es. Austin estableció ese programa con precisión y toda la ciencia dogmática del derecho se ha preocupado fundamentalmente del problema de la descripción del derecho. Entendiendo por derecho el sentido de las normas. El máximo exponente de la teoría normativista -Kelsen- propuso una teoría pura del derecho, como la teoría normativa del derecho. Es decir una teoría cuyo objeto fundamental fuera la *descripción de las normas y de las relaciones entre ellas*. La teoría pura del derecho se denomina pura porque pretende ser neutral políticamente y porque pretende construir una ciencia jurídica aislando, diseccionando, de la realidad social que denominamos derecho, únicamente su *aspecto normativo*; no en el sentido prescriptivo, sino meramente descriptivo.

El avance que ha supuesto el normativismo respecto a las teorías tradicionales del derecho es importante. Pero, uno de los problemas más importantes de esta teoría venía determinado por la relación entre validez y eficacia. Kelsen considera que la eficacia de un ordenamiento es condición de validez de las normas, pero no su razón de validez. La conducta social sólo es relevante en última instancia -cuando un ordenamiento normativo no es obedecido nunca- para invalidar el sistema normativo. Kelsen separa la conducta que debe ser según el ordenamiento jurídico de la conducta social. Reivindica la autonomía de la ciencia jurídica como ciencia *de la conducta que debe ser según el ordenamiento*.

El diseccionismo kelseniano dejaba fuera de su análisis los problemas de la política legislativa o de la política jurídica. Dejaba también fuera de su análisis la conducta social porque el objeto de la teoría no es estudiar cómo es la conducta social sino cómo debe ser la conducta social según el ordenamiento jurídico.

El saber jurídico más desarrollado ha insistido en dos puntos importantes. *Primero* que las cuestiones jurídicas son fundamentalmente cuestiones de descripción objetiva de las normas del ordenamiento jurídico. *Segundo*, que las cuestiones de justificación de las normas o del derecho son metajurídicas que se deben relacionar con la filosofía y especialmente con la ética normativa. Pero ésa no es la tarea del científico del derecho sino del político. La corriente dominante además ha insistido en que las cuestiones de justificación de las normas desde el punto de vista ético son irracionales pues no existe una ciencia de los valores justos. Es decir, que en última instancia se deja al reino de la irracionalidad o de los políticos la discusión del problema de la valoración del derecho. En las versiones más radicales la política jurídica no puede ser objeto de conocimiento científico.

La propuesta de la teoría económica de utilizar el criterio de eficiencia como un criterio fundamental para el estudio de problemas jurídicos puede

servir para ampliar el universo del discurso jurídico y evitar el reduccionismo kelseniano o normativista. Especialmente interesante es su visión desde el punto de vista de la ciencia de la legislación. Si el legislador se plantea el problema de una nueva decisión el normativismo sólo le puede ofrecer -en el mejor de los casos- una técnica puramente jurídica, es decir de cómo se deben articular las normas e integrarlas en el conjunto del ordenamiento. Pero ése no es el verdadero problema. El problema que se plantea el legislador es si esa medida es justa o injusta. En este caso el legislador compara el texto de la norma con un ideal, una ideología determinada. La ley es el instrumento que sirve para alcanzar esos objetivos. Pero nadie se plantea si ese medio, ese instrumento es el adecuado para conseguir los citados objetivos. Y ése es el problema fundamental de la ciencia de la legislación. Los métodos jurídicos consisten -hoy por hoy- en una buena intuición de la justicia y una buena declaración de principios junto con una implementación normativa intuitivamente adecuada y consistente con el ordenamiento normativo. Pero no nos engañemos, muchas veces los resultados de la ley -la conducta social- no se ajusta a los objetivos de la ley. Se parte del presupuesto de que si la ley es buena porque corresponde a un ideal de justicia bueno, entonces la ley es buena. No se tiene en cuenta que los individuos que están sometidos a esta ley pueden reaccionar con conductas distintas y contradictorias a los objetivos de la ley. A veces parece como si las leyes no tuvieran el objetivo de dirigir la conducta de los ciudadanos sino simplemente de asignarles objetivos «morales».

El concepto de eficiencia -tal y como lo entiende la teoría económica- puede prestar especial auxilio a una concepción de la tarea de la ciencia de la legislación hasta ahora excesivamente intuicionista y subjetiva. Una buena ley no es aquélla que señala unos objetivos justos sino aquélla que *además* los consigue. La tarea de dirección social no se puede reducir a declaración de buenas intenciones. La primera condición que debe tener presente un buen legislador es que incentive a los ciudadanos a su cumplimiento y que en la realidad social se cumpla.

La tradición normativista no ha considerado la eficiencia como uno de los valores fundamentales a tener en cuenta a la hora de diseñar las instituciones. La conducta social, la reacción de los ciudadanos pueden invalidar las buenas intenciones del legislador. *Lo importante de una ley no es sólo lo que pretende sino lo que consigue*.

Si se acepta la sugerencia de la eficiencia como uno de los valores componentes de la idea de justicia la decisión del legislador no estará únicamente determinada por la bondad de un principio sino también por su realizabilidad, su cumplimiento y su observancia generalizada. A veces una ley con objetivos menos ambiciosos llega a resultados superiores porque los ciudadanos se sienten incentivados a su cumplimiento. Estas cuestiones la vieja tradición normativista las había separado merced a los conceptos de validez, valor y eficacia del derecho. Las cuestiones de justificación eran totalmente independientes de las cuestiones ontológicas.

La eficiencia puede ser un criterio orientador de la política legislativa. Pero también es un criterio que permite vislumbrar otros problemas. Por ejemplo dados ciertos objetivos se puede estudiar cuál es el medio

más eficiente para lograr este objetivo. Por ejemplo, podemos analizar un problema y preguntarnos cuáles son las razones por las cuales no admitimos o no aceptamos la solución eficiente. Seguramente hay principios que vencen a la eficiencia y en este caso estaríamos encarando el problema de los derechos. También tendríamos un criterio para juzgar cuándo las leyes están mal hechas en el sentido de que no consiguen los objetivos que pretenden. Me parece que este punto de vista se muestra especialmente atractivo desde el punto de vista de la crítica de la legislación y de la propuesta de nuevos criterios legislativos.

Pero hay otro punto que conviene destacar. Desde el punto de vista ontológico tiene que tener un mínimo de eficiencia. Una ley que no consigue ningún objetivo, que no es obedecida ni aplicada, no es una ley. Una ley que consigue objetivos distintos a los que pretende es además una mala ley. Como objeto de una teoría descriptiva de normas sólo podemos tener en cuenta aquellas leyes que inciden sobre la conducta de los ciudadanos. Los juristas a veces han acudido a los preámbulos de las leyes, a las intenciones del legislador o a la voluntad de la ley para adecuar la norma a la realidad social en base al principio de la racionalidad del legislador. Pero obsérvese que todo ello se hace en base a buenas intuiciones pero poco seguras y reiterables.

Si debiéramos hacer el diseño de un derecho ideal -que no corresponde a la realidad social- me parece que deberíamos exigir, por una parte que las leyes consiguieran los objetivos que pretende la sociedad. En segundo lugar que existieran garantías de ciertos derechos inalienables. En tercer lugar que los ciudadanos tuvieran seguridad jurídica. Pues bien, el arsenal conceptual de los economistas puede ser utilizado para conseguir un derecho bien hecho desde la perspectiva de la eficiencia. Pero un derecho eficiente no es necesariamente justo. La eficiencia no es el único criterio sino uno de los criterios básicos de un buen derecho.

El paradigma normativista debe ser mejorado. Las cuestiones de política legislativa son de fundamental importancia y en ningún caso pueden dejarse fuera del análisis si es que se pretende la construcción de un conocimiento jurídico. Las ideas de discreción judicial, de la aplicación de criterios de justicia material -típicas de los juristas en los casos difíciles- deben dejar paso a la necesaria racionalización y discusión. No niego la importancia de las decisiones intuitivas. Pero las intuiciones no son suficientes para fundamentar decisiones porque un ordenamiento jurídico no puede estar a merced de criterios subjetivos. Quien se base en ellas está sacrificando principios fundamentales como son los de legalidad, seguridad e irretroactividad. Todos ellos conquistas históricas importantes.

Y una última cuestión. La aportación de la teoría económica para el estudio de estos temas no implica que ésta pueda resolver con unos criterios lexicográficos las controversias. He insistido en sus límites para que no se interprete mi argumento como el redescubrimiento de la piedra filosofal. Me parece que si contribuye a distinguir problemas y a plantear criterios de solución y en muchos casos a poner de manifiesto la incompatibilidad de criterios eso ya constituye un paso importante.

Conclusiones.

Inicié este trabajo señalando que las argumentaciones de los economistas son radicales. 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 sistema jurídico está pensado como un sistema de derechos; es decir, quién tiene y quién carece de razón. Exige una reflexión desde las premisas, es decir desde la ley y referirse continuamente a ella. El sistema jurídico piensa en el vencedor de un pleito, en el que tiene razón porque está justificado sea en los textos legales, sea en la justicia del caso o en principios.

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. En este punto la metodología normativista confunde diversos planos e impide la disección del análisis de los diversos componentes de la idea de justicia. 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.

La propuesta de los economistas -y especialmente de las escuelas más radicales- es analizar el derecho desde el punto de vista -de la eficiencia. La crudeza del planteamiento no implica el abandono de la luz que puede ofrecer -luz importante- para la resolución de los conflictos sociales. Un sistema institucional adecuado para resolver los conflictos sociales no debe estar mirando al pasado sino al futuro, a los problemas que se plantean en la sociedad. Los sistemas institucionales jurídicos están basados en quién tiene derecho, en quién tiene la razón. El problema -o mejor- no todo problema se resuelve mediante el criterio del todo o nada. Por eso precisamente el tener como variable importante el del mínimo costo social, el de la eficiencia, es una exigencia a tener en cuenta si es que el sistema institucional jurídico debe todavía resolver los problemas relevantes de las sociedades industriales.

Poner el acento en la eficiencia no quiere decir dar la preeminencia a este valor sobre todos los demás. Y sobre eso quisiera hacer algunas precisiones. *La primera*, eficiencia no puede identificarse con mercado libre siempre y en todo lugar. Hemos visto cómo los límites de la teoría económica justifican una actividad estatal externa al mercado. Justifican por tanto la intervención estatal y otro tipo de instituciones que no son mercados.

La segunda. Dentro de la reflexión teórica del bienestar se distingue entre eficiencia y equidad. Presuponiendo la moralidad del criterio de eficiencia, a veces mercado y eficiencia no van de la mano. Los *trade offs* entre eficiencia y equidad -justicia- deben equilibrarse. En síntesis,

una sociedad eficiente puede ser una buena sociedad y una sociedad deseable. Pero es posible que para la mayoría de la sociedad no valga la pena una sociedad excesivamente eficiente porque es una sociedad excesivamente injusta. La equidad y la seguridad podrían ser como vetos a la eficiencia tal como nos sugiere Dworkin o Calabresi.

Llegados a este punto quisiera establecer algunas 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-[20] 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 entonces no llegamos a donde queremos.

---

[20] El término eficiencia es difícil de definir puesto que muchos autores lo utilizan con significaciones distintas. He utilizado el concepto de eficiencia como sinónimo de potenciación de riqueza, distinto de la versión utilitarista del criterio de justicia: la mayor felicidad del mayor número posible. Sobre este punto véase Posner op. cit. p. 48 y ss.

REFLEXIONES TEORÍAS SOBRE EL USO CONTEMPORÁNEO DEL DERECHO NATURAL COMO MÉTODO

I.- INTRODUCCIÓN.
II.- EL DERECHO NATURAL CONTEMPORÁNEO COMO «RESTO» FORMAL Y METÓDICO.
II. 1 Derecho natural como método.
II. 2 Derecho natural ¿concepto histórico o formal?
III.- CONDICIONES DE APLICACIÓN DEL DERECHO NATURAL EN LA TEORÍA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA.
III.1 Superación de lo natural.
III.2 Concepción activa y crítica de la racionalidad.
III.3 La experiencia jurídica como «totality approach».

I

Introducción

> «En alguna medida no se puede estar contra algo, sin apoyarse en él». [J. Ferrater Mora, *Obras Selectas*, II, 242]

Quizá el mejor modo de dejar de ser, o de compartir el punto de vista, iusnaturalista en el estudio filosófico del derecho, sea el plantearse con un mínimo de seriedad qué es lo que rechazamos cuando negamos que en la actualidad quepan posiciones rayanas en el anatema del derecho natural. El problema, nos parece, se centra en el diferente modo con que el filósofo del derecho retorna la *tradición* teórica que lo precede. Como ha planteado Karl Popper, hay dos actitudes posibles hacia la tradición: la primera consistiría en asumirla acríticamente, sin cuestionarla, lo que conduciría a su aplicación inconsciente y separada de las circunstancias y relaciones sociales que la propiciaron; la segunda posibilidad sería la de la actitud crítica y racional. Esta última, parte de la constatación de que el único modo de rechazar o liberarse de una tradición reside en conocerla como paso previo a la adopción de un compromiso sobre la misma.

Como afirma Popper «... podemos liberarnos de los tabúes de una tradición y podemos hacerlo no solamente rechazándola, sino también aceptándola críticamente. Nos liberamos del tabú si *reflexionamos* sobre él, y si nos preguntamos si debemos aceptarlo o rechazarlo. Para esto, debemos primero tener una conciencia clara de la tradición y debemos comprender, en general, cuál es la función y la significación de una tradición»[1]. Podría añadirse a estas afirmaciones que dicho análisis de la función y significación de la tradición tiene que ser enfocado primero desde el parámetro que ve el cambio y transformación de ésta en función de alguna otra tradición -no hay mutaciones teóricas dadas en el vacío conceptual-, y que el análisis debe centrarse en la función y significación de tal tradición en nuestro presente; lo cual quiere decir que hay que descubrir qué es lo que tiene virtualidad de aquélla para nuestras necesidades actuales.

Las reticencias, por otra parte justificables gracias al uso reaccionario en lo político y/o metafísico en lo teórico de que ha sido objeto el paradigma iusnaturalista, proceden de una falta de atención a las advertencias arriba mencionadas. Así puede verse que en multitud de ocasiones -puestas de relieve por el Prof. Soriano Díaz en una interesante investigación acerca de los presupuestos iusnaturalistas de nuestra vigente Constitución[2]- la crítica al derecho natural ha incidido de un modo especial en la declaración de intenciones que ve a éste como una realidad ontológica que se superpone, auspiciando o negando validez, al derecho positivo, sin una revisión crítica de dicha tradición y sin más apoyaturas que argumentos periclitados y sumamente lejanos a los intereses de nuestra época.

El abismo que separa indefectiblemente a la religión de los otros dos grandes conjuntos de objetivaciones culturales como son la filosofía y el arte, se revela de inmediato al observador en tanto es consciente de que desde aquélla las ideas-valor, raptadas al pensamiento mítico y mágico por el esfuerzo humano, se convierten en *realidades*, si no verificables en este mundo, sí constatables en un mundo trascendente en donde quedarían instaladas cómodamente en la jerarquía preestablecida por alguna mano invisible o todopoderosa. La filosofía y el arte, como ocupaciones inhóspitas del obrar humano, luchan denodadamente contra esta imposibilidad para, al final, hacer uso de las ideas-valor de la humanidad como meras *ideas reguladoras*. La filosofía y el arte serían, pues, objetivaciones que pugnarían por resolver los dualismos entre los que se debate la cultura y el pensamiento contemporáneos, no consiguiendo

---

[1] Karl R. Popper *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, (trad. de Néstor Míguez; adaptación y trad. de secciones nuevas -4.ª ed. inglesa- por Rafael Grasa) Paidos, Barcelona, 1983, pp. 158-159.

[2] R. Soriano «¿Es iusnaturalista la Constitución española de 1978?» *passim*; agradezco la amabilidad del Prof. Soriano Díaz por permitirme leer y «utilizar» el manuscrito de su monografía que se halla en trámites de publicación en el momento de la redacción de estas líneas.

otra cosa que asentar la tensión entre los polos del problema, sin «realizar» en ninguno de los sentidos de la palabra, su afán de materialización.

La reflexión filosófica parece instalarse inestablemente en ese intento de autorealización siempre imposible y como tal frustrante e insatisfactorio. Ante este «fundamento en falta» de lo que es el *dasein* del objeto con que nos topamos en la tarea investigadora, no han faltado remedios reduccionistas cuya misión radicaba en culminar de una vez por todas esa tensión, ese conflicto en el que actúan las ideas-valor de la humanidad; y ello bajo la hipóstasis de un orden incierto, pero «indudablemente» real y unitario. Así p.e., las revelaciones apocalípticas auspiciadas por los horrores de la segunda gran guerra, y la incertidumbre de la supervivencia en un mundo coronado de una ingente cantidad de cabezas nucleares, inducen al observador insatisfecho a postular como injusticia todo lo que se oponga a su concepción axiológica. De ahí a justificar órdenes supratemporales, hay un paso mínimo pero indefectible si no clarificamos antes las instancias de la crítica a lo real, que en el campo del derecho han venido siendo auspiciadas por una interpretación *ilustrada* y racionalista del iusnaturalismo.

Tanto Jürgen Habermas, como años antes György Lukács, afirmaron que el proyecto de la Ilustración aún no había sido puesto en práctica en su totalidad. Lukács, en sus desconocidas *Blum-Thesen*, exigía al movimiento comunista de su época el tomar consciencia de la necesidad de culminar el proyecto inacabado de las revoluciones burguesas, es decir, la verdadera democratización de las relaciones sociales, la denominada «democracia radical». Habermas, en uno y otro lugar de su abultada producción, pugna del mismo modo por «realizar» aquello que la Ilustración propugnaba como principios básicos del nuevo orden social: todo hombre es libre e igual y está dotado de razón; siendo el único camino para su consecución el reino de una situación comunicativa en la que todas las disfunciones y conflictos desaparezcan, para dejar paso a una libre circulación de ideas y perspectivas. Quizá sea arbitrario declarar que Luckács y Habermas sean iusnaturalistas; ni uno ni otro parecen preocuparse por tal cuestión. Pero es indudable que ambos consideran ese «proyecto» como una instancia crítica al orden desigual e injusto dominante en sus respectivas épocas.

Aun cuando la gestación de la idea iusnaturalista pueda remontarse a los inicios de la civilización occidental, su basamento actual se halla en la insistencia ilustrada antes mencionada. Desde este punto de vista, el pensamiento iusnaturalista se recrea desde el principio en la oposición entre lo real y lo racional, entre lo que es y lo que debe ser, y, en muchas ocasiones, entre la realidad y el mero deseo. Ortega afirmó que el hombre es el animal de mayor capacidad de insatisfacción; y Borges nos recuerda que ese hombre insatisfecho es a veces geómetra, pero siempre e ineludiblemente moral, es decir, conflictivo y recreador. Toda vanguardia ha tenido que batirse en ese frente en que el hecho y el valor han pugnado con saña durante tiempo inmemorial; y, cómo no, la democracia, si quiere dejar de ser un simple medio de acceso al poder, ha de sentar las bases procedimentales sobre las que encauzar la tensión, nunca resuelta, de los polos en las que aquel proyecto se asienta.

Falacias naturalistas aparte, el caso es que ese objetivo inalcanzado por las revoluciones burguesas continúa siendo una pauta desde la que enjuiciar críticamente cualquier parcela de nuestra realidad social, política y cultural.

Todo intento iusnaturalista de valorar dicho «statu quo» desde posiciones previas a tal proyecto ilustrado, y como tales opuestas a las premisas de la primera gran revuelta ideológica y cultural contra el antiguo régimen, no hace sino detraer virtualidad a tal modo de acercamiento a la realidad del derecho. Quizá la gran aportación de la Ilustración al tema que pretendemos estudiar, resida en la aceptación por todos de que no caben ya mundos separados y/o inmutables. La relevancia histórico-teórica del postulado del contrato social en nuestros días, es el fiel que inclina la balanza hacia el lado en que nos colocamos. La libertad, la igualdad, la fraternidad, la tolerancia intolerante con la intolerancia, la dignidad humana, la justicia, la equidad, constituyen las ideas-valor que la conciencia contemporánea roba al mito de la sociedad orgánica y «feliz» para darles un contenido acorde a las nuevas circunstancias y al surgimiento cada vez más claro de nuevos interlocutores sociales. Es, precisamente, en este sentido, como retomamos esa tradición ilustrada como el fondo ideológico desde el que postular la función y significación del iusnaturalismo en el mundo contemporáneo. Como decimos, cualquier retroceso a posiciones históricas anteriores o una asunción acrítica de dicha tradición sólo puede conducir al malentendido, a la confusión, o al uso metafísico, cuando no reaccionario de tal objetivación teórico-cultural.

Es conveniente citar aquí a dos críticos del paradigma iusnaturalista. Para Norberto Bobbio, las dudas con respecto al derecho natural no afectan en modo alguno «a la existencia de valores morales superiores a las leyes positivas ni tampoco al contenido de los mismos, sino únicamente a su motivación[3]. ¿Qué es lo que se pretende con el derecho natural? Si se quiere sustituir la voluntad de la soberanía popular por algún subterfugio ideológico, tal planteamiento es rechazable de plano; si desde el mismo, se pretende observar la realidad del derecho positivo desde un punto de vista crítico y racional, es decir, sin abandonar lo fáctico por lo ideal, tal planteamiento es a lo sumo cuestionable y sujeto al proceso de argumentación teórica y política. ¿Qué hacer, pues, con la tradicional polémica entre iusnaturalistas y positivistas? ¿Son dos posiciones tan irreconciliables que sólo cabe la cautela del silencio o la autorrepresión propiciada por sentimientos viscerales de oposición? Veamos lo que opina sobre tal cuestión el otro crítico del derecho natural; para Elías Díaz «las diferencias que subsisten entre ambas concepciones» remiten en primer y principal lugar a la «diferente forma de entender esos valores»[4].

---

[3] Norberto Bobbio, «Algunos argumentos contra el Derecho Natural», en AAVV, *Crítica del Derecho Natural*, (ed. a cargo de Elías Díaz) Taurus, Madrid, 1966, pp. 221-237 (subrayado nuestro).

[4] Elías Díaz, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus, Madrid, 1982, p. 291.

Esta diferente «forma» de entender los valores no es algo arbitrario o que dependa exclusivamente del gusto o afiliación del teórico, ya que como ha sido puesto de relieve desde las posiciones de la *Escuela de Frankfurt* el método de conocimiento «interviene de modo decisivo en la determinación de los acontecimientos»[5]. La importancia de lo formal y metodológico viene dada, pues, por la posibilidad de que un entendimiento abierto de la objetivación cultural de que se trate capacite para crear modelos capaces de colocarse en una situación significativa, no meramente descriptiva, de la realidad; con lo que los contenidos remontan la polémica a un diferente modo de acercarse a «lo que hay», a un diferente «modo de formar». Esta «apertura» a un nuevo entendimiento de lo formal no se empeña en «reducir» ambigüedades con contenidos dogmáticos y/o escépticos, sino en abrirlos a la vista de todos como responsabilidad ineludible de la teoría. Y, por otro lado, se extiende en una descripción de la multivocidad y multiplicidad del objeto de estudio que se encuentra abierto a plurales determinaciones e influencias. En la actualidad la polémica de lo formal en la objetivación teórica alcanza una enorme virtualidad_, pues es el único momento en el que puede reflejarse con claridad esa multiplicidad y multivocidad de los contenidos; asistimos a la transformación de un mundo ordenado de acuerdo con leyes que se reconocían como universalmente válidas, en «un mundo fundado en la ambigüedad, tanto en el sentido negativo de una falta de centros de orientación como en el sentido positivo de una continua revisión de los valores y certezas»[6].

Indeterminación, incertidumbre, probabilidad, posibilidad, etc., son conceptos que planean por encima de la *obra abierta* del siglo XX que no puede entenderse sino en íntima coordinación entre las diferentes partes de que se compone. Sin embargo, esa misma indeterminación no hay que entenderla en el sentido quántico de azar. La apertura metodológica no implica el «caos»[7] sino la «regla» que permita la reorganización de las relaciones que aparecen multiplicadas y pluralizadas en la experiencia. Al igual que ocurre en la obra de Einstein la tendencia no debe ser el

---

[5] Max Horkheimer, «Sociología y filosofía» en Th. W. Adorno y Max Horkheimer, *Sociología* (trad. esp. de Víctor Sánchez de Zavala, revisada por Jesús Aguirre), Taurus, Madrid, 1979, p. 20; cita en la que Horkheimer parafrasea a Ginsberg, «Social Change» en *British Journal of Sociology*, Sept., 1958, pp. 205 ss., (también incluido en su *Essays in Sociology and Social Philosophy*, vid. del mismo autor *La giustizia nella societá*, Giuffré edit., Milano, 1981.

[6] Umberto Eco, «La poética de la obra abierta» en *Obra abierta*, (trad. de Roser Berdagué), Ariel, 1984, p. 80. Este sentido de apertura frente a lo múltiple y plural, afecta también a la obra de arte y, de un modo especial, a la literaria desde la publicación del *Ulises* de James Joyce, obra en la que destaca, para nuestros propósitos, el capítulo denominado «Wandering rocks» en el que las esferas espacio-temporales son puestas en solfa a partir de las categorías de posibilidad del acontecimiento y de su negación.

[7] Feyerabend, «Against Method: Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge» in *Radner and Winokur* (1970). Trad. cast. *Ciencia del método*, Ariel, Barcelona, 1974.

ir a buscar un dios que «juegue a los dados», sino a una regla formal en el sentido spinoziano del término que, siendo el factor primordial para la integración de las múltiples facetas del campo de la normatividad, consiga canalizar el sentido de la misma en función de los fines y de la historicidad de los elementos que son objeto de lo que suele llamarse «experiencia jurídica», retomada metodológicamente, desde nuestros presupuestos, bajo las premisas *formales* del derecho natural.

Los avatares históricos y teóricos a que se someten todos los conceptos filosóficos han tenido una especial incidencia en el campo del derecho natural, sobre todo por haberse considerado como una «realidad» desde la que justificar determinadas acciones políticas e ideológicas que contradecían de plano sus mismos orígenes ilustrados. Sin embargo, tales ataques no han caído en saco roto. Cualquiera que pretenda argumentar desde el derecho natural «como si nada hubiera ocurrido» no hace sino olvidar el papel de la historia y aplicar radicalmente el aforismo que mejor describe la actitud intransigente de determinadas parcelas del pensamiento iusnaturalista: «peor para los hechos». El derecho natural, al igual que los conceptos de racionalismo, de idea, de hecho, de valor, etc., etc., han acusado recibo de tales intromisiones, y ya hoy su virtualidad debe quedar reducida al plano meramente formal.

Colocar al derecho natural en su genuina tradición, o sea, el proyecto ilustrado de implementación de ciertos valores universalizables, y entenderlo como un modo más de acercamiento al derecho desde características propias y argumentables, hace que reflexionar sobre un tema en el que se han vertido tantísimas opiniones, no sea una actividad inane. Veremos, en esta monografía, al derecho natural como metaética de lo jurídico, continuaremos con los puntos nodales en los que se ha centrado la crítica al mismo, y culminaremos abordando el «resto» metodológico y formal aún virtual de este acercamiento al derecho; y, esto último, lo haremos partiendo de tres momentos: a) la superación de lo «natural» en la teoría contemporánea; b) la concepción activa y crítica que de la racionalidad pueda justificarse en nuestra situación social y jurídica; c) el intento de acercarse al derecho desde una *totality approach*, centrada jurídicamente en la denominada «experiencia jurídica».

Sirvan, pues, estas líneas como puntos de referencia y advertencias crítico-formales que permitan, si no culminar una polémica cuasi ancestral, sí reiniciarla con vías a un posible acuerdo entre los investigadores en filosofía jurídica, los cuales en un momento u otro de su trabajo se ven obligados a tomar postura en un tema como el que aquí abordamos.

II

El derecho natural como «resto» formal y metódico

II.1. *Derecho natural como método*

No se considera necesario exponer aquí toda la problemática surgida entorno al concepto de metaética, entre otras cosas porque nos alejaría del hilo de nuestra argumentación. Pero sí es conveniente demarcar

nuestro punto de partida; cuando hablamos de metaética lo hacemos dejando de lado -como veremos posteriormente al analizar las relaciones entre la ética jurídica y la filosofía del derecho- la significación del término que reduce el concepto a la lógica de las proposiciones morales[8]. Para nosotros el término metaética indica algo mucho más comprehensivo y globalizador. La metaética vendría así entendida, por un lado, como el método de acercamiento a los valores, y a la normatividad en general, desde el punto de vista de la posibilidad o imposibilidad del conocimiento científico de los mismos; y, por otro, como el modelo teórico que permite la interconexión de los diferentes momentos que componen cualquier objetivación cultural. Bajo esta precisión, la metaética puede compatibilizarse con cualquier teoría ética y con cualquier contenido fáctico posible. Sin embargo, es preciso proponer una pauta que permita centrar el tema y desarrollarlo debidamente.

Como ha expuesto Oppenheim en la historia del pensamiento jurídico-político, dos son las metaéticas que han predominado: la cognoscitivista, que parte de la posibilidad de conocimiento y justificación racional de las proposiciones éticas; y la no-cognoscitivista, que afirma la imposibilidad de establecer fundamentos objetivos para señalar la verdad o falsedad de los principios de la política y de la legislación[9]. Como es fácil de advertir tanto una como otra conllevan implicaciones políticas y filosóficas de largo alcance pues, según se adopte una de ellas, diferente será la concepción que asumamos con respecto a lo real[10]; y

---

[8] Vid. Torbjörn Tännsjö, *The Relevance of Metaethics to Ethics*, 1976, (citado por Ferrater Mora en su *Diccionario de Filosofía*, voz, «metaética»).

[9] F. E. Oppenheim, *Ética y filosofía política*, (trad. cast. de A. Ramírez y J. J. Utrilla), F. C. E., México, 1976, pp. 62 y 55.

[10] Implicaciones políticas que no son unívocas: conservadoras las no-cognoscitivistas y revolucionarias las cognoscitivistas, pues hay muchos ejemplos en la teoría filosófica y política en que los papeles se invierten; incluso dentro de una misma metaética y, aún más, dentro del pensamiento de un mismo autor, se pueden dar ambas derivaciones ideológicas. La obra de Oppenheim puede considerarse como clásica al respecto, pues con una simplicidad sorprendente nos pone en contacto con esa contradictoriedad implícita en la obra filosófica. Lo que ya no cuadra con nuestra idea es el cierre del cognocitivismo del valor a la contemplación del desenvolvimiento de algo tan anacrónico como es la ley natural -entendida como algo absoluto e inmutable-. Rechazar esta posición es plantarse en lo evidente, pero no por ello hay que aceptar como única alternativa la posición, igualmente forzada, del no-cognoscitivismo que desprecia la existencia cualquier tipo de ley natural, y con ello todo intento de fundamentación de las normas morales y/o jurídicas. Hasta aquí pueden compartirse los argumentos, pero en lo que ya no concordamos en absoluto es en el hecho de que esa ley natural se confunda con el reconocimiento de principios básicos del ordenamiento y que éstos sean considerados sólo como «actitudes» sin que haya manera de reconducir racionalmente la discusión sobre los mismos, al no versar «inmediatamente» sobre hechos verificables; la reflexión sobre estos valores no sería considerada más que una tautología. Considerar de esta manera a los principios básicos del ordenamiento implica el entenderlos como una cuestión de «compromisos subjetivos» sin posibilidad de «status» cognoscitivo, con lo que el irracionalismo y el decisionismo se acercan peligrosamente, al ser imposible planificar de antemano cualquier decisión selectiva.

de una manera especial influirá en la teoría que de los derechos humanos se mantenga, pues siendo como son principios básicos del ordenamiento que cumplen funciones de orientación, dinamización y control de la actividad del legislador, permanecerían -dentro de una concepción no cognoscitivista- en un plano de mera subjetividad sin posibilidad de establecer un diálogo sobre los mismos ni reconocer su presencia en los otros como algo inescindible de su dignidad como personas. Por otro lado, partir de una concepción cognoscitivista de los valores que supere los obstáculos ontologicistas y jerarquizadores[11], abre -siempre y cuando asumamos la intersubjetividad como marco general de la teoría-, la posibilidad de comunicación, discusión, crítica y, por ello, de revisión constante de esos mismos valores, de los cuales es absurdo negar que existan socialmente e influyan poderosamente en la acción y la interacción humanas, ofreciendo la certeza propia de la legitimidad democrática.

Con esto lo que se busca no es más que un método de acercamiento a la realidad de la experiencia jurídica que compagine formalmente tanto la búsqueda como la práctica teórica, es decir, una «teoría con implicaciones (presupuestos y resultados) prácticas -y de acción práctica- totalmente embebida, lo reconozca o no, de teoría»[12], y esto puede encontrarse en el complejo formal que constituye el concepto ilustrado y crítico del derecho natural. Pero no hablamos de un derecho natural entendido como principio social concreto de algún ordenamiento que dependiendo de las condiciones sociales y políticas dadas garantice la mejor realización posible del imperativo absoluto de la justicia, es decir, de la ley natural en el sentido de los valores sociales formulables natural y espontáneamente por la razón práctica[13], sino de un derecho natural que encuentra la ortodoxia en su método de investigación de la experiencia jurídica y que, en su más moderna acepción, ha venido a ser considerado como «un conjunto de tesis metaéticas que coinciden en afirmar la necesidad de que todo sistema jurídico reconozca unos derechos básicos

---

[11] Ejemplo de ello lo encontrarnos en R. Bozzi *La Fondazione metafisica del diritto in Georges Kalinowski*, Editore Jovene, Nápoles 1981, en el que se afirma que «Il diritto naturale post-hominum -no el eterno o divino- è per Kalinowski prodotto di conoscenza, non di creazione mentale: rivela una scienza nel senzo antico del termine. Non conoscenza teorética, costantiva di ció che è, ma pratica (nel senso aristotelico), direttiva di azione, poiche indica ció che si deve o si può fate...» p. 59.

[12] Kostas Axelos, *Hacia una ética problemática* (vers. esp. de Miguel Ángel Abad), Taurus, Madrid, 1972, *passim*.

[13] A. Fridolin Utz, *Ética Social* II (versión castellana de A. Ros), Herder, Barcelona, 1965, p. 114. Esta concepción abstracta, y en algunos momentos incomprensible, conduce a definiciones que rayan en lo tautológico, por su excesiva concretización; véase la definición de justicia que ofrece Fridolin «es aquella idea según la cual una acción o situación concreta se designa como justa» (p. 117); no hace falta profundizar mucho para observar la falta de operatividad de tales premisas.

de quienes lo integran, así como *las teorías* que defienden la posibilidad de conocer y justificar racionalmente tales derechos»[14].

II.2 *Derecho natural ¿concepto histórico o formal?*

Partiendo del estudio de la estructura de la creación literaria en el campo de la novela, G. Lukács avanzó un criterio de decisiva importancia para afrontar la historicidad de los conceptos y teorías. Para el autor de HCC «el tiempo (podría añadirse aquí «histórico») no puede devenir constitutivo (es decir, actuante sobre la misma realidad de la acción humana) sino a partir del momento en que toda ligazón con la patria transcendental se rompe»[15]. Según esto nos sería imposible analizar de un modo no hipostatizador cualquier producción teórica a lo largo de su desarrollo si mantuviéramos una concepción de la historia, del tiempo histórico, bien como algo cerrado en sí mismo, bien, al estilo de Hegel o Croce[16], como la coincidencia de lo finito y lo infinito, o sea como lo absoluto e inmutable realizado por la divinidad bajo la forma de valores trascendentales[17].

Del mismo modo dicho planteamiento lukácsiano nos impide ver la historia de los conceptos como una evolución, es decir, con palabras de González Vicén, «como una sucesión de hechos (o hitos teóricos) sólo unidos entre sí por la relación causal» ya que ello nos conduciría inevitablemente al peligro equívoco de «la creencia en leyes naturales para la historia»[18]. Es preciso escapar pues de estas especulaciones si queremos comprender los momentos teóricos dentro del proceso histórico al

---

[14] A.R. Pérez Luño, *Derechos Humanos. Estado de derecho y Constitución*, Tecnos Madrid, 1984, p. 137 (el subrayado es nuestro).

Para el profesor Delgado Pinto «No basta con constatar que es constitutivo de las normas del Derecho positivo, su pretensión de valer como justas, como racionalmente fundadas, ni que, por tanto, el orden vigente está abierto por principio a la crítica para hacerlo cada vez más humano, más justo, *si previamente no se establecen las bases teóricas que aseguren la legitimidad de tal tarea como capaz de ser llevada a cabo racionalmente»*, José Delgado Pinto, *De nuevo sobre el problema del Derecho Natural*, Ed. Universidad de Salamanca, 1982, p. 29, vid. asimismo p. 32. Tanto para el Prof. Delgado Pinto como para el Prof. Pérez Luño el Derecho Natural constituye un cauce teórico formal, en el que caben diferentes tipos de planteamientos concretos e ideológicos. Pero debido a la instancia crítica que tal paradigma conlleva, nunca podrá -si lo entendemos desde la actualidad- ser involucionista, pues en su seno predomina lo que hemos denominado en nuestro trabajo la *Rationality of Intellect*, cfr. J. Delgado Pinto, op. cit. pp. 10-11 y A. E. Pérez Luño, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Minerva, Sevilla, 1982, pp. 53-69.

[15] György Lukács, *Teoría de la Novela*, (trad. de J.I. Sebreli), Edhasa, Barcelona, 1971, p, 132.

[16] Benedetto Croce, *La historia como hazaña de la libertad*, F. C. E., México, 1960, pp. 41-53.

[17] En este sentido puede consultarse la obra clásica del historicismo alemán de entreguerras, F. Meinecke, *El historicismo y su génesis*, F. C. E., México, 1943.

[18] Felipe González Vicén, «El darwinismo social: Espectro de una ideología», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, (NE), Tomo I, Madrid, 1984, p. 175.

que inevitablemente pertenecen, huyendo asimismo de la argumentación circular que se basa en el reconocimiento de leyes eternas y naturales; leyes que parten como postulados y culminan fundamentando aquello desde lo que procedían, es decir el encubrimiento de la situación o del concepto que se pretende reificar.

Según estas premisas el mismo profesor González Vicén, refiriéndose ya a la historicidad de los conceptos y teorías, nos ofrece un acercamiento a la misma obviando todo recurso a la mutabilidad en el tiempo o a los ardides de la razón especulativa en busca de sentidos prefijados que justifiquen el presente mediante el pasado. Vicén afirma la historicidad de los conceptos y teorías sacando a luz su vinculación estrecha con una determinada estructura histórica, por lo que no hacen sino expresar «una realidad determinada y carecen de sentido aplicados a otras realidades o contexturas históricas»[19]. Esto traducido a nuestra terminología vendría a decir que cualquier cambio producido en el nivel social, desde el momento en que se integra en el continuo social-cultural, influye poderosamente en el conjunto de objetivaciones teóricas que se hallan íntimamente imbricadas con una determinada estructura social.

Hasta aquí la argumentación de Vicén es aceptable, pero dos momentos de su exposición pensamos que no están lo suficientemente conectados con aquellos presupuestos previos y que pueden conducir a confusiones y rechazos improcedentes. González Vicén plantea su argumentación para despachar como periclitado el rótulo de derecho natural con todas las implicaciones que arrastra; desde luego que, en palabras de Max Horkheimer, «todas las ideas decisivas -incluso las de los juristas o de los médicos- tienen que recusar el intento de que las fijen unívocamente; *pero sin ellas la ciencia se desmorona*[20], por lo que antes de abandonar un término, concepto u objetivación teóricas hay que aplicar esa misma pauta avanzada por Vicén y analizarlo dentro del contexto preciso que le sirve de marco y en el que puede ejercer una fuerte influencia orientadora o estática; y, lo que nos parece en este momento más importante, contemplar la pervivencia de dichas objetivaciones a lo largo de diferentes constelaciones histórico-sociales implicando significados diversos pero manteniendo el sentido formal que desde el principio venía informándolas[21].

---

[19] F. González Vicén, «La Filosofía del Derecho como concepto histórico» en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, p. 15.

[20] Max Horkheimer, «Sociología y filosofía», en Th. W. Adorno y Max Horkheimer, *Sociología*, op. cit. p. 16.

[21] A. E. Pérez Luño, «El Derecho Natural como problema. Ensayo de análisis del lenguaje», en AA. VV. *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor José Corts Grau*, Universidad de Valencia. Secretariado de Publicaciones, 1977, tomo segundo, pp. 187-206. Del mismo autor y acerca de la misma problemática pueden consultarse «Louis Lachance y la fundamentación de los derechos humanos» en *Revista jurídica de Cataluña*, 1981, n.º 4, pp. 241 ss., y *Lecciones de Filosofía del Derecho*, op. cit. pp. 53-102. Asimismo, Guido Fassó «Che cosa intendiamo con diritto naturale» en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, pp. 168 y ss.

En principio nos parece que todas las objetivaciones comparten ese concepto de historicidad apuntado por Vicén, por lo que tanto el derecho natural como la filosofía del derecho sufren la incidencia de la configuración social de que se trate; lo que ocurre es que no tienen por qué ser considerados como objetivaciones contradictorias sino, más bien, como producciones teóricas que se complementan en el análisis de la experiencia jurídica. Es por ello que nos parece un tanto forzada la distinción de Vicén entre conceptos formales y conceptos históricos, sobre todo desde el momento en que en aquéllos introduce un término como el de «clase» tan apegado a las circunstancias del modo de producción capitalista[22].

Más que esa dicotomía entre conceptos formales e históricos, preferimos la contemplación de la historicidad de los términos desde el punto de vista de la «recurrencia histórica» de las producciones científicas puesta de relieve por Gaston Bachelard, en la que las objetivaciones y certezas del presente sean entendidas no como creaciones *ex nihilo*, sino como un proceso que descubre en el pasado las progresivas formaciones de lo que se considera como verdad en un momento histórico determinado[23]. Para Ferrater Mora, sin embargo, no hay conceptos estrictamente formales o estrictamente históricos, ni nada que cambie constantemente ni nada que permanezca intacto; así «una realidad recurrente es la que tiende a seguir siendo lo que es mientras dura; una no-recurrente, la que al tiempo que dura tiende a ir cambiando»[24]. Para nuestros propósitos, el derecho natural -del cual hemos indicado su rasgo estrictamente metodológico- entraría dentro del conjunto o grupos de realidades no-recurrentes, es decir, del grupo de objetivaciones teóricas que tienden, no a la repetición, a la reiteración, sino en el sentido de Bachelard, al cambio, al devenir, al dejar de ser lo que eran para convertirse en otra cosa.

Todas las objetivaciones (dentro del continuo social-cultural) tienden a ser recurrentes, a fijarse para siempre, a adquirir consistencia duradera[25], pero aunque perduren, muchas veces varían en un determinado contexto que implica un cambio en su consideración: en estos casos cambia el contexto, no el contenido objetivo de la producción teórica que sigue pretendiendo inmutabilidad. Sin embargo, ya Kant advirtió de la peligrosidad de aferrarse en demasía a definiciones formales criticando

---

[22] F. González Vicén, «La filosofía del Derecho como concepto histórico», op. cit. p. 16.

[23] Gaston Bachelard, *El racionalismo aplicado*, Paidós, Buenos Aires, 1978; sobre el concepto de historia recurrente puede consultarse el capítulo 1.º de esta obra.

[24] Ferrater Mora, *Fundamentos de la filosofía*, Alianza, Madrid, 1988, p. 133.

[25] Por ejemplo, los números, las clases; véase la exigencia socrática de matematizar las virtudes en oposición clara al subjetivismo de la sofística, en el mismo sentido marcha el psicoanálisis en búsqueda de referencias científicas y en el campo de los universales lingüísticos, véase dicha recurrencia en los trabajos de Noam Chomsky.

las concepciones por él llamadas «fisicoteológicas»[26].

El cambio de contexto, pues, desgasta a la objetivación de tal modo que, poco a poco, pierde su carácter dogmático, hasta el punto de que es criticada e incluso superada por otra. Pero antes de esa superación, -entendible únicamente en el sentido de *aufhebung* hegeliana -hay un momento en el que la misma conserva un resto suficientemente aprovechable: el resto metodológico que nos ayuda enormemente a entender el pasado, inextricablemente unido a su contenido básico como dogma, y el futuro como posibilidad de superar el impasse al que los diferentes cambios de contexto sitúan a las objetivaciones de que se trate. El derecho natural pasa por tales avatares en el mundo contemporáneo, pero no por ello deja de ser virtual su modo de acercarse a los hechos que conforman la experiencia jurídica. En cierta medida se asemeja formalmente al marxismo, como a cualquier otra metodología que se plantee los presupuestos de una superación del pasado en aras de la emancipación social.

Nominalismo-Realismo, Positivismo-Iusnaturalismo, incluso los conceptos de Sujeto-Objeto «no significan... modos de ser rígidos y separados entre los que fuera preciso establecer una compensación. Sino que... se engendran de modo recíproco tal como ellos mismos están engendrados: *históricamente*»[27]. La cosificación de los conceptos a que se asiste a lo largo de la historia del pensamiento, nada tiene que ver con la autonomía histórica que van asumiendo y que permite trabajar operativamente con ellos en otros contextos y situaciones. La influencia ineludible de la estructura histórica concreta no tiene por qué incidir en la consideración de los conceptos como reflejos unívocos de la misma; «la terminología, que es inevitable, debe perder su propia dureza por medio de contextos y constelaciones en los que sea capaz de ganar renovadamente su lugar y valor»[28]. Y esta es precisamente la situación del derecho natural entendido como conjunto englobante de tesis metaéticas y de teorías que asumen un «modo de formar» el conjunto de datos que el jurista maneja en el contacto con la experiencia jurídica.

Los cambios conceptuales no son tan radicales hasta el punto de considerarse que en nuevas condiciones sociales haya nuevos conceptos adecuados a las mismas, ya que «lo antiguo sobrevive en la figura de los conceptos que nos ha transmitido, más bien que en sus figuraciones, leyendas o contenidos doctrinales específicos»[29]. Los términos tienen una

---

[26] E. Kant. *Crítica de la Razón Pura*; A 628, B 656; (se cita por la trad. cast. de Pedro Ribas, que también realiza el Prólogo, notas e índices), Alfaguara, Madrid, 1984, p. 522.

[27] Th. W. Adorno, *Impromptus*. Zweite *Folge neu gedruckten musikalischen Aufsätze*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1968; trad., castellana de A. Sánchez Pascual, Laia, Barcelona, 1985, p. 52 (subrayado nuestro).

[28] Th. W. Adorno, *Terminología filosófica*, Vers. esp. de Ricardo Sánchez Ortiz de Urbina; Taurus, Madrid, 1976, vol. I, p, 43.

[29] Th. W. Adorno, op. cit. p. 47.

consistencia superior a lo que designan en un momento histórico determinado, lo que conduce a Adorno a la afirmación de que el «medio más fructífero de comunicar un pensamiento original, desde el punto de vista del lenguaje, consiste en empalmar con la terminología recibida por tradición, *pero incorporando a ella constelaciones mediante las que los términos relacionados se expresen de manera completamente diferente*»[30].

Por otro lado, si seguirnos analizando el sugerente trabajo de Vicén para centrar nuestra argumentación al máximo, observaremos que la base histórica que el autor destaca para fundamentar la aparición de la filosofía del derecho como concepto opuesto-contradictorio al de derecho natural, es concretamente el momento de la glorificación de lo dado, del hecho realizado, por el pensamiento de la Restauración[31]. Sin aceptar, parece, los contenidos de dicho pensamiento, la filosofía jurídica surge como la metaética de los mismos, al conformarse como una nueva forma de aprehensión de lo real que viene especificada en la misma experiencia histórica como individualidad y singularidad opuestas al dominio de la razón ilustrada siempre dispuesta a mantener la tensión entre la idea y la realidad.

En esta glorificación de lo dado que alcanza un punto de inflexión en el pensamiento de Hegel, el derecho pierde esas connotaciones nómicas propias de la Ilustración gracias a que el mismo concepto de naturaleza cambia; y lo hace para ser considerado como ese momento histórico presente en que lo que prima no es lo racional sino lo vigente.

En este momento sería preciso destacar que la crisis del derecho natural, que acaece tras los logros de la Revolución francesa, tenía su origen, más que en su pérdida de juridicidad como elemento ontológico de la norma positiva, en el hecho de no creerse ya en fundamentos a priori del derecho positivo que provenían de la confusión de planos entre lo moral-teológico y lo jurídico, y por el hecho de no haberse podido realizar en un código universal, sino que se dividió en múltiples códigos que, a causa de los nacionalismos, cerraron la vía a criterios éticos y jurídicos de validez universal[32].

---

[30] Th. W. Adorno, op. cit. pp. 35, 43. «La filosofía no funciona sin términos, los cuales encierran en sí misma la continuidad del pensamiento, la unidad del problema»... «los términos fijados expresan la identidad de los problemas transmitidos, mientras que el proceso histórico que resuelve los problemas de diferentes maneras, ha de buscarse en las cambiantes significaciones». Podemos decir que en filosofía no hay nunca una solución lineal de los problemas, «la filosofía resuelve ciertamente los problemas, pero al resolverlos los desplaza, los olvida, y *pone en su lugar otros dentro de los cuales aparecen nuevamente los anteriores*, vol, II, op. cit. pp. 10, 11, 12 y también página 77.

[31] F. González Vicén, «La filosofía del Derecho como concepto histórico», op. cit. pp. 29 ss.

[32] Hans Welzel, *Introducción a la filosofía del derecho*, (trad. F. González Vicén), Aguilar, Madrid, 1977, pp. 170-175.

Para el pensamiento radicalmente revolucionario del Lukács de la tercera década del siglo, el derecho natural aparecía como el espectro ideológico de una burguesía temerosa de perder los privilegios conseguidos, así «El derecho natural revolucionario destruye el derecho positivo existente sin cambiar nada decisivo en el carácter fundamental de la sociedad, ya que el nuevo derecho que de él deriva, el nuevo derecho positivo, se afianza en continuidad con el antiguo»... «la forma jurídica del cambio, tanto en el sentido iusnaturalista de la lucha, como en la sustancialidad del derecho positivo de la victoria, están en relación sustancial con sus intereses económicos vitales»[33].

Es esa misma realización positiva en diferentes códigos nacionales la que provoca esa pérdida ficticia de la tensión entre la idea y la realidad, entre el ser y el deber ser jurídicos que, todavía en Kant era mantenida a toda costa[34], pero que en las primeras décadas del XIX parecía inclinarse hacia el terreno del ser, de lo vigente. Y afirmamos lo ficticio de esta inclinación hacia lo positivo en cuanto que la misma realidad histórica se encargó de demostrar que todavía persistía la tensión que parecía resuelta y aún no se encontraban dados los contenidos materiales del obrar social justo. Así p. e. en el campo de la teoría social la pérdida de la confianza en la armonía liberal fue «desvaneciendo simultáneamente las expectativas de un paso a un orden en que las contradicciones colectivas quedasen suspendidas»[35] dando pie a una superación de la sociología positivista por una teoría crítica consciente de estos presupuestos y a la desconfianza hacia ese *die List der Vernunft* hegeliana que consideraba lo real y lo concreto (el Estado Germánico) como mistificación de lo más general y abstracto: el desarrollo de la idea en la historia. Y aún más, en Hegel hay una vuelta a retomar la tradición iusnaturalista que quedó suspendida en las obras de un Kant e incluso de un Fichte, los cuales elevando la singularidad a lo a priori despreciaban el «ethos» o lo general y, por consiguiente, cualquier objetivación de los contenidos de obrar social.

Hegel retoma esta tradición e intenta superar esa atomización mediante una concepción iusnaturalista que unifique los diferentes momentos particulares en lo más concreto (es decir general): el derecho y el Estado, momentos éstos en los que se dan un abrazo mortal lo individual y lo genérico buscando esa ley de necesidad interna ya auspiciada por la Escuela histórica del derecho. Por lo tanto en esta época más que una superación de esa idea tradicional del derecho natural lo que hay es una tendencia a ocultar las contradicciones a que el sistema inevitablemente

---

[33] György Lukács, «Rezensión» a «La nueva edizione delle lettere di Lasalle» en *Scritti politici giovanili*, 1919-1928, trad. e Introducción de Paolo Manganaro, Laterza, Bari, 1972, p. 229.

[34] Emilio Lledó, «Razón práctica en la razón pura kantiana» *Sistema*, Noviembre, 1983, n.º 57, pp. 3-19.

[35] Max Horkheimer, «Sociología y filosofía» en Th. W. Adorno y Max Horkheimer, *Sociología*, op. cit. p. 11.

conducía, «pues la nueva libertad resultó ser equivalente a libertad de desarrollo del poder económico, la igualdad a un primer plano de diferencias gigantescas de ingresos y de posesión -lo único que contaba verdaderamente- y la fraternidad a la disposición -producida mediante presiones económicas y manipulaciones- para la irrupción colectiva»[36].

En un momento de su impresionante autobiografía, Elías Canetti afirma que «todo prejuicio se configura a partir de otro prejuicio, y los prejuicios más frecuentes son los que emanan de sus opuestos»[37]; en otro contexto Horkheimer apunta que «los prejuicios rígidos dan en fanatismo»[38], y «si la verdad constituye una meta a la que, como en otro tiempo pensó Kant, el pensamiento ha de acercarse en un proceso infinito, encuentra su obstáculo más fuerte en un juicio esclerótico»[39]. Es precisamente cuando se habla de derecho natural cuando hay que tener presente estas advertencias debido a la visceralidad de las oposiciones degeneradas en multitud de ocasiones en caricaturas de la realidad del problema. Con ello se podría establecer un paralelismo, o si se quiere una analogía fecunda, en términos de Roman Jakobson[40], entre esta problemática y la surgida a principios de siglo en el campo de la teoría y práctica musical entre los defensores de la tonalidad y los seguidores de Schönberg y el atonalismo.

Las formas artísticas no pueden considerarse como sustitutivos del conocimiento científico, pero sí pueden entenderse como metáforas epistemológicas que constituyen un reflejo más o menos fiel de cómo la cultura de un momento histórico y de una formación social determinada ven la realidad[41]. Hasta principios del XX, el sistema tonal en música predominaba como un sistema impuesto a la actividad creativa; sistema que ocultaba tras de sí un modo periclitado de ver el mundo y de estar en él; la sinfonía, el rito del concierto no son sino ejemplos de ello: representan situaciones y emociones conflictivas que se resuelven al volver a dominar la armonía y el deseo de orden y paz, como ejemplos del orden inmutable de las cosas y de los valores. Frente a esto surge una vanguardia que intenta liberar a la música de las cadenas impuestas desde

---

[36] Max Horkheimer, op. cit. p. 10.

[37] Elías Canetti, *La lengua absoluta*, tomo I de su trilogía autobiográfica, p. 15.

[38] Max Horkheimer, «Sobre los prejuicios» en Th. W. Adorno y Max Horkheimer *Sociología*, op. cit. p. 95.

[39] Max Horkheimer, op. cit. p. 99.

[40] La analogía puede ser una forma útil para encubrir motivaciones ideológicas (p.e.: cuerpo físico-cuerpo social, barco-sociedad, etc.), pero no por eso hay que negarse a identificar relaciones donde es útil resaltarlas por su evidencia. «A los que se asustan fácilmente de las analogías arriesgadas les responderé que yo detesto también las analogías peligrosas, aunque amo las analogías fecundas», Roman Jakobson *Essais de linguistique générale*, Ed. de Minuit, París, 1963, p. 38.

[41] Umberto Eco, *Obra abierta*, op. cit. p. 89.

el siglo XVIII estableciendo un paralelismo entre las notas sin que predominase ninguna de ellas.

Lo lógico hubiera sido el pronunciarse por la ruptura con todo lo tradicional, pero la polémica que se suscita tiene una virtualidad enorme para nuestros propósitos, pues en palabras de Adorno «en el preconsciente musical y en el inconsciente colectivo la tonalidad parece haber llegado a convertirse en algo así como una segunda naturaleza, no obstante ser ella misma, la tonalidad, *un producto histórico*»[42]. Sin tomar en consideración los desarrollos dogmáticos de los seguidores inmediatos de Schönberg[43] y acudiendo a la obra fundamental acerca del tema, el Harmonielehre[44], la superación de la armonía clásica se efectúa, no negándola, sino desmitificándola en función de su relatividad histórica; si con Hindemith[45] el tonalismo se reconsideraba, en oposición a los nuevos avances, como una ley eterna, el método shönberguiano no niega la tradición sino que lo que intenta una y otra vez es aumentar la comprensibilidad de la nueva música arguyendo la riqueza de interrelaciones existentes entre los fenómenos musicales y una idea -o lo que es lo mismo, una determinada organización de la experiencia en función de un objetivo-, y no el establecimiento de leyes eternas.

En Schonberg la única ley eterna reconocida como válida, y en el mismo sentido se pronuncia su discípulo A. Webern[46], es la constante posibilidad de *mutación* y de *evolución sin trabas*. El nuevo lenguaje teórico, artístico y científico no nace «ex nihilo» ignorando o negando el pasado, sino que fundamenta su validez en esa misma tradición superándola en riqueza y complejidad. Tanto el arte como la moral y, sobre todo, el derecho en tanto que objetivaciones culturales íntimamente imbricadas, reflejan la vida en su movilidad y es esta misma movilidad lo que únicamente puede considerarse como ley eterna.

---

[42] Th. W. Adorno, *Impromptus*, op. cit. p. 136.

[43] Véanse los desarrollos fanáticos que de la dodecafonía se siguieron por algunos discípulos de Schönberg, como es el caso de Josef Matthias Hauer, autodenominado voz de la divinidad en la tierra, vid., William W. Austin, *La música en el siglo XX*, vers. cast. de José M.ª Martín Triana, Taurus, Madrid, 1985, vol. I, p. 403.

[44] Arnold Schönberg, *Tratado de armonía*, (trad. cast. y prólogo de Ramón Barce), Real Musical, Madrid, 1979, «Introducción», *passim*. Un ejemplo de «uso filosófico» de las teorías de la 2.ª Escuela de Viena, puede verse en C. Sini «Prospettive fenomenologiche nel «Manuale di Schönberg» en *Aut-Aut*, 79, 80, 1964, pp. 67-85. Sobre Anton Webern, vid. en el mismo número de *Aut-Aut*, «La conferenza di Anton Webern», pp. 91-93.

[45] Véase la polémica mantenida desde polos opuestos entre un defensor de la tradición como ley natural inmutable (Hindemith) y un innovador que no renuncia al pasado sino que lo integra en un nuevo método de entender los contenidos musicales (Webern), en Enrico Fubini, *La estética musical del siglo XVIII a nuestros días*, trad. de Antonio Pigrau Rodríguez, Barral edit., Barcelona 1970, pp. 247-252.

[46] Anton Webern, *Der Weg zur neuen Musik*, Universal Edition, Viena, 1960, trad. ital., *verso la nuova musica*, Bompiani, Milano, 1963.

Es interesante traer a colación la frase de Lukács en la que afirma que «lo que aquí importa es que pueda preservarse la permanencia en el cambio: la firmeza del núcleo en las más grandes transformaciones y a través de ellas»[47] con lo que la ruptura con la tonalidad significó «el conservar las necesidades eternas en que aquélla se fundaba»[48], por lo que, y siguiendo con la analogía, cuando hablamos de derecho natural o de cualquier otro término polémico e histórico, la repulsa terminológica no debe implicar un abandono de sus presupuestos, sino una adecuación de sus planteamientos al momento actual, una conservación de sus exigencias a otro nivel aplicable a un nuevo contenido material del obrar social[49].

Afirmar, pues, el sentido histórico de las objetivaciones no significa observarlas como reflejos inmediatos de la estructura social, sino ver su origen histórico como una parte integrante de su realidad, por otra parte, inescindible de los contenidos precisos que sí vienen condicionados más fuertemente por los cambios sociales y políticos. Utilizando la riqueza del castellano podemos decir con Ferrater que el derecho natural como todo el conjunto de «objetivaciones en general no han estado desde siempre *ahí* -y menos aún, *allá*, en un universo inteligible- listas para ser descubiertas o reconocidas; más bien van *estando ahí* a medida que van siendo constituidas»[50].

Aunque en el mundo contemporáneo cualquier tipo de intento de codificación moral venga motejada como «el sueño del burócrata»[51] y todo intento de extrema coherencia de nuestros principios universales a la hora de conectarlos con casos muy concretos, sea puesto en solfa de múltiples maneras[52], no quiere decir, en absoluto, que el problema

---

[47] György Lukács, «Lo lúdico y sus motivaciones» en *Thomas Mann*, (Trad. cast. de Jacobo Muñoz), Grijalbo, Barcelona - México, 1969. p. 117.

[48] G. Brelet, *Esthetique et creation musicale*, P. U. F., París, 1947, pp. 24-25.

[49] Se trae a colación el hecho musical, en cuanto que es el punto cultural donde el dualismo entre lo expresable encuentra su intersección, donde se revela el hecho de que el lenguaje, como representación simbólica, puede referirse, no sólo a hechos observables empíricamente, sino también a sentimientos y acciones que superan con creces el ámbito que se extiende bajo el lenguaje científico y discursivo; para un desarrollo de estas ideas, Susanne Langer *Philosophy in a new key*, Harvard University Press, Cambridge-Mass, 1951, *passim*, esp. pp. 228 ss., obra recomendable pero teniendo presente la derivación de esta pensadora hacia el intuicionismo y romanticismo irracionalista; vid. Enrico Fubini, op. cit, pp. 199-202.

[50] J. Ferrater Mora, *Fundamentos de filosofía*, op. cit. p. 147.

[51] Ernest Gellner, *Thought and Change*, Chicago, 1974 (citado por J. Muguerza en *La razón sin esperanza*, op. cit. p. 208 n.) y refiriéndose a Hindemith véase Th. Adorno, *Impromptus*, op. cit. pp. 88-90.

[52] Leszek Kolakowski, *Toward a Marxist Humanism. Essays on the Left today*, Nueva York, 1968 (referencia en Muguerza, op. cit. p. 208 n.), donde se hace una crítica de la extrema coherencia entre nuestros principios universales; sobre todo cuando se intenta aplicarlos a casos muy concretos.

de los contenidos materiales del obrar en sociedad haya sido resuelto de un modo satisfactorio; más bien ocurre lo contrario.

Todo ese movimiento de revolución formal que acaece en el ámbito de la «obra abierta» del siglo XX, y que en sus aspectos filosóficos pugna por la construcción de nuevos espacios de comunicación que permitan el desarrollo adecuado de las libertades públicas, no remiten a otra cosa que a una protesta, sublimada teóricamente, frente a la venta del pensamiento y de la crítica, bien al lucro mercantilista, bien a una glorificación de lo existente por temor a lo nuevo. Para Adorno «quien se apunta a lo viejo, y lo hace sólo por desesperación ante las dificultades de lo nuevo no encuentra consuelo, sino que se torna víctima de su impotente nostalgia de un tiempo mejor, el cual, a la postre, ni siquiera ha existido»[53]. Pero esta ruptura formal, que en nuestro campo vendría dada por la superación del derecho natural ontologicista por otro en el que la intersubjetividad predomina abarcando todo un conjunto de teorías que se remiten a él como método de análisis, ¿no implicaría transportar a dicho nivel formal conflictos que debían desarrollarse en la práctica como única vía de solución?, ¿esos nuevos métodos actuarían como estímulo o como canalización de la acción humana?

En principio las dos problemáticas vienen unidas, es decir, esa falta de contenidos materiales fácticos provoca, como en el caso de Kant, el predominio del modo formal de fundamentar[54], y el retorno de la mirada a épocas en las que podrían haber existido. Si rastreamos la historia del pensamiento, el método iusnaturalista se ha enfrentado a esta temática desde los inicios de la reflexión acerca del derecho, pero alcanzando sus rasgos más sobresalientes en períodos donde primaba la crisis de los presupuestos sociales[55].

---

[53] Th. W. Adorno, *Impromptus*, op. cit. p. 116, Adorno afirma que la nostalgia por tiempos en los que predominaban listas jerárquicas admitidas como obligatorias es una ficción y, en último caso, una derivación hacia un extremo subjetivismo (pp. 88-89), y cómo el negarse a comprender las nuevas significaciones de los conceptos no es más que «la defensa a que la consciencia cosificada recurre, una defensa que no es consciente de sí misma y que, por ello, es tanto más tenaz. La gente entiende erróneamente el endurecimiento social de esa consciencia cosificada y lo considera como si fuese la eternidad propia de lo natural. Justo las contradicciones reales, más allá de las cuales no dirige su mirada la sociedad actual, retoman la conciencia propia de esa sociedad, desenvolviéndola hacia tiempos presuntamente felices... Esta consciencia falsa es promovida por la industria cultural, la cual inmoviliza, congela la *imagerie* burguesa, una vez anquilosada» (p. 145).

[54] Agnes Heller, «La primera y segunda ética en Kant». «No sólo la finalidad particular, no sólo la finalidad que se orienta en función de los valores de bondad, sino también las normas éticas abstractas y concretas, los conceptos y las ideas morales, son de naturaleza material y dan contenidos al sujeto», en la obra *Crítica de la Ilustración*, Península, Barcelona, 1984, p. 47. El formalismo kantiano vendría dado por esa falta de contenido de los valores de una época como la suya; la única posibilidad de una ética material válida para todos estaría en la reinstauración de una sociedad comunitaria como la polis ateniense» (p. 49).

[55] Hans Welzel, *Introducción ala filosofía del derecho*, op. cit. p. 3; en el mismo sentido G. Lukács que ve a la conciencia de clase como portadora de intereses revolucionarios, solamente en momentos de crisis social.

El desconocimiento de dicha naturaleza formal del derecho natural incidió negativamente en su consideración desde sus primeros tiempos. Así por ejemplo las dos teorías éticas que tomaron por vez primera tal metaética -utilizando, claro está, términos anacrónicos- como el estoicismo y el cristianismo acabaron por fundamentar lo que criticaron desde aquellas premisas: el Imperio romano; y por ello en cuanto que en última instancia se basaron en supersticiones; así p. e. los estoicos retomaron «la oscura ciencia heraclitea y la fundieron con el fatalismo astrológico de los caldeos»[56]. Por un lado abrieron el campo de lo universal por encima de la particularidad de la polis basándose en las leyes naturales, pero al no tener un conocimiento adecuado de su naturaleza formal y basarse en esos supuestos metafísicos, acabaron cediendo al imperio romano como impulsor de esa unidad natural rota por los griegos. En cuanto a los contenidos, fueron revolucionarios: idea de la coordinación del universo que conlleva la solidaridad de la raza humana, pero, por sus bases formales un tanto oscuras, cayeron en la resignación frente a la voluntad de dominio de Roma; esa misma debilidad de conocimiento implicó un fuerte aspecto conservador al considerar al derecho natural como el elemento preciso para «descubrir» la armonía que regía en la naturaleza. De aquí resulta, pues, el halo conservador del derecho natural basado en la naturaleza que predomina hasta la Ilustración.

En la Edad Media esa naturaleza se subordina a la divinidad. En el Renacimiento se instala en el hombre pero, significativamente, basada en Platón y en la filosofía astral. Es la Ilustración, con el arma de la razón, la que va aceptando un derecho natural como oposición a lo existente, obviando esa armonía preestablecida dominante. Sin embargo, la restauración de esta armonía viene otra vez a incidir en la consideración del derecho natural, que otra vez pierde su rasgo de método para aparecer como un *derecho* que no se opone al derecho positivo, sino que, en función del nuevo orden económico y social (individualismo), contiene «las condiciones a las que debe adecuarse cualquiera que quiera sentar un derecho sobre mí»[57].

En multitud de ocasiones se ha dicho que el derecho natural actual es de un formato distinto al de épocas anteriores, que el derecho natural es hoy concreto y el de antaño abstracto, cuando no que «ya» no puede hablarse de un derecho natural y esforzarse por explicar su imposibilidad. Mejor que afanarse en una polémica tan infructuosa que, en última instancia e inevitablemente, remite a la cuestión de *qué es el derecho natural o qué se designa con tal expresión*, es mucho más operativo esforzarse

---

[56] Benjamín Farrington, *Ciencia y política en el mundo antiguo*, trad. de Domingo Plácido Suárez, Ayuso, Madrid, 1973. p. 118.

[57] Alasdair Maclntyre, *Historia de la Ética*, (trad. de R. J. Walton), Paidos, Barcelona. 1982, p. 153.

por examinar «qué función o funciones desempeña en el lenguaje en la medida que éste se use para hablar acerca del mundo»[58].

El derecho natural, al igual que el conjunto de universales que conforman el *background* de la conciencia filosófica tendría, pues, una función propia: ordenar y clasificar lo que hay (tesis metaéticas y teorías); «poner de manifiesto similaridades, por lo demás cambiantes (entre las mismas)... y en definitiva clasificar ciertos actos humanos»[59] que podemos considerar de fundamentales o básicos. Pero la función precisa de un método no permanece sólo en el ámbito clasificador. Así, p. e. cuando se habla del concepto formal de justicia, la vemos como un intento de clasificación de la conducta humana, pero que a la vez podría *expresar un ideal de dicha conducta*; y es en este sentido y, de ningún modo de otro, que el derecho natural ostenta una función normativa o deontológica, es decir de segundo grado. Estamos ante una propuesta metodológica que implica un acercamiento al derecho desde una posición cognoscitivista e intersubjetiva, por lo que de principio viene demarcado de otras posiciones teóricas con otros presupuestos formales, y, en segundo momento, ofrece la posibilidad de una última demarcación considerándola como la más adecuada para fines como pueden ser el de emancipación humana de la explotación, de la tortura, de la manipulación brutal y/o refinada, del silencio, etc.

Desde esta perspectiva, tal método no puede renunciar a su tradicional consideración doble: por un lado, como *idea reguladora*, y, por otro, como *hecho pragmático*. Esta doble referencia al ideal y a la facticidad hace que, si este método se usa sin prejuicios, el derecho natural se integre en el marco o *background* de una filosofía crítica y realista. *Crítica* en tanto que marca la posibilidad de justificación racional del derecho partiendo del reconocimiento de unos valores sociales básicos; valores con tendencia a la formalización exigida por la expresión pública y comunitaria de las necesidades humanas. Y *realista* en tanto que influye poderosamente en la misma normatividad a través de la denuncia y desenmascaramiento de todas las formas ideológicas bajo las que

---

[58] J. Ferrater Mora, *Fundamentos de filosofía*, op. cit. p. 142, refiriéndose a la problemática establecida entre quienes aceptan o rechazan dogmáticamente la existencia de universales en el lenguaje cotidiano y científico; polémica trazada por el autor con el ánimo clarificador que lo caracteriza.

[59] J. Ferrater Mora, op. cit. pp. 143-145. «En tanto que construcciones o constructos culturales, los universales experimentan cambios semánticos. Según las comunidades, las culturas y las épocas puede manifestarse una tendencia mayor o menor hacia la formación y uso de universales en general, o de universales específicos, así como una tendencia mayor o menor hacia la expresión abstracta de su universalidad» (p. 143)... «pero ello significa que los nombres universales, o usados universalmente, sean siempre completamente arbitrarios. En la medida en que son aceptados por la gran mayoría de usuarios de la lengua, constituyen un vocabulario más o menos fijo y estable. El número, alcance y modos de uso de los términos universales se hallan también determinados en gran medida por la función que desempeñan dentro de una comunidad cultural (p. 144).

los intereses dominantes travisten fines inconfesables en el proceso democrático de discusión y crítica.

Esta doble consideración del método, reafirma lo que hasta aquí se ha definido en este ensayo. El derecho natural sólo puede ser entendido en la actualidad, es decir, sólo puede ser objeto de uso teórico, siempre y cuando lo retomemos bajo el punto de vista de ese «resto» metodológico que permanece después de las múltiples depuraciones a que ha sido sometido tanto por los juristas como por la propia realidad. Sin embargo, nunca se repetirá lo suficiente que, dentro del ámbito de la normatividad jurídica, operan ciertos ideales de razón; ideales prácticos y problemáticos cuya esencia radica en la no cristalización de una vez por todas bajo la forma de algún hecho «real». Cuando a las ideas valor se les otorga realidad fáctica, dejan inmediatamente el terreno de la filosofía para pasar a integrar el campo de la teología o del dogma político. Lo racional del método que analizamos reside en su constante insatisfacción ante lo dado, en su afán por no ver solidificadas sus categorías como si fueran hechos verificables tanto en este mundo como en cualquier otro. Esa tensión entre lo ideal y lo fáctico, junto a su naturaleza de interpretación histórico-social de la experiencia jurídica, hace que, estemos o no de acuerdo con la terminología al respecto, nos parezca virtual ese «resto» formal y pragmático que aun hoy puede entresacarse de la teoría iusnaturalista, retomada desde sus múltiples vertientes no metafísicas.

III

«Condiciones» de aplicación del derecho natural en la teoría jurídica contemporánea.

III. 1 *Superación de lo natural.*

En una ocasión, Norberto Bobbio afirmó que una sociedad jurídicamente constituida conducía a la sensación de certidumbre, a la seguridad en las acciones humanas y reacciones de las instituciones; y una sociedad basada en el derecho natural provocaría de inmediato una gran incertidumbre e inseguridad[60]. Desde nuestro punto de vista esta opinión cae en el error que venimos denunciando; ninguna sociedad, ningún tipo de formación social puede basarse en el derecho natural, como ninguna sociedad puede fundamentar su estructura en, por ejemplo, el positivismo lógico, ya que ni uno ni otro son elementos constitutivos de la realidad social. Por mucha importancia que tenga el conocimiento en la determinación de los acontecimientos, por mucho que se diga que los hechos vienen cargados de teoría, lo real dentro del nivel social tiene su relativa independencia e influye, al igual que se deja influir, en el método

[60] Norberto Bobbio, «Le Droit Naturel» en *Annales de Philosophie Politique*, 3 París, p. 181.

de acercamiento a sus diferentes elementos. Considerar, pues, a la incertidumbre social como una consecuencia del derecho natural sería otorgarle una realidad ontológica de la que carece por completo debido a ese carácter metodológico que impregna su naturaleza.

Del mismo modo es rechazable la concepción que ve el derecho natural, tal como hace John Rawls, como el derecho que la justicia protege, ya que tanto el sentido de esta justicia como el sentido del bien son capacidades naturales que conforman lo que el autor denomina «personalidad moral»[61]. Para Rawls esta personalidad viene entendida como la facultad o habilidad natural que la organización social de que se trate debe proteger por su rango de derecho natural de la persona. Pues bien, aparte la motivación rawlsiana de concretar la teoría de la justicia en principios suficientemente estables[62], también choca con nuestra idea de derecho natural.

Si bien esta idea se ha mantenido durante los dos mil años de cultura occidental reflejada en múltiples y plurales objetivaciones incluidas las artísticas -desde la *Antígona* de Sófocles, hasta la *Ariane* de Maeterlinck-Dukas-, no podemos deducir de ello que refleje esa naturaleza perdida. El mismo Arnold Schönberg afirmaba en su *Harmonielehre* que ya no se podía retroceder hacia la naturaleza; en todo caso la cuestión sería ir hacia la misma desde nuestros presupuestos construidos[63].

---

[61] John Rawls, *Teoría de la Justicia*, (Trad. de M. ª Dolores González) F. C. E., México, 1978, p. 558. Acerca de esta traducción se han pronunciado M. Jiménez Redondo «A propósito de la versión castellana de la obra de John Rawls *A Theory of Justice*», *Teorema*, XI, 1981; y J. Agra Romero, « ¿Es la versión castellana de *A Theory of Justice* una versión modificada?», en *Teorema*, XIII, 1983. Referencias imprescindibles para entender algunos conceptos confusos de dicha traducción. Asimismo, es de referencia obligada la «Presentación» de M. A. Rodilla de los ensayos previos, del mismo Rawls, a la publicación de *A Theory of Justice*, reunidos y traducidos por M. A. Rodilla en el volumen titulado *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la Justicia*, Tecnos, Madrid, 1986.

[62] Ibíd., op. cit. p. 563.

[63] Arnold Schönberg, *Tratado de armonía*, op. cit., «tenía razón yo cuando instintivamente me oponía a la vuelta a la naturaleza y me maravillaba de que un Debussy esperase encontrar la naturaleza tras los caminos del arte en los tramos ya recorridos; en ese *hinterland* que está a trasmano del arte, que es, por lo tanto, el punto de reunión de los rezagados y merodeadores; de que un Debussy no notara que quien quiere la naturaleza no ha de ir hacia atrás, sino *hacia delante*: ¡hacia la naturaleza! Si yo tuviera un lema, quizá podría ser éste. Pero pienso que hay aún algo más alto que la naturaleza» (p. 471). Esta relativización es mantenida, asimismo, por Agnes Heller en *El Hombre del Renacimiento* (trad. J. F. Yvars y A. P. Moya), Península, Barcelona, 1980, pp. 432 y 441. Del mismo modo, se puede encontrar esta superación de lo meramente natural en la categoría lukácsiana de «homogeneización» con la cual se quiere decir que el único modo de acercarse al estudio de objetos sociales es ir primero al hombre y después retroceder a él tomando en consideración las producciones culturales que institucionaliza gracias a su esfuerzo; en ese sentido puede verse el bellísimo ensayo de György Lukács, «Béla Bartók. On the 25 th. anniversary of his death» en *The New Hungarian Quarterly*, 41, 1971, pp. 42-55, vid. esp. p. 49.

Marx reprochó a Feuerbach precisamente este apego a lo natural en sus contenidos antropológicos; esto fue magistralmente intuido por György Lukács cuando retornando esa crítica a la generalidad muda en que consiste la esencia humana feuerbachiana, desde la evolución social, afirma que «el retroceso de la frontera natural -en términos marxianos- suscita en efecto una esencia humana que no es ya sólo específica, genérica en *sentido natural*, sino también y ante todo, mentada -consciente, inconscientemente o con conciencia falsa- en el sentido de la humanidad, y que por eso rebasa ampliamente sus contenidos decisivos lo natural y genérico-específico»[64]. Esta superación de lo natural, momento decisivo para el entendimiento metodológico del derecho natural, implica, pues, reconocer de una vez por todas al hombre como medida de todas las cosas, es decir, «libre para crear y modificar sus instituciones según sus propias necesidades»[65].

Pero, asimismo, esta superación de lo natural, como momento imprescindible para poder retomar «aquí y ahora» la tradición iusnaturalista, necesita una mayor especificación en diversos niveles de la argumentación. En primer lugar, habría que matizar ese rechazo a lo ontológico que es expresado desde las posiciones contrarias al paradigma aquí analizado. Tal y como se ha puesto de relieve por la teoría de la ciencia contemporánea, no hay que establecer un paralelismo total entre el argumento ontológico y el metafísico. Argumentar ontológicamente no tiene por qué determinar el «ser» del objeto en cuestión; ser revelado a través del orden natural de los hechos. Más bien, esta tarea consiste en investigar los modos más generales de entender tal objeto; modos generales de conocimiento que establecerían los límites entre los cuales actúa o tiene relevancia el fenómeno estudiado[66].

En la actualidad, el modo de argumentar ontológico en lo jurídico ha sido rehabilitado desde el punto de vista de una «teoría del

---

[64] György Lukács, «El film» en la *Peculiaridad de lo Estético* (Estética), (trad. M. Sacristán), Grijalbo, Barcelona, 1982, volumen 4.º, p. 187.

[65] Benjamín Farrington, *Ciencia y política en el mundo antiguo*, op. cit., pp. 86 y 104.

[66] En la actualidad, como decimos, la ontología no busca la absolutización de ningún proceso, sino lo que Ferrater Mora ha denominado el «modo ontológico de operar». Lo importante no es dedicarse a investigar los «residuos» del ser a través de operaciones eidéticas y/o existenciales: lo importante es «situar» al objeto, lo cual «... es sólo un modo de dar a entender que nos las habemos con cosas, objetos, procesos, etc., no con algo que por ventura se halla por encima, o por debajo, de ellas, a modo de una más fundamental realidad» J. Ferrater Mora *Fundamentos de Filosofía*, Alianza Univ., Madrid, 1985, p. 40. Como afirma Quine, ese modo ontológico de operar, consistiría en situar al objeto en un determinado sistema de coordenadas que lo insertarían en un contexto determinado, con el cual nos «comprometemos ontológicamente», vid. W. V. Quine *La relatividad ontológica y otros ensayos* (trad. de Manuel Garrido y J. Blasco; revisada por Quine), Tecnos, Madrid, 1974, p. 69. Para Quine «lo que hace que las cuestiones ontológicas carezcan de sentido cuando están tomadas absolutamente no es la universalidad, sino la circularidad», op. cit. p. 74.

derecho»[67] empeñada en analizar tal fenómeno en función de los conceptos límites de derecho, moral, poder, ideología, conflictos y contradicciones sociales, etc., incidiendo más en las cuestiones externas que propician una crítica al marco teórico dominante, que en cuestiones internas o propiamente estructurales del objeto estudiado (tarea encomendada a la «teoría general del derecho»).

Esa necesaria superación de lo natural no implica un abandono del argumento ontológico, del mismo modo que desde una teoría conjetural de la ciencia no hay que rechazar la doctrina esencialista en favor de interpretaciones teóricas instrumentalistas. Tanto en uno como en otro sentido, y siguiendo en esto a Karl Popper, lo único rechazable sería el acudir bien a reducciones de la complejidad ambiental a un sólo sistema absoluto, bien a explicaciones últimas «es decir, a las explicaciones que (esencialmente o por su propia naturaleza) no pueden ser ulteriormente explicadas ni requieren tal explicación ulterior»[68]. Pero es absurdo negar que tras las apariencias teóricas o sociales podemos encontrar una realidad que contradiga lo comúnmente aceptado como científico. El método racional y crítico que planteamos como «resto» contemporáneo de la idea tradicional de derecho natural está dentro de este marco conceptual. Utilizando la terminología popperiana nos hallaríamos ante una genuina conjetura que analiza los modos más generales del ser del derecho, los límites externos de lo jurídico y que si bien no puede ser verificada empíricamente -debido a que una teoría nunca es verdadera o falsa, sino más o menos virtual para analizar su objeto-, puede informarnos, unida a una crítica de las ideologías, acerca de la realidad del fenómeno jurídico en toda su extensión y complejidad.

En la actualidad hablar de leyes naturales, tanto en el campo científico-natural como en el de las ciencias sociales, es hacerlo tomando en consideración esa necesaria superación de lo natural de que hablamos. Y esa superación viene de la mano del rechazo de considerar a cualquier ley natural como un enunciado veritativo. Más que enunciados o pseudoenunciados, nos encontramos ante lo que Schlick denominaba «reglas para la transformación de enunciados»[69]. Y esto es así en tanto que consideramos como única ley natural la del constante cambio y mutación de lo real en todas sus vertientes.

Por mucho que se pretenda alcanzar la identidad absoluta entre los polos de esas cuestiones externas que consideramos anteriormente al analizar el modo ontológico de operar, los resultados reales serán siempre insatisfactorios. Como afirma Mario Bunge «la variedad y el cambio son

---

[67] Manuel Atienza, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, p. 369. Véase en el mismo sentido, aunque no expresamente, A. E. Pérez Luño, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Minerva, Sevilla, 1982, Cap. 2.º.

[68] Karl R. Popper, *Conjeturas y refutaciones*, op. cit. p. 139.

[69] Vid. Karl R. Popper, *La lógica de la investigación científica*, (trad. Víctor Sánchez de Zabala), Tecnos, Madrid, 1985, pp. 36n, 231n, y esp. 290.

hechos que lo penetran en el mundo; además, el cambio se debe a la variedad y la variedad es a su vez simplemente el resultado del cambio. Es probable que ningún par de cosas ni de acontecimientos sea idéntico o permanezca idéntico consigo mismo en todos los respectos, en todos los detalles y para siempre. Es posible que la identidad estricta no sea cosa del mundo real: la identidad en todos los respectos, entre cosas coexistentes o entre cosas sucesivas, es una hipótesis simplificadora...»[70]. Esta comprensión de lo natural como lo cambiante, lo mutable, nos induce a que todo esfuerzo teórico por mostrar la identidad total del derecho con su propia estructura interna nos aparezca inmediatamente como falsa y necesitada de clarificación. Y, por otro lado, esa concepción «superada» de lo natural, empuja siempre al científico a la búsqueda de lo diverso que subyace a dichas identidades aparentes. Bajo ese afán de identidad formal sólo podrán manejarse sucesos o aspectos ya conocidos, pero nunca podrán predecirse nuevos tipos de sucesos o aspectos que se darían en el juego de esos conceptos límites de que hemos hablado al «situar» ontológicamente al derecho.

III. 2 *Concepción activa y crítica de la racionalidad*

Las tendencias naturalistas que aquí cuestionamos nos ponen en relación con la temática de la racionalidad; tema que habría que desarrollar con más detalle desde una teoría de los valores, pero que aquí cabe apuntar para evitar confusiones y equívocos. En palabras de Heinrich von Kleist «toda inclinación natural, toda espontaneidad, son hermosas; y todo lo que quiera comprenderse a sí mismo, se convierte inmediatamente en desagradable y confuso»[71]. Puede decirse sin errar mucho que es casi una ley general que la vuelta a la naturaleza conlleva un desprecio de la razón y consiguientemente una magnificación del instinto y de los sentimientos inconscientes, por lo que toda forma de consciencia es rechazada de plano. El método iusnaturalista crítico no puede reclamar una concepción parecida de lo natural, ya que para él es una pauta importantísima el considerar la racionalidad «como el instrumento decisivo a través del que se estructuran las formas modernas de convivencia política libre y democrática»[72].

El derecho natural como método utiliza ineludiblemente la racionalidad como un instrumento necesario para su operatividad; pero esta racionalidad

---

[70] Mario Bunge, *La investigación científica* (trad. de Manuel Sacristán), Ariel, Barcelona, 2.ª ed. 1985, p. 334.

[71] György Lukács, «La tragedia de Heinrich von Kleist» en *Realistas alemanes del siglo XIX* (trad. de Jacobo Muñoz) Grijalbo, Barcelona-México, 1970, p. 22. Según Lukács, en Kleist hay una idealización de la Edad Media, presentando las relaciones feudales como un idilio armonioso entre los propietarios de tierras y sus siervos (p. 39), lo que nos puede servir de ejemplo de naturalismo irracionalista.

[72] Guido Fassó, *La legge della ragione*, Il Mulino, Bologna, 1964 vid. al respecto el ensayo de A. E. Pérez Luño «L'itinerario intellettuale di Guido Fassó» en *RIFD*, 1976, pp. 372 ss.

no vendría entendida como una regla estricta de procedimiento lógico, sino como una premisa formal que nos permita conectar nuestros deseos, necesidades y fines con las pautas teóricas y prácticas influyentes en la acción humana colectiva. Lo que señalaría como racional a un método no seria, pues, esa competencia para manipular conceptos y argumentos establecidos en una consistencia deductiva impecable, sino que lo que caracteriza como racional a lo que hemos considerado como metaética jurídica será «su disposición a concebir, explorar y criticar nuevos conceptos, argumentos y técnicas de representación, como maneras de abordar los principales problemas de su ciencia... la ausencia de juicio racional se manifiesta en la resistencia a los cambios... o también en la prematura aceptación de innovaciones no probadas... las trabas a la racionalidad son... el conservadurismo institucional (y) los intereses de los individuos dominantes»[73]. La filosofía como autotematización de la ciencia en todos sus niveles constituiría en este lugar «una especie de proceso de revisión racional de la racionalidad» que habría que entenderla en una superación del naturalismo periclitado que conecta unilateralmente normas y hechos confundiendo deseos con realidades, y en una disposición contra la manía historicista y sus remisiones a destinos absolutos del proceso histórico; y ello, como plantea Muguerza, en busca de una racionalidad «neonaturalista» que tenga en cuenta esa conexión entre nuestros deseos, necesidades y metas, incluso las más lejanas, y «neohistoricista» es decir como contemplación de esa conexión a lo largo de su mismo proceso de constante revisión, modificación, creación y crítica por los agentes sociales.

Hemos considerado que la única ley natural a la que podemos remitirnos, sin caer en iusnaturalismo periclitado, es la del constante cambio y mutación de lo real. Afirmar, como hacen Schmitt y hasta cierto punto Lukács, que la racionalidad del Estado de Derecho sólo es justificable en períodos de prosperidad, relativizando con ello la aplicación normativa, ideológica y valorativa de éste en momentos de crisis revolucionaria, a más de un síntoma de paranoia, revela una concepción excesivamente dualista e irreconciliable entre dos concepciones de la racionalidad. Tanto Schmitt como Lukács, aunque desde frentes teleológicos sumamente diferentes, realizan eso que Agnes Heller denomina la *vivisection of rationality*, desde el momento en que toman lo racional a través de las diferentes formas y teorías de la acción humana: en períodos críticos, en etapas conflictivas se debe primar la voluntad de solución, el impulso a hacer, a obrar en determinados sentidos. Por el contrario, en

[73] Stephen E. Toulmin *La comprensión humana I. El uso colectivo y la evolución de los conceptos*, (vers. esp. de N. Míguez) Alianza, Madrid, 1977, p. 375. El mismo autor sigue afirmando que «ni la racionalidad de los conceptos teóricos ni la de los procedimientos prácticos pueden ser juzgadas de una manera definitiva, intemporal o de una vez por todas. La razón práctica, como la razón pura, no debe tener presente lo bueno o lo mejor de todo, y menos aún, lo Único-Concebible-Coherentemente, sino lo mejor comparativamente... esto significa siempre lo mejor-por-el-momento (p. 376).

épocas de estabilidad, lo racional sería la adaptación a las normas y reglas establecidas desde el *establishment*.

Entender la racionalidad en general, o aplicada p. e. a una categoría jurídica como es el Estado de Derecho, desde los diferentes tipos de acciones a desarrollar en diferentes circunstancias históricas y sociales, implica una relativización excesiva tanto de la misma idea de racionalidad como de la realidad normativa del Estado de Derecho. Cuando nosotros afirmamos que la única ley natural argumentable desde el presente es la del constante cambio y mutación de los objetos sociales, no asumimos tal postulado como algo apegado a una determinada teoría de la acción humana. ¿A qué instancias genéricas se remiten los que defienden una actuación determinada a través de una racionalidad comunicativa o instrumental? ¿Cabría decir que ambas «racionalidades» se remiten a normas y reglas incomunicables entre sí de un modo absoluto, y que sólo pueden ser implementadas desde una praxis determinada?

Ser racional es actuar «conforme» a unas determinadas normas y reglas imperantes en una comunidad o forma de vida. El proyecto ilustrado de concebir al hombre como un ser racional estaría en esta línea. El hombre es racional cuando es capaz de poner en práctica esa normativa estructural en el conjunto de su acción cotidiana. Sin embargo, la racionalidad no se agota en esa faceta. En este sentido habría que entender la función de la racionalidad *práctica*, la cual induce no sólo a actuar en una determinada manera, sino, asimismo, a *discriminar* entre los posibles modos de praxis en función del conjunto de valores y principios más universalizables y abstractos.

Más que un fundamento de la praxis, la racionalidad es un hecho puramente formal que nos capacita para asumir lo dado y aplicarlo a nuestra vida cotidiana. Lo que ocurre es que en dicha vida cotidiana no sólo intervienen normas concretas y/o morales que son preciso asumir como «supuestas», sino que también inciden los valores como normas universalizables y que posibilitan no sólo esa asunción *pasiva* de las normas y reglas de la convivencia, sino la crítica de éstas desde esas ideas-valor, estén o no reconocidas formalmente por el ordenamiento jurídico.

Según Agnes Heller, hay que distinguir entre estos dos tipos de racionalidad, la racionalidad de razón o racionalidad pasiva tal y como la hemos denominado aquí, y la racionalidad del intelecto o racionalidad activa, a través de la cual se cuestiona el conjunto de normas y reglas «taken for granted» en la vida cotidiana, desde un conjunto normativo más universalizable y crítico[74].

---

[74] Vid. Agnes Heller «Everyday Life, Rationality of Reason, Rationality of Intellect» en *The Power of Shame. A rational perspective*, Routledge & Kegan Paul, London, 1985, pp. 150-202. La racionalidad, como puesta en práctica de la razón humana, no es otra cosa que la observancia práctica de normas y reglas de una «forma de vida» determinada. Actuar racionalmente vendría a coincidir con la materialización de la razón práctica, es decir, del «bon sens», o sea, de la facultad para discriminar entre bueno y malo teniendo presente la jerarquía de las categorías de orientación axiológica aceptadas intersubjetivamente por los componentes de tal «forma» de vida.

El único modo de acercarse al derecho como una realidad cambiante y mutable es partiendo, no de diferentes racionalidades en función de distintos tipos de praxis, sino haciéndolo de la única racionalidad existente, aunque distinguiendo en ella sus dos componentes: el aspecto de *razón* y el aspecto de *intelecto*. Esta concepción crítico-práctica de la racionalidad es la única que puede posibilitar el encuadre teórico del derecho dentro del equilibrio inestable en que se mueve la estructura social del capitalismo contemporáneo[75], y ello sin acudir a hipótesis catastrofistas

---

Ser racional es, pues, *being-in-a-particular-world*, donde la moralidad no es más que la consciencia y relación práctica del individuo en un mundo dotado de normas y reglas configuradas, en el mejor de los casos, en instituciones democráticas. Aunque de hecho se establezcan dicotomías, en definitiva la razón es una; predominando sobre todo la razón práctica en tanto adecuación a las normas y reglas de que hablamos (incluso la razón teórica no configura más racionalidad que la adecuación de las propuestas parciales a los términos más genéricos de un paradigma o un programa de investigación precisos). Sin embargo, con Habermas y la tradición que remite a Max Weber, se viene afirmando que existen diferentes tipos de racionalidad, teniendo en cuenta el tipo de acción que se pretenda realizar. Así, p. e., Apel distingue entre la acción instrumental, la estratégica y la comunicativa, haciendo coincidir con ellas los tipos de racionalidad adecuados a las mismas (vid. el análisis que de esta materia hace A. Heller en su obra anteriormente citada p. 162, y en el ensayo en colaboración con F. Fehér *Análisis de la Revolución húngara* (trad. M. Rivera). Hacer, Barcelona, 1983, p. 156). Para Habermas, igualmente hay dos tipos de racionalidad, la racionalidad instrumental, que también podemos denominar *goal-rationality*, y la racionalidad valorativa o *value rationality*, tomando partido por esta última ya que, según el filósofo crítico, es la única utilizable para revitalizar la esfera de la opinión pública en el marco de una actuación comunicativa libre de dominio (vid. J. Habermas, *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, Laterza, Bari, 1975). Para Habermas la única posibilidad de actuación contra la crisis de motivación, es actuando conforme a dicha racionalidad valorativa, obviando todo tipo de racionalidad instrumental que descienda del plano del postulado a las relaciones sociales concretas y básicas, en las que, p. e., la actividad productiva tiene una importancia primordial.

Sin embargo, si no existen dos tipos diferentes de racionalidad, sí que podemos distinguir entre dos *actitudes* de razón que tendrán especial incidencia para nuestros fines. Estas actitudes se especificarán no en función de los tipos de acción -lo cual conduce a eso que llamamos siguiendo a Agnes Heller, la *vivisection of rationality* (He11er, op. cit. pp. 150-153)- sino en función del grado de aceptación y puesta en práctica de las normas y reglas de una forma de vida determinada y su relación crítica con otras normas y reglas alternativas. En primer lugar nos encontramos con la actitud de *racionalidad de razón*, que es definida como la competencia para actuar conforme a las normas y reglas de un modo o mundo de vida particular; mientras que la actitud de *racionalidad del intelecto*, consiste en contrastar constantemente esas normas y reglas con otras normas y reglas alternativas, propiciando la crítica y la dinamización constante de los ordenamientos particulares. Estaríamos no ante una actitud pasiva, sino ante un tipo de *conciencia interpretativa*, o como afirma Habermas, *mediadora*, entre lo que hay y lo cambiante y plural de las reivindicaciones y objetivaciones humanas (Heller, op. cit. p. 178). La reflexión racional que, pensamos, debe propiciar el «resto» formal y metódico de derecho natural, es la de constante revisión y crítica de todo orden normativo, partiendo de otro u otros órdenes considerados preferibles *socialmente*, aun cuando no estén reconocidos formalmente como vinculantes para el poder; pero nunca estableciendo pautas morales y/o jurídicas que se superpongan ontológica o metafísicamente, al derecho positivo.

[75] Vid. Agnes Heller, «Introducción a una teoría de la historia», capítulo IV de la obra de la misma autora *Teoría de la Historia* (trad. Javier Honorato). Fontamara, Barcelona, 2.ª ed., 1985, pp. 234-277.

o escatológicas en las que la racionalidad activa tendría su papel. Pensamos, por el contrario, que tanto en situaciones de crisis como de relativa estabilidad, la racionalidad implica no sólo una asunción de lo dado, sino un impulso crítico que, a través de los valores expresados pública y democráticamente por los grupos sociales, dinamizan, orientan y, en definitiva, fundamentan racional y teleológicamente, el conjunto de normas concretas tanto jurídicas como morales.

Sólo desde esta revisión racional de la racionalidad, es como podemos justificar la eficacia de un método tan inestable y polémico, en definitiva tan no recurrente, como es el del derecho natural, entendido como metaética jurídica. Lo racional en este método vendría, pues, de un acercamiento al derecho positivo tomando en consideración, por un lado, sus aspectos formales de validez y justicia procedimental; y, por otro, insertando en el análisis instancias crítico-valorativas procedentes, no de un vacío ideal, sino de otras normas y reglas de mayor abstracción y universalidad, pero no por ello menos argumentables democráticamente. Si no queremos caer en la hipóstasis ideológica que diferencia la ética de la responsabilidad de la ética de las convicciones en el campo del análisis de lo político y lo jurídico, es preciso asumir esta visión de la racionalidad del método. Como afirma Heller «las constituciones de las democracias políticas basadas en los derechos humanos son concebidas precisamente como institucionalización de valores universalizables. Si estamos convencidos de que todos los seres humanos son libres e iguales, y están dotados de razón debemos asegurar las instituciones en esos valores universalizables»[76]. Y es en esta tarea en la que, pensamos, tiene virtualidad la aplicación del resto metodológico, aún justificable en nuestros días, del derecho natural crítico y racional.

III. 3 *La experiencia jurídica como «totality approach».*

Como último eslabón de este análisis sobre -como haya de entenderse el método iusnaturalista en su vertiente racional y crítica, convendría traer a colación la pauta aristotélica según la cual sólo «hay que fiarse de los razonamientos en la medida en que sus conclusiones coincidan con los fenómenos observados»[77]. Los conceptos vienen siempre referidos a la experiencia que ellos interpretan; el problema radica en ver qué entendemos por experiencia y en huir de establecer limitaciones estrechas a la misma, al estilo del «marco de referencia» de Carnap, en cuanto que se cierra la experiencia al marco semántico preestablecido, y obvia todo tipo de discurso acerca de ese mismo marco como una pseudocuestión ajena a la racionalidad intraparadigmática al partir de una división absoluta entre el lenguaje teórico y el lenguaje observacional[78].

---

[76] Agnes Heller, «Everyday-Life, Rationality of Reason, Rationality of Intellect», op. cit., pp. 144-145.

[77] Aristóteles, *Generación de los Animales*, III, 760 b, 31.

[78] Rudolph Carnap, «Empiricism, Semantics and Ontology» en *Revue Internationale de Philosophie*, 4, 1950, pp. 20-40; y la magnífica revisión crítica que desde el marco

Es necesario rechazar todo este tipo de limitaciones apriorísticas de lo que haya de entenderse por experiencia y destacar, de principio, la multiplicidad de tipos de experiencia con referencia cada una de ellas a contenidos diversos de aquello que convencionalmente llamamos hechos[79]. Y ello aún más en el campo del derecho, en cuanto que éste «se inspira tanto más en la razón cuanto mayor es su sensibilidad a la experiencia, al inequívoco test de los datos empíricos»[80]. La experiencia jurídica, tiende a englobar el fenómeno jurídico en su multiplicidad. Esto nos conduce a que no tiene por qué existir una única experiencia, sino que lo que en realidad existe es un complejo tejido compuesto de diversas experiencias que no se confunden, sino que mantienen su distancia crítica en la imbricación dialéctica de sus presupuestos. En este sentido no habría solamente una experiencia jurídica descriptiva sino que, por un lado, organizaría los actos cognoscitivos mediante la representación de modelos (véase la definición del derecho natural como método englobante de tesis metaéticas y teorías racionales) que a la vez que prestan información sobre hechos, se incorporan a la praxis humana en cuanto que no constituyen duplicaciones innecesarias de las realidades.

Para Husserl todo momento de vida de conciencia tiene un horizonte que varía con la mutación de su conexión de conciencia y con la mutación de su fase de desarrollo[81], lo que viene a decirnos que un objeto no presenta solamente una *Abschattung* (o «perfil» en la terminología sartriana retomada del fundador de la fenomenología), sino que ese perfil puede ser analizado desde múltiples puntos de vista coincidentes con esa pluralidad de experiencias. Pues bien, en esa pluralidad, en esa mutación constante de los puntos de vista, incidentes -como veremos más adelante- en el hecho de la aplicación de la racionalidad interpretativa al campo de los valores jurídicos, nos topamos con una serie de elementos que no son percibidos de un modo inmediato, sino que el método tiene que posibilitar su entendimiento como parte integrante de esa misma experiencia jurídica. Así cuando nos acercamos a la fundamentación, interpretación y/o defensa de un valor jurídico reconocido como fundamental, de éste sólo vemos, en una primera aproximación, su contexto gramatical e incluso ideológico (investigando las deliberaciones parlamentarias), pero no sus interrelaciones con otros valores igualmente juridificados o que pugnan por ser reconocidos por el ordenamiento, ni sus implicaciones

---

de la propuesta ontológica le ofrece Ferrater en *Fundamentos de filosofía*, op. cit. pp. 58-62, 64, 67 y 72.

[79] Puede consultarse el ensayo de Ginsberg «Reason and Experience in Ethic», en *Essays in Sociology and Social Philosophy*, vol. III intitulado *Evolution and Progress*, op. cit. pp. 102 ss.

[80] V. Ferrari, «Presentazione» a Morris Ginsberg, *La giustizia nella società*, op. cit. p. XLII.

[81] Edmund Husserl, *Cartesianische Meditationen*, La Haya, 1950, II, 19; vid. Ib. Jean Paul Sartre, *El ser y la nada*, trad. de Juan Valmar, Losada, Buenos Aires, 1979, p. 252.

sociales e históricas que están por encima del mero acercamiento descriptivo al mismo.

Por ello mismo la experiencia jurídica, como estructuración de ese complejo múltiple de experiencias, no puede ser considerada unívocamente como un compuesto de estados subjetivos, sino que, al informarnos de hechos con incidencia social, requiere, en primer lugar, pautas formales adecuadas a la categoría social e histórica de su objeto; y, en un segundo momento, pautas materiales que propicien el análisis de situaciones fácticas[82]. Ahora bien, esta «protensión» *(das Protendierte husserliana)* de la experiencia hacia la totalidad, hacia la consideración englobante del objeto, choca inevitablemente con la misma multiplicidad y multivocidad tanto de éste como de los «horizontes» interpretativos. Para Merleau-Ponty «la creencia en la cosa y en el mundo no puede sino sobreentender la presunción de una síntesis completa y, sin embargo, esta plenitud se hace imposible por la naturaleza misma de las perspectivas a correlacionar, dado que cada una de ellas remite continuamente, a través de sus horizontes, a otras perspectivas...»[83], por lo que son precisas una serie de pautas que impidan que nuestra argumentación se eleve hasta el infinito sin encontrar nunca un punto de apoyo a esa racionalidad medios-fines que hemos considerado como operante dentro del marco del derecho natural; pautas que son concretadas por Elías Díaz en las *ideas* de «dignidad humana» y de «derechos humanos»[84] y que encuentran también un acercamiento en el concepto de *«moralidad crítica»* en Herbert L. A. Hart radicalmente opuesta a la legitimación de la normatividad por la mera aceptación de las mayorías[85]; pautas limitadoras que habría que conectar con la idea de la «praxis» como corrección

---

[82] Una vez que el intérprete asume el objeto de su investigación desde esta consideración de la experiencia, «reobra sobre la situación prestando atención a tales o cuales aspectos de la misma. En todo caso, las experiencias de que hablo no consisten únicamente en meros reflejos pasivos... esto es lo que hace que el conocimiento esté a menudo ligado a la acción, y hasta que pueda ser considerado como una especie de acción sobre el mundo», J. Ferrater Mora, *Fundamentos de Filosofía*, op. cit. p. 28.

[83] Maurice Merleau-Ponty, *Phenomenologie de la perception*, Gallimard, París, 1945, pp. 381-383.

[84] Elías Díaz, *Sociología y Filosofía del derecho*, op. cit. parágrafo 39, pp. 286 ss.

[85] H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*. Oxford University Press, 1963, y el ensayo de M. A. Cattaneo, «Il diritto naturale nel pensiero de H. L. A. Hart» en *RIFD* XLII (1965), p. 691. Moralidad crítica que conduce a la idea de un contenido mínimo de derecho natural, que el mismo Hart intenta plasmar desde su posición ambigua en *El concepto de derecho*, Edit. Nacional, México, 1980, 239-247. Esta idea puede verse, asimismo, pero en un sentido más preciso y mucho más desarrollado y actual, en Elías Díaz, *Sociología y filosofía del derecho*, op. cit. pp. 392-393, cuando habla del «Pluralismo crítico» en función de un «humanismo real».

de ese racionalismo crítico en función de la acción y la emancipación humanas[86].

Hablamos, ya para concluir, 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[87]. Con esto, dos ideas se encuentran en este plano metodológico: *el derecho natural* y *la democracia*. Para Foucault «una idea puede ser signo de otra no sólo por el hecho de que entre las dos puede establecerse un vínculo de representación, sino porque tal representación puede siempre representarse dentro de la idea representante»[88]. La idea *ilustrada* de derecho natural se puede considerar como signo de la de democracia en cuanto que ambas se coimplican en esa finalidad de racionalización social desde sus propios presupuestos. La metodología de la ciencia no tiene por qué ser considerada como algo separado u opuesto a la metodología política, tanto la democracia como el derecho natural no se configuran como teorías de salvación, ni de certidumbre. «La democracia en cuanto teoría... es la metodología, es decir, la teoría del conocimiento de la política en tanto que política desde el punto de vista de la garantía de la libertad y de la crítica políticas»[89].

Esta coimplicación entre el método formal de derecho natural y la idea amplia de democracia no debe conducirnos, sin embargo, a intentar justificar desde aquél algún tipo de orden acabado o último de la sociedad. Esta reserva, extendible a las afirmaciones de un Frosini acerca del derecho natural como supuesto de una estructura societaria abierta[90],

---

[86] Para un desarrollo de esta materia desde el punto de vista de la responsabilidad del científico, puede consultarse la obra de Hans Georg Gadamer, *La razón en la época de la ciencia*. (Trad. de Ernesto Garzón Valdés), edit. Alfa, Barcelona, 1981, pp. 41 ss.

[87] En palabras de Heinrich Busshoff como «autocontrol» de la ciencia con miras (no al estrecho marco del contexto de fundamentación del positivismo lógico) sino a la realización de la sociedad» en H. Busshoff, *Racionalidad crítica y política. Una introducción a la filosofía de lo político y a la teoría de la politología*, (vers. cast. de E. Garzón Valdés), Alfa, Barcelona, 1980, p. 71.

[88] Citado por Ludovico Geymonat, *Historia del pensamiento filosófico y científico* (equipo de trad. Juana Bignozzi, Juan Andrés Iglesias y Carlos Peralta), ed. dirigida por Eugenio Trías, Ariel, Barcelona, 1984, Vol. I, p. 449.

[89] Heinrich Busshoff, *Racionalidad crítica y política*, op. cit. p. 74.

[90] Como afirmó A. E. Pérez Luño, el derecho natural se presenta hoy «como una completa *Weltanschauung* jurídica que supone, por un lado, el punto de engarce y articulación entre el orden moral y el jurídico, y de otro, un acabado orden de la sociedad, orden social que en la feliz expresión de Frosini es *struttura di società aperta*»; Vid. A. E. Pérez Luño, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, op. cit. p. 82. La referencia

es imprescindible debido al uso ideológico-reaccionario que de esta justificación iusnaturalista se ha llevado a la práctica y con bastante frecuencia en los últimos tiempos.

Mantenemos que una sociedad democrática avanzada no puede basarse en una objetivación metodológica de tan escasa recurrencia como el derecho natural; como del mismo modo, rechazamos la confusión o identificación absoluta entre cualquier propuesta filosófica y los planteamientos político-sociales. Las mismas difilcultades, expuestas con claridad por Soriano Díaz[91], con que se enfrenta el legislador a la hora de justificar su postura antiiusnaturalista en el texto constitucional, proceden de esa confusión de planos; *una constitución, lo mismo que cualquier otra norma jurídica, no puede ser iusnaturalista, positivista, formalista, realista, etc., en cuanto que esos rótulos no indican realidades efectivas, sino «modos» de acercarse a las normas y a las proposiciones normativas*. La discusión acerca de la distinción entre «ley» y «derecho», el hecho de que en el texto constitucional se diga que ciertos valores son «inherentes» a la persona, la garantía del «contenido *esencial*» de los valores juridificados, etc., son aspectos que pueden ser objeto de múltiples interpretaciones pero nunca remitirán a una «realidad» trascendente al hecho fáctico de la norma, aun cuando ostenten un grado de generalización y abstracción mayor que el del resto de principios y normas específicas constitucionales.

Tanto la filosofía como el arte, más que a reificar situaciones, tienden a establecer puentes, mediaciones entre los polos de la dialéctica social, es decir, entre lo singular -expresado en las necesidades y expectativas concretas de la vida cotidiana- y lo genérico -formalizado en distintos niveles axiológicos y con un mayor o menor grado de institucionalización. Partir del modelo formal del derecho natural como protensión «filosófica» a la totalidad del fenómeno jurídico, obliga a plantearse dos cuestiones previas imprescindibles antes de dar por terminadas estas líneas, y que posibilitarán un entendimiento más certero de las relaciones entre tal modelo y la consideración del derecho desde la perspectiva totalizadora (claramente ontológica, en el sentido ya expresado por nosotros) de la experiencia jurídica.

-En primer lugar, si ese método, que hemos caracterizado como racional y crítico, pretende acercarse al derecho desde una - perspectiva totalizante y no metafísica, debe ser considerado como la mediación teórica y categorial entre los presupuestos de la singularidad y los de la genericidad. Esta mediación no debe únicamente ser considerada como una instancia intermedia, o sea como un mero vaso comunicante entre esas dos instancias de la realidad jurídica; más bien tendría que ser entendida, y siguiendo en esto la interpretación lukácsiana de la teoría hegeliana

---

es a la obra de V. Frosini *La estructura del derecho* (vers. cast. de A. E. Pérez Luño) Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974.

[91] Vid. R. Soriano «¿Es iusnaturalista la Constitución española de 1978?», op. cit. pp. 22-35 del original mecanografiado.

de las categorías, como el *centro* categorial, o lo que es lo mismo, el *locus* donde se establece una síntesis entre el «excedente cognitivo y cultural» que trasciende un tanto la inmediatez de la singularidad cotidiana, y el conjunto de valores hasta el momento institucionalizados y que gozan de validez jurídica.

Esta determinación del método como *centro* categorial, necesita de una consideración flexible y circunstanciada de las mismas categorías utilizables. Para el Lukács de los *Prolegomena* a la *Ontología del ser social*[92], estas categorías no serían más que formas de definir el ser, definiciones de existencia que sólo pueden ser entendidas en su concreción histórica actual; es decir, en su irreversible carácter procesual y cambiante. Todo tratamiento estático de las mismas sería un error de principio. El mismo desarrollo de la ciencia jurídica nos pone constantemente frente a resistematizaciones totales o parciales de las categorías tradicionalmente instituidas. Considerar al método como síntesis «central» de la realidad jurídica, implica que las generalizaciones desde él planteadas no consistan únicamente en una ampliación de la extensión de la teoría, sino, como ha sido puesto de relieve por el estructuralismo, como un replanteamiento total o parcial de las intenciones de la misma, o sea de la manera de interpretar y estructurar los fenómenos[93].

Esta flexibilización diacrónica y crítica de las categorías, exige un entendimiento «procesual» del ser del derecho, es decir, como una entidad social cambiante y mutable necesitada de conocimientos que lo contemplen en toda su complejidad. Esto conduce a que, tal y como planteara Hartmann en su *Ontología*, sea necesario partir, en dicho acercamiento procesual, del «complejo total», para poder analizar con más conocimiento de causa, los problemas de detalle. La experiencia jurídica reside precisamente en este modo de ver la realidad del derecho; pero requiere no olvidar las advertencias anteriores y, sobre todo, tener en consideración el segundo punto previo que consideramos necesario para un entendimiento virtual del método sujeto a estudio.

-Ese segundo paso reside concretamente en la exigencia de no olvidar en ningún momento el ineludible proceso de socialización a que asistimos; proceso que provoca la creciente complejidad del fenómeno jurídico en todas sus vertientes. Pues bien, esa complejidad ambiental no debe ser reducida ilegítimamente, es decir, ideológicamente, por el método de acercamiento. El hecho de las constantes interacciones entre los elementos parciales, o subsistemas del complejo total del derecho, junto al aumento de la frecuencia de resultados imprevistos, no debe hacer pensar en una autonomía ficticia de dichos subsistemas, o en una reducción ilegítima del fenómeno jurídico. Así, el derecho natural como

---

[92] György Lukács, *Prinzipienfragen einer heute möglich gewordenen Ontologie*, Magvetó, Budapest. 1976; citado por Cs. Varga *The Place of Law in Lukács World Concept*, Akadémiai Kiadó Budapest; 1985, pp. 190-192.

[93] Vid. Ludovico Geymonat, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, op. cit. vol. I, pp. 408-409.

instancia metodológica no-recurrente *debe* conservar, como resto teórico, el afán globalizador que predominó en todos los pensadores que desde él construyeron sus propuestas teniendo como base el bagaje crítico del pensamiento ilustrado: el *«totality approach»*, o enfoque totalizante del fenómeno desde el campo de la *experiencia jurídica*.

Nosotros pensamos desde la actualidad -y de ahí las reservas expresadas- que este «resto» sólo encontrará virtualidad en nuestra época si y sólo si cumple o se adapta a estas dos condiciones:

1.ª -Que el *total complex* desde el que se parta no se considere como una entidad separada que, encubierta bajo el manto de la «crítica al orden existente», superponga «metafísicamente» deseos a realidades fácticas.

2.ª -Que esa «totalidad» se considere siempre bajo el aspecto de la constante interacción de sus elementos parciales. La «tridimensionalidad» de lo jurídico, no implica, según esta condición, una consideración ontológico-fundamental del derecho, sino más bien un modo de acercamiento a lo jurídico desde diferentes perspectivas. Puntos de vista que, partiendo de su posible y deseable integración formal y práctica, posibiliten una visión apropiada y contemporánea del derecho.

Estas condiciones nos hacen ver, en primer lugar, que dichas perspectivas no tienen por qué ser reducidas a *tres*, sino a cualesquiera sean necesarias para entender la parcela de lo real en que nos ocupamos; y, asimismo, a partir de la base de que *todos* los elementos de la experiencia jurídica tienen la misma importancia en el análisis. La insistencia con que el iusnaturalismo tradicional traza distancias con las teorías formalistas del derecho no es sino otra consecuencia de la visión reduccionista de lo jurídico, por mucho que desde ella se quiera postular una visión generalizadora y universalizable de justicia. Es curioso observar cómo esa tensión entre lo formal y lo material se ha dado en el pensamiento jurídico socialista, en donde el «triunfo» de la revolución provocó un cambio radical en la contraposición mantenida entre la ideología del derecho natural y el necesario reforzamiento de la validez positiva del derecho postrevolucionario. Como ha puesto de relieve un jurista húngaro[94], la misma evolución social y económica producida tras las revoluciones burguesas ha traído consigo un proceso de racionalización formal en todas las áreas de la organización social. György Lukács tomó nota de esta tendencia y la criticó al considerar que toda racionalización formal provocaba el cerramiento del análisis a los contenidos latentes del mismo. Es posible pensar con Lukács que esta racionalización conduzca a la absolutización de lo formal, pero en el área concreta de lo jurídico, lo formal, los aspectos de validez jurídica, tienen un papel positivo y tienen que ser considerados como condiciones necesarias de la misma existencia del derecho.

---

[94] CsabaVarga, «Rationality and the Objectification of Law» en *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, LVI, 4, 1979.

Estamos aquí ante un caso típico de reduccionismo, desde el que se pretende observar a la totalidad del fenómeno totalmente separada de los elementos parciales que la integran. Como afirma Agnes Heller, en discusión latente con su maestro, lo formal en el derecho puede entenderse como una necesidad, como una expectativa social de ver institucionalizadas jurídicamente sus propuestas. No hay una separación entre lo formal y el contenido. La racionalidad de lo formal procede precisamente de que el contenido de las normas jurídicas hacen racional tal proceso institucionalizador[95]. Cualquier separación entre ambos niveles, absolutizando con ello el «total complex», conduce a un abandono de la experiencia jurídica y, como decimos, a una reducción ilegítima e ideológica de la complejidad de la misma.

Creemos que, con este conjunto de reservas y advertencias, que no hacen sino retomar el derecho natural en la actualidad y despojado de sus cargas metafísico-reaccionarias, puede colegirse la posible virtualidad de aquél en el análisis jurídico de nuestros días. Sin embargo, un tema es necesario abordar, con la mayor brevedad posible, para agarrar un poco más nuestras conclusiones.

Se está intentando argumentar, desde diferentes opciones intelectuales y de política universitaria, la virtualidad de la ética jurídica como sustitución eficaz del periclitado y conservador iusnaturalismo. En principio habría que decir que estamos de acuerdo con la «necesidad» de interdisciplinariedad, pero no en la «sustitución» de unas temáticas por otras. La ética, como conocimiento riguroso de la moral y las normas sociales, puede compartir, dependiendo del método utilizado, la característica de cientificidad de cualquier otra ciencia social[96]. Dicho paradigma teórico ostenta dos facetas perfectamente separables, aun cuando no siempre diferenciadas argumentalmente. En primer lugar, la ética se dedica a «describir» los mecanismos psicosociales de la conducta humana, es decir, nos evidencia el/los porqué/s de nuestra actuación cotidiana en relación a las normas y reglas de la convivencia; y, en segundo lugar, puede establecer las pautas de la conducta deseable en cada contexto histórico-social. Tanto la faceta «descriptiva» como la «normativa» pueden servirnos para *justificar* los valores sociales, apoyándolos o rechazándolos, y, asimismo, a *explicitar* el cambio y trasmutación constante de los mismos. Y estas dos facetas muy bien pueden ser realizadas con la rigurosidad del método científico.

Ahora bien, cuando esos presupuestos del paradigma ético quieren verterse sobre algún objeto concreto de lo social; o sea cuando nos topamos con lo que se denomina «ética aplicada», se ve la necesidad de que actúe sobre la misma una «metaética» o filosofía científica de la ética.

---

[95] «The formal is rational because the content makes it rational, or at least codetermines its rationality», vid. Agnes Heller «Everyday Life, Rationality of Reason. Rationality of Intellect», op. cit. p. 219.

[96] Vid. Mario Bunge *La investigación científica*, op. cit. cap. 1.º «El enfoque científico», pp. 19-63.

Esta metaética se preocuparía de una consideración rigurosa y «conjunta» de los problemas lógicos, semánticos, metodológicos y ontológicos que surgen cuando se intenta dicha aplicación concreta. Desde este punto de vista, muy bien podría justificarse la inserción de la «ética jurídica» como una parte más de la filosofía del Derecho, al lado de una «teoría del derecho», una «teoría general del derecho», una «teoría de la ciencia jurídica», y una «teoría de la justicia». El papel de aquella metaética no consistiría sino en propiciar la interconexión entre todas estas esferas, posibilitando, en el caso de la «ética jurídica», un mayor acercamiento de la misma a la realidad teórica y práctica de los diferentes ordenamientos jurídicos.

Esta metaética, o método globalizador, tiene que gozar de una flexibilidad y grado de generalización adecuados, para propiciar un entendimiento global de la estructura normativa: i. e. validez y eficacia; y que, a la vez, posibilite cierto juego o inconsecuencia en la aplicación e interpretación de las mismas: i. e. justicia y racionalidad. «Las normas, lo mismo que los enunciados de leyes científicas, se refieren a casos ideales (normales). Así, p. e., la célebre regla de oro, «haz a los demás lo que deseas te suceda a ti mismo», no debe exigirse a individuos con impulsos suicidas. Una ética puramente formal o descarnada, que olvide las circunstancias concretas, puede ser más dañina que la falta de un sistema coherente de normas normales»[97]. Pensamos, claro está, que el derecho natural basado en la experiencia jurídica, puede servir de metaética que haga virtual la aplicación de la ética al derecho, y sirva de perspectiva globalizadora totalizante en relación a las diferentes partes de que se compone la filosofía jurídica.

Ahora bien, esto no debe conducirnos a una reducción de toda filosofía jurídica a metodología; este hecho, tal y como ha ocurrido en diferentes corrientes del pensamiento contemporáneo, terminaría por hacernos olvidar algunos de los problemas más importantes de la filosofía actual, «en primer lugar sobre el concerniente a la elaboración de una imagen -coherente si bien no absoluta- del universo»[98]. Imagen o concepción del mundo que aún hoy puede considerarse desde el punto de vista de la filosofía ilustrada como «proyecto incompleto de modernidad»[99]. Este «proyecto» puede ser puesto en práctica desde los

---

[97] Mario Bunge, *Ética y ciencia*, Siglo XX, Buenos Aires, 1972, p. 80.

[98] Ludovico Geymonat, op. cit. Vol I, p. 17.

[99] Vid. Jürgen Habermas «La modernidad, un proyecto incompleto», en H. Foster, J. Habermas, J. Baudrillard y otros *La Posmodernidad* (Selección y Prólogo de Hal Forster, trad. de Jordi Fibla) Kairós, Barcelona, 1985, pp. 19-36. Como afirma Habermas, del proyecto de la Ilustración sólo han quedado fragmentos atomizados que, si bien han destruido la razón sustantiva y metafísica, han acabado, del mismo modo, por plasmarse en posiciones dicotómicas justificadoras de acciones terroristas -estética de la política, absolutización de un dogma, rigorismo moral- o de la intromisión solapada de una razón de Estado subterránea y experto-burocrática.

presupuestos teóricos de una objetivación metodológica que él mismo posibilitó en sus orígenes: el derecho natural; pero, siempre y cuando, desde dicha perspectiva no se establezca una fractura insalvable entre el discurso filosófico y científico, o se cierren caminos a la comunicación intersubjetiva desde algún a *priori* trascendental -obstáculos procedentes de una tradición iusnaturalista antiilustrada-.

La filosofía y la filosofía jurídica tienen papeles que cumplir en el mundo contemporáneo; papeles de mediación entre las dicotomías teóricas, científicas, y políticas, a través de un desvelamiento de las hipótesis superpuestas al discurso racional. La filosofía jurídica, impulsada por el «resto» ilustrado del método iusnaturalista actual, puede mediar entre la tradición y el presente, distanciándose del modelo de comunicación dominante, desvelando los motivos e impulsos que hundieron en lo irracional a conductas que aún hoy siguen siendo efectivas. Desde este método crítico y generalizador podría ponerse en práctica esa «impotencia» activa que K.O. Apel predica de la filosofía como algo aún no realizado ni superado, manteniendo «... en la forma de *discurso teórico* la anticipación contrafáctica del consenso ideal entre todos los hombres»[100].

Como decimos, uno de los métodos operativos para esta concepción de la filosofía, *puede ser* el del derecho natural, aun cuando su uso terminológico presupone hoy en día un rechazo visceral. Igual ocurrió hace años con los términos de «ontología» y de «virtud», y ahora vienen siendo rehabilitados, aunque reinterpretados desde las nuevas circunstancias y condicionamientos. Descartes afirmaba que toda polémica entre filósofos se resolvería con un ponerse de acuerdo en el uso de los términos empleados en la misma; si el de derecho natural es rechazable desde el punto de vista de la filosofía jurídica actual, busquemos otro que cubra las mismas realidades y se remita al mismo proyecto incompleto de modernidad y racionalidad; si aún no existe, utilicémoslo, pero se haga lo que se haga, hágase teniendo en cuenta el conjunto de reservas y precauciones que todo uso de un concepto «tradicional» requiere.

El único modo de remediar tal atomización y pérdida de sentidos globales propiciadores de la reificación de la praxis cotidiana, es, como mantiene Habermas, «...creando una libre interacción de lo cognoscitivo con los elementos morales-prácticos y estéticos-expresivos»; si partimos de ese empeño globalizador del proyecto ilustrado, sólo mediante un entendimiento unitario de los sistemas objetivacionales, de la moralidad crítica y el derecho en democracia, es como podremos llegar a ser capaces de «*desarrollar instituciones propias* que pongan *límites* a la dinámica interna y los imperativos de un sistema económico casi autónomo y sus complementos administrativos» vid. Habermas, op. cit. pp. 31-34 (subrayado nuestro).

[100] K. O. Apel *La transformación de la filosofía* (vers. esp. de Adela Cortina, Joaquín Chamorro y J. Conill), Taurus, Madrid, 1985, Volumen I, p. 10.

N O T A S

LOS DEBERES FUNDAMENTALES *

A) *El Origen Histórico.*

El concepto de deber aparece en la historia en el ámbito ético y religioso. Como otros muchos conceptos jurídicos su origen es inseparable de la dimensión religiosa como era en los primeros tiempos todo el Derecho (Fustel de Coulanges).

La influencia decisiva de la idea de deber en el Derecho se empezará a producir a partir del tránsito a la modernidad con la aportación del estoicismo al humanismo jurídico primero y al iusnaturalismo racionalista después (Villey).

Ya en Roma el estoicismo había influido en Cicerón y a su través conceptos morales se habían trasladado al ámbito jurídico. Su tratado sobre los deberes (De Officiis) será clave en ese sentido para la recepción en el Derecho moderno del concepto de deber. El contexto social, político, económico y cultural a partir del siglo XVII, favorecerá el trasvase desde el ámbito moral al jurídico. El individualismo en una situación fundamentalmente antropocéntrica orientará al Derecho desde su búsqueda en las relaciones objetivas, lo que es justo en cada caso (concepción medieval), a la actitud del individuo ante las normas. Los deberes serán consecuencia de este nuevo punto de vista.

Ya la Reforma protestante aplicará una moral estricta, donde las prescripciones de la Ley judía, referentes al comportamiento social, se convierten en norma. Así la obligación de trabajar, el respeto y la lealtad a lo pactado, el deber de respetar la propiedad (Calvino). Pero será con el humanismo jurídico cuando la influencia de Cicerón incorporará el tema de los deberes al Derecho. El contenido de lo justo empezará a coincidir con el cumplimiento del deber por el individuo (De República, Cicerón). Entre las inclinaciones del hombre que son exclusivamente suyas están deberes centrales como no dañar a nadie, no impedir a nadie conservarse, vestirse, enriquecerse, estar al servicio de los demás y también no robar y no faltar a la palabra. En un proceso complicado, vinculado al interés de la burguesía en la orientación del Derecho se pasará del deber de no robar al Derecho de propiedad y del cumplimiento de las promesas al contractualismo moderno.

Este punto de vista influirá en el humanismo jurídico y en el iusnaturalismo. Se hablará del deber de sociabilidad, y de los deberes de no dañar a los demás, de restituir lo ajeno, de mantener la palabra, de reparar el daño y se añade que la violación de esas reglas merece castigo, incluso

* Este trabajo es la segunda parte de la voz «Diritti e Doveri Fondamentali», enviado en italiano para ser publicado en la nueva edición del Novissimo Digesto.

de los hombres (Grocio). El deber pasa de la moral al Derecho y ya se encuentra el rasgo del castigo como elemento identificador.

Así, ya en el iusnaturalismo racionalista se llamará deber a una acción humana exactamente conforme a las Leyes que imponen la obligación (Pufendorf) y se desarrollarán los aspectos que generan ese vínculo de hacer o no hacer.

De estos deberes de los hombres (no hacer daño a nadie y reparar el daño causado, considerarse como naturalmente iguales, contribuir a la utilidad de los demás, cumplir con la palabra dada, no enfadar a nadie, cumplir los compromisos, respetar la propiedad, etc.) surge el sistema de Derecho natural y el concepto de derecho subjetivo.

Ya con Hobbes, con un sistema intelectual similar el primer deber real de todo súbdito será obedecer al Derecho positivo. El deber será el cumplimiento del mandato de aquel cuyo mando se dirige a alguien previamente obligado a obedecer. En definitiva la única función del Derecho Natural será legitimar la obediencia al Derecho positivo y éste será la fuente de la obligación (Bobbio).

Con Kant se llegará a una ética de los deberes y a su distinción respecto de los deberes jurídicos. Así la legislación que convierte una acción en obligatoria y que a su vez hace de esta obligación el motivo del obrar es ética. Cuando esto no es así, y el deber permite un motivo del obrar distinto de la obligación misma, estamos ante una obligación jurídica. Así las obligaciones derivadas de la legislación jurídica sólo pueden ser obligaciones externas, las derivadas de la legislación ética se generan por acciones internas.

La afirmación de que los deberes jurídicos derivan de la existencia de una norma jurídica que los establece, empezará a tomar cuerpo en el origen de la crisis del iusnaturalismo a finales del siglo XVIII y se consolidará a partir del siglo XIX.

b) Cuando los deberes se incorporan al Derecho positivo, especialmente al nivel superior, paralelos a los derechos fundamentales, lo hacen desde posiciones moderadas que pretenden limitar los efectos de los derechos como levadura revolucionaria.

Ya en la voz «Súbditos» de la Enciclopedia se dividen los deberes en generales y particulares derivados del estado y situación del súbdito. Puesto que todos los súbditos tienen en común que están sometidos a un mismo soberano y gobierno, de esas relaciones derivan los deberes generales. Quizás en esta identificación se encuentra la raíz del concepto de deberes fundamentales, como aquellos que derivan de la relación del súbdito con el poder soberano. Posteriormente los deberes fundamentales no serán sólo del súbdito, sino que con el sometimiento del gobernante al Derecho y con la aparición del Estado social, se podrá hablar también de deberes fundamentales de los poderes públicos.

Entre estos deberes generales distinguirá la Enciclopedia aquellos que relacionan a los súbditos con los gobernantes, con el cuerpo político en general y con los individuos que son ciudadanos.

Por otra parte, los deberes particulares derivan de los diferentes empleos y posiciones que ocupan dentro del Estado y de las diversas profesiones que ejercen.

Esta relación entre derechos y deberes se extiende a obras como la de Mably (De los derechos y de los deberes del ciudadano, 1758) aunque luego no encontremos en su interior una auténtica teoría de los deberes.

En los orígenes de la revolución francesa las declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y de 1793, esta última con influencia jacobina y especialmente de Robespierre, no se refieren a los deberes. Sin embargo, la Constitución del año III, 1795, sí que contiene una declaración de deberes.

Esto se entiende en una situación más moderada tras la caída de Robespierre, en la toma del poder por los termidorianos. Estos tenían serias discrepancias con la Constitución «montagnarde» de 1793, que nunca entró en vigor, y especialmente con sus derechos sociales.

Mucho más influida por Montesquieu, y huyendo de la influencia de Rousseau, la Constitución abandona el sufragio universal e incluso se discute por algunos miembros de la Convención, la necesidad de una declaración de derechos, que podía servir de punto de referencia a las aspiraciones democráticas y revolucionarias. Se eliminaron algunas expresiones de 1789 como «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos». En este contexto se sitúa la declaración de deberes (9 artículos) donde se afirma que «la declaración de derechos contiene las obligaciones del legislador; el mantenimiento de la sociedad exige que los que la componen conozcan y cumplan igualmente sus deberes» (art. 1.º). Son sólo deberes de los ciudadanos no de los gobernantes.

Los deberes parten de los principios de no hacer a los demás lo que no queremos que nos hagan a nosotros, y hacer el bien que quisiéramos recibir (art. 2.º). Así se debe servir a la sociedad, vivir sometido a las leyes y respetar a sus órganos, mantener y respetar las propiedades, y defender a la patria y a sus principios de libertad, de igualdad y de propiedad cada vez que se sea llamado a ello.

En esta primera ocasión en que se positivizan los deberes se hace al servicio de una sociedad que desconfía de la libertad y de la soberanía popular, que defiende los intereses de los propietarios y como contrapeso de una Declaración de derechos debilitada en relación con 1789.

Este rasgo de desconfianza en los derechos y en los componentes progresistas de la libertad, se expresará en la organización política de los Estados autoritarios (Italia, Alemania, Portugal y España) que recogerán también más los deberes de los ciudadanos respecto al poder que sus derechos.

Pero los deberes fundamentales se incorporarán también a la cultura jurídica en textos Constitucionales más progresistas, aunque, como en el caso de la Constitución Francesa de 1848, sólo a través del preámbulo que carecía de carácter normativo.

Es importante que los deberes se planteen como deberes recíprocos de los ciudadanos respecto a la República y de la República respecto de los ciudadanos (V). Entre los primeros se señala el amor a la Patria, el servicio y la defensa de la República, la participación en los cargos públicos en proporción a la fortuna, el deber del trabajo y de obediencia a las normas morales y jurídicas (VI). Por su parte la República debe proteger al ciudadano, en su persona, su familia, su religión, su propiedad,

su trabajo, ofrecen la educación indispensable a todos los hombres, procuran asistencia sea por medio de trabajo, sea protegiendo, en defecto de la familia, a quienes no lo tienen (VII).

La Constitución se establece para cumplir esos deberes y para garantizar esos derechos.

En el constitucionalismo posterior, con independencia del carácter progresista o moderado del texto de que se trate, se incorporan los deberes fundamentales de los ciudadanos, especialmente los que se refieren al sostenimiento de las cargas públicas (deber de pagar los impuestos) y a la defensa de la nación (deber de prestación del servicio militar). Así la Constitución de Weimar (art. 120, 132, 133, 134, 163) y la española de 1931 (arts. 37, 43, 46, 48, 115). En la actualidad encontramos esos deberes fundamentales en la Constitución Italiana (arts. 2, 4, 30, 34, 48, 52, 53, 54); en la Alemana (6.2, 12a, 33.1), en la portuguesa (parte I) y en la Española (arts. 3, 27.4, 30, 31, 32.2, 35.1, 39.3, 118, 139) entre otras.

Los deberes fundamentales lo serán también de los poderes públicos, de los órganos y de los funcionarios a partir de la entrada en juego de dos criterios.

1) En primer lugar el Estado de Derecho, el sometimiento de los gobernantes a la Ley, con la superación del principio «princeps a legibus solutus», propio del Estado absoluto y de la inicial concepción de la soberanía en Bodino, supone que las normas jurídicas regulan también el origen, la organización y el funcionamiento del poder. De este principio general se deduce la posibilidad de que los poderes públicos sean titulares de deberes jurídicos, y, en este caso, de deberes jurídicos fundamentales.

2) En segundo lugar el paso del Estado liberal al Estado social de Derecho atribuirá unas funciones positivas al poder público para la satisfacción igual de las necesidades humanas básicas. Es conocido este proceso y sólo se debe consignar que una serie de deberes de prestación de servicios son consecuencia de esas funciones que se asumen por las instituciones y que a veces esos deberes son consecuencia de derechos de crédito de los ciudadanos cuyo ejercicio desencadena el deber de la prestación.

No estamos ya sólo ante el deber negativo de abstención en la esfera de autonomía garantizada por los derechos individuales, ni siquiera ante el deber de aceptar la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad del poder, sino ante un deber positivo que exige la realización de acciones.

Los textos constitucionales actuales (con precedentes que arrancan de 1848) recogen estos deberes fundamentales de los poderes públicos. Así la Constitución Italiana (arts. 2, 3, 9, 30, 31, 32, 34, 35, etc.) o la española (arts. 9.2, 27, 3, 5 y 9, 39, 40, 41, 42.2, 44, etc.).

Hay que señalar por fin que también alguna Constitución actual establece el sometimiento recíproco, de gobernantes y gobernados al Derecho, es decir el deber de obediencia a las normas jurídicas, problema muy discutido y al que nos referimos más adelante. Así la Constitución Española donde se afirma que «los ciudadanos y los poderes públicos

están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico (art. 9-1). Otras Constituciones afirman sólo la obligación general de obediencia respecto a los ciudadanos (Constitución Italiana art. 54) mientras que en otras se afirman vinculaciones de partes del Ordenamiento, también para los poderes públicos (Ley Fundamental de Bonn, art. 1.3).

B) *Concepto de Deberes Fundamentales.*

a) Como se desprende del panorama histórico, el concepto de deber ha sido decisivo junto con la identificación del Derecho con Ley, para la formación del Derecho moderno. También lo es en importantes doctrinas contemporáneas (Kelsen, Scarpelli).

La identificación del deber jurídico y su distinción del deber moral es imprescindible para aclarar el sentido del término deber fundamental.

Descartamos aquellas posiciones, como las del realismo escandinavo, que desvalorizan el concepto de deber jurídico al que se atribuye una función ideológica (Ross) un sentido ideal, una idea referida a su poder sobrenatural (Hägeström) o simplemente la consideración de una quimera que debía ser excluida del discurso científico (Lundstedt) o que carece de referencia fáctica y que no significa nada en absoluto (Olivecrona).

Se han producido importantes aportaciones a lo largo de la historia de la cultura jurídica reciente para acotar el concepto de deber jurídico (Bellagio 1965), e incluso en una de ellas se ha ensayado una tipología de las principales teorías de la obligación jurídica según el modo con el que se ha intentado definir el concepto de deber y según la posición que se ha atribuido al concepto de deber en el sistema de los conceptos jurídicos (Bobbio).

El concepto de deber jurídico que utilizamos es el que han propuesto filósofos y teóricos del Derecho, es decir, el que pretende estipular un uso para el concepto; válido para cualquier Ordenamiento, y en concreto para acercarnos después al concepto de deberes fundamentales. No describimos el uso del término que se hace en los diferentes Derechos positivos, ni tampoco su utilización en la ciencia jurídica, con referencia a un lenguaje de un sistema jurídico concreto.

Bentham usará una definición predictiva al señalar que tener un deber significa que la persona que se encuentra en esa situación, si no se comporta como aquel establece, sufrirá un mal (un dolor, una falta de placer). Esta probabilidad de sufrir un mal si se omite un deber (sea de hacer o de no hacer) será jurídica cuando el sufrimiento es infligido por un funcionario de acuerdo con el Derecho.

Una posición parecida se encuentra en Holmes, para quien obligación y deber jurídico no es sino la predicción de que si una persona realiza o deja de realizar ciertos actos deberá sufrir la sanción de un Tribunal de Justicia.

No es sin embargo una aproximación útil porque muchas veces se tiene una obligación y no se sufre ningún mal si se incumple (no se es descubierto, condenado o penado), o a veces uno se ve obligado a hacer algo bajo amenaza de un mal y no estamos ante un deber jurídico (el ladrón que amenaza para robar). La distinción entre «se ve obligado a

hacer algo» y «tenía la obligación de hacerlo» (Hart) es esclarecedora para señalar lo improcedente de esta aproximación predictiva al deber jurídico, propia del utilitarismo, de gran influencia en la cultura anglosajona.

Un segundo modelo a considerar es el de Kelsen, asimismo de gran influencia en la cultura continental. Coherentemente con el conjunto de su teoría vinculará obligación con sanción, puesto que una conducta sólo puede ser ordenada jurídicamente en forma objetiva y en un deber atribuible a alguien, si una norma jurídica imputa a la conducta contraria un acto coactivo como sanción. Tiene un deber y está jurídicamente obligado el individuo que puede cometer con su conducta un acto ilícito, pudiendo así producir la sanción, y a su vez puede evitar la sanción realizando la conducta opuesta, que es el contenido de su deber. (Teoría pura del Derecho). Esta aproximación al concepto de deber jurídico dificulta la construcción de una teoría de los deberes fundamentales para los órganos funcionarios o instituciones del máximo nivel, puesto que a la conducta contraria a la que supondría su deber fundamental, no está en esos casos imputada por una sanción.

Hay una diferencia entre el modelo de Bentham Austin, Holmes (predictivo) y el modelo de Kelsen (normativo), pero en ambos es central la idea de sanción y la coactividad del Derecho (Carrió). La solidez interna y la trabazón lógica del sistema Kelseniano a veces le distancia de la realidad, y le impide, para ser coherente, ser útil. Deslumbra pero no ilumina.

La concepción de Hart es el tercer modelo que vamos a considerar.

Parte de la crítica a las posiciones predictivas, puesto que la existencia de un deber jurídico puede no coincidir con la existencia de una sanción a causa de la desobediencia. Por otra parte, el deber jurídico se basa en normas previas y en ese caso su desobediencia no sirve sólo para predecir la existencia de sanciones, es también la razón que legitima esa sanción.

Parte Hart para identificar a un deber jurídico de la existencia de normas que permiten fundar la obligación y consiguientemente enjuiciar el comportamiento del obligado:

1) Para que la norma imponga obligaciones debe existir una exigencia general en favor de la conformidad y ésta ser insistente y la presión social respecto a las actitudes desviantes debe ser grande. Aún así no basta para sostener la existencia de un deber jurídico (puede ser moral o de etiqueta o cortesía).

2) Es preciso además que la norma sea considerada importante y necesaria para la preservación de la vida social.

3) Es normal además que la conducta exigida por el deber, aunque sea beneficiosa para otros, pueda implicar sacrificio y renuncia para el titular del deber.

4) La norma debe otorgar competencia para la exigencia del cumplimiento del deber a los poderes públicos (Derecho penal) o dejar a un particular que pueda optar entre exigir o no el cumplimiento (Derecho civil).

Insiste también en este caso en su distinción entre el aspecto interno y externo de las normas. Desde el punto de vista interno se entiende la

manera en que las normas funcionan como tales en la vida de los que forman esa sociedad y usan esas normas. Los operadores jurídicos y los ciudadanos usan esas normas como guía para organizar la vida social. La violación de una norma que establece un deber no es sólo la base para la predicción de una sanción, sino una razón para justificarla. Es necesaria la aceptación efectiva como actitud normativa de los usuarios de las normas.

5) En un sistema jurídico moderno los deberes jurídicos necesitan junto a las normas que los recogen (normas primarias) otro tipo de normas que establecen la competencia para determinar si se ha transgredido una norma primaria y para aplicar en su caso una sanción (es el tercer tipo de normas secundarias llamadas por Hart normas de adjudicación).

b) Con estos antecedentes se puede estipular un concepto de deber jurídico presupuesto necesario para hablar de deberes jurídicos fundamentales:

1) El deber jurídico existe con independencia de que el deber de que se trata haya tenido previamente o no una dimensión moral (el deber de no injuriar o calumniar y el deber de conducir por la derecha son ambos deberes jurídicos de origen distinto). Sólo el deber jurídico será relevante, igual que el derecho subjetivo, la libertad, la potestad o la inmunidad para el Derecho, con independencia de la influencia o de la presión que pueden producir aquellas dimensiones morales que engendran obligaciones a ese nivel, y de la posibilidad de que se conviertan en obligaciones jurídicas. Todo esto sin perjuicio de que esa influencia de la moralidad pueda orientar las decisiones de los operadores jurídicos.

2) El deber jurídico tiene que estar reconocido por una norma perteneciente al Ordenamiento. Eso supone su creación de acuerdo con la norma de identificación de normas que establece los órganos competentes y los procedimientos adecuados para crear normas y el apoyo del sistema en el poder -hecho fundante básico- entendido como conjunto de instituciones, poderes, operadores jurídicos y ciudadanos que creen en los valores que sustentan ese ordenamiento, que participan en su formación, que apoyan y aceptan su norma de identificación de normas y que usan las normas que contiene. Entre ellas las que establecen deberes jurídicos. Este requisito incluye todos los que Hart considera imprescindibles.

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. A veces los deberes positivos pueden ser incentivados a través de una sanción positiva o premio.

Pero pueden existir deberes cuyos titulares no puedan ser sancionados en el sentido clásico del término (como los poderes del Estado. Así el ejecutivo tiene la obligación de presentar los presupuestos ante las Cámaras antes del 1.º de octubre en España y no existe sanción si lo incumple). Si vemos el problema desde el punto de vista del Ordenamiento en su conjunto existen actuaciones jurídicas que en esos supuestos pueden suplir a la sanción en sentido estricto. (Así el control político en el Parlamento: voto de censura contra el gobierno que incumple el deber de presentar

los presupuestos en el tiempo previsto, o pérdida de votos del partido del gobierno en las elecciones por el rechazo del electorado ante el incumplimiento de ese deber de presentar los presupuestos en el plazo debido).

4) En la Teoría del Derecho a partir de Hohfeld, deber jurídico es correlativo de derecho subjetivo y opuesto a libertad.

Los deberes correlativos al derecho subjetivo pueden ser positivos si consisten en un hacer, o negativos si consisten en no hacer u omitir. Se tiene un deber cuando alguien tiene el derecho de exigir un comportamiento o la omisión de un comportamiento. Se tiene asimismo un deber cuando no se tiene libertad, es decir, cuando no se puede impedir que otro exija un comportamiento o la omisión de ese comportamiento. Si alguien no tiene la libertad de hacer algo es porque tiene el deber de no hacerlo. Hay que afirmar que existen deberes jurídicos que no tienen como correlativo un derecho subjetivo (los deberes respecto a los animales, y muchos deberes fundamentales, el deber de la educación, por ejemplo).

c) Los deberes jurídicos se pueden clasificar con arreglo a muy diversos criterios:

1) Pueden ser específicos si su correlativo es el derecho subjetivo de una persona concreta (el titular de un crédito que se debe pagar por el deudor) y genéricos si no tienen como correlativo un derecho subjetivo de una persona concreta, sino el derecho subjetivo de cualquier persona que se encuentre en una determinada situación (el deber de asistencia a una persona herida o accidentada).

2) Pueden ser positivos si consisten en hacer, y negativos si consisten en no hacer o en soportar determinadas conductas.

3) Por su forma de producción normativa pueden ser creación del Derecho legal (lo más habitual) o del Derecho judicial (en el supuesto que Dworkin recoge del deber de no beneficiarse del propio hecho delictivo en el caso Riggs V. Palmer).

4) Por el sujeto titular pueden ser del individuo, de las comunidades sufraestatales (familia, partidos, sindicatos) y de los Estados (en la esfera interna o en la esfera internacional).

d) Con todas estas precisiones podemos estipular el uso del concepto deberes fundamentales como 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 afectan 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.

El ejercicio de un deber fundamental no reporta beneficios exclusivamente al titular del derecho subjetivo correlativo, cuando existe, sino que alcanza una dimensión de utilidad general, beneficiando al conjunto de los ciudadanos y a su representación jurídica, el Estado.

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. Será difícil

encontrar una raíz moral al deber de contribuir con la prestación personal en el ejército por medio de las armas, al servicio al país. Incluso para las modernas corrientes defensoras de la objeción de conciencia se pueden encontrar argumentos morales contra ese deber.

C) *El Contenido de los Deberes Fundamentales.*

a) En el propio origen del sistema político moderno podemos encontrar la raíz de algunos de los deberes fundamentales actuales. La justificación contractualista clásica construida sobre una ficción racional (Pufendorf, Hobbes, Locke, Rousseau, Kant), pese a las diferencias entre esos autores, permite la elaboración de una teoría de los deberes fundamentales que ha sobrevivido hasta nuestros días. A ella se debe añadir el renacimiento del contractualismo en la actualidad desde posiciones también muy plurales (Rawls, Nozick, Buchanan, Habermas) que no permiten hablar de un solo neocontractualismo (Vallespin).

Una construcción racional desde estas corrientes contractualistas permite justificar la existencia de un modelo de deberes recíprocos en el propio origen de la sociedad política y del Estado, en una situación comunicativa ideal. Los deberes serán de los ciudadanos y de los gobernantes y se explican entrelazando el origen del poder y su función y el papel que los ciudadanos desempeñan.

El poder, el Estado es aceptado y consentido por la persona para la seguridad de todos, la salvaguardia y desarrollo de la comunidad y la protección de los derechos de la persona. Con esa finalidad los hombres se unen en sociedad y se sitúan bajo la protección del Estado.

El deber del poder político, de las instituciones, de los operadores jurídicos, será procurar esa salvaguardia de la seguridad de la libertad y de la igualdad y el deber de los ciudadanos de una sociedad así constituida, y donde ellos pueden participar en la elaboración de esos fines, será el de obedecer al Derecho consecuencia de la acción del poder político.

Desde su punto de vista Rawls (Teoría de la Justicia) justifica también el deber de gobierno y el deber de obediencia por medio del primero de los deberes naturales que él establece, el deber positivo de justicia porque «si la estructura básica de la sociedad es justa, o todo lo justo que es posible esperar dadas las circunstancias todos tienen un deber natural de hacer lo que se les exige». A través del deber de gobierno se persigue una sociedad justa y ello genera el deber de obediencia de las normas de esa sociedad justa. El deber de gobierno, tal como aquí lo hemos caracterizado, trae como consecuencia la legitimidad del sistema y supone que «la pretensión que acompaña a un orden político de ser reconocido como correcto y justo no está desprovista de buenos argumentos. Legitimidad significa el hecho de merecimiento de reconocimiento del ejercicio del deber de gobierno como correcto y justo.

Para Hart la justificación del deber de obediencia deriva del contenido mínimo de Derecho natural: «algunas generalizaciones muy obvias referentes a la naturaleza humana y al mundo en que los hombres viven...; en la medida en que sigan siendo verdaderas, hay ciertas reglas

de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable...». Estas que se refieren a la restricción del uso de la violencia que se traduce en matar o en causar daños corporales, a una igualdad aproximada que exige un sistema de abstenciones o concesiones mutuas (base de la obligación moral y jurídica) un altruismo limitable que exige también un sistema de abstenciones mutuas, unos recursos limitados que hacen indispensable alguna forma mínima de propiedad (aunque no necesariamente de propiedad individual), y una garantía por medio de sanciones centralmente organizadas, de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen.

Sólo con este contenido se puede justificar el deber de obediencia porque sin él no sería posible llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombre tienen al asociarse entre sí.

Se puede también justificar el deber de gobierno con el punto de vista de Hart como el que corresponde al poder, y es esperado por los hombres al asociarse, de realizar estos objetivos que hacen viable la sociedad.

Los deberes de gobierno y de obediencia al Derecho pueden ser calificados de fundamentales, puesto que están en el origen, en la justificación y en el funcionamiento viable y posible de una sociedad política. Tienen una indudable dimensión racional, aunque también la historia ha modulado su sentido y su perfil en cada tiempo histórico.

En los orígenes del Estado liberal el deber de gobierno se concretaba a través del Derecho en la realización de las funciones de garantía de la acción de los particulares y de represión de las violaciones de ese orden garantizador. En el Estado social, se añade a esas funciones la función promocional (Bobbio) como acción positiva de los poderes públicos para satisfacer las necesidades básicas de los hombres. Eso supone que el deber de gobierno más unitario y concentrado y fundamentalmente planteado como deber negativo, se descompondrá en una serie de deberes positivos vinculados a la satisfacción de derechos de crédito (principalmente económicos, sociales y culturales) derivados del valor igualdad.

En los orígenes del Estado Liberal el deber de obediencia tenía como contrapartida, si no existía reciprocidad del deber de gobierno, el derecho de resistencia. Poco a poco por la influencia kantiana de la obediencia incondicionada, por la institucionalización dentro del sistema de la resistencia (garantías procesales, libertad de expresión, de prensa, de manifestación, etc.) y por el auge del positivismo, el derecho de resistencia perdió sentido y justificación. Hoy, después de la 2.ª Guerra Mundial, de nuevo el tema de la obediencia al Derecho ha adquirido importancia (Radbruch, Raz, Passerin d'Entreves, González Vicén, Elías Díaz) y se han planteado teorías que justifican la desobediencia civil, o la objeción de conciencia frente al Derecho injusto. Sin embargo las razones que justifican el deber de obediencia en una sociedad democrática capaz de integrar desobediencia civil y objeción de conciencia permiten, en este momento histórico, seguir sosteniendo su viabilidad (Nino).

Estos deberes fundamentales de gobierno y de obediencia al Derecho, se convierten en jurídicos si se incorporan al Ordenamiento como ya se ha explicado. Pese a su carácter radical, básico o cimentador de

la propia sociedad política, se pueden incorporar al Derecho positivo en un sistema con un hecho fundante básico, con un poder que participe de los valores democráticos que hemos señalado para justificar estos deberes.

El deber de gobernar, en el sentido que aquí se indica, se encuentra en textos como la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia (1776), en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776) y en las Declaraciones francesas (1789, 1793).

El deber de obediencia al Derecho se formula en el contractualismo clásico, condicionado al cumplimiento por el poder, del deber de gobernar y aparece en los textos consagrado en su dimensión opuesta como derecho de resistencia a la opresión (Declaración de Virginia, Declaración francesa de 1793).

También, Constituciones actuales como la Italiana o a la Española, recogen el deber de obediencia al Derecho (en este último caso incluyendo también el deber de los gobernantes, lo que sin duda constituye una buena razón más de equiparación entre gobernantes y gobernados para justificar la obediencia de los ciudadanos).

El deber de gobierno se descompone en los innumerables deberes que corresponden a los poderes públicos y que en algunos casos se corresponden, como hemos visto con derechos subjetivos de los ciudadanos.

b) Junto a estos deberes fundamentales podemos señalar aquellos 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 (la norma que manda al legislador establecer una Ley de Jurado, en la que se recoge el deber de participar como jurado, si se es escogida y se reúnen los requisitos establecidos en la misma Ley.

Estos deberes pueden ser de dos tipos. Pueden suponer el desempeño de funciones públicas. Son los deberes de función (Biscaretti di Ruffia). En segundo lugar pueden ser deberes prestacionales que suponen obligaciones de hacer para todos los ciudadanos o para determinada clase de ciudadanos (funcionarios u otras clases de operadores jurídicos).

Los deberes de función pueden asumir la función de jurado o el deber de voto (Bélgica, varios cantores suizos, Hungría y Dinamarca, por ejemplo). En Italia existió deber de votar en las elecciones a la Asamblea constituyente de l946. El artículo 48 de la Constitución señala que el ejercicio del voto es un deber cívico, expresión ambigua, aunque se puede deducir que es un deber jurídico porque se recoge en la Constitución y porque se fían sanciones en caso de incumplimiento del deber.

Los deberes de prestación general (válidos para todos los ciudadanos, son principalmente dos: el deber de prestación del servicio militar y el deber de contribuir por medio del sistema tributario al sostenimiento de los gastos públicos. Los deberes de prestación especial son los de clases de ciudadanos como los funcionarios, los jueces y otros operadores jurídicos (como el deber de imparcialidad, el deber de resolver todas las prestaciones que se presenten ante ellos, o el deber de cumplir las funciones

públicas con disciplina y honor, y de prestar juramento en su caso, art. 54 de la Constitución Italiana).

Los deberes fundamentales más comunes recogidos en Constituciones posteriores a la segunda guerra mundial, son los que hemos denominado deberes de prestación general.

El deber de contribuir a la defensa de la Nación se encuentra en el artículo 52 de la Constitución Italiana, en el artículo 30 de la Constitución Española y en el artículo 12a de la Ley Fundamental de Bonn. Estamos ante un deber fundamental que no tiene un derecho subjetivo fundamental correlativo. Se trata de una prestación personal de realización del servicio militar que tiene como finalidad la integración temporal de ese individuo en las fuerzas armadas. Durante su realización, el ciudadano se encuentra en una situación de sujeción especial que limite algún derecho fundamental (expresión, reunión, petición, garantías procesales, en cuanto algunas sanciones de plano derivadas de la disciplina militar suponen limitación del derecho a la audiencia previa, a la defensa o a la presunción de inocencia, y derecho al juez preestablecido por la Ley, al quedar sometido en algunas materias a la jurisdicción militar).

Este deber está limitado por el derecho a la objeción de conciencia que supone la posibilidad de negarse a prestar el servicio militar por motivos de conciencia o por creencias de orden religioso, moral, filosófico, etc. (Este derecho se reconoció por primera vez durante la Revolución francesa por medio de un Decreto que eximió de la prestación a los anabaptistas). Se reconoce recientemente en nuestra cultura jurídica (Francia 1963, Italia 1972, Alemania 1949, España 1978).

El Consejo de Europa por medio de una resolución de la Asamblea Parlamentaria de 1967, reconoce que la objeción de conciencia es un derecho subjetivo, derivado del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 del Convenio Europeo de derechos humanos).

El deber de contribuir por medio del sistema tributario al sostenimiento de los gastos públicos se recoge en la Constitución Italiana en el artículo 53, y en la Constitución Española en el artículo 31. No aparece ese deber en la Ley Fundamental de Bonn, ni tampoco en el texto de la Constitución Francesa de 1958, aunque sí en el artículo 13 de la Declaración de 1789, vigente por medio del Preámbulo de la Constitución de la IV República, a su vez en vigor de acuerdo con el Preámbulo de la Constitución de la V República.

Este deber se cumple según la capacidad económica, que es una concreción del valor igualdad como diferenciación (la consideración como relevante de la riqueza para fijar la contribución de cada uno). El deber se cumple normalmente con la garantía de la reserva de Ley para la fijación de los tributos.

c) Finalmente debemos referirnos a los deberes fundamentales de los ciudadanos o de los poderes públicos que son correlativos con la existencia de derechos subjetivos.

En esta situación se encuentran los deberes negativos de ciudadanos o de poderes públicos obligados a respetar derechos fundamentales de los que son titulares otros ciudadanos o grupos en que estos se integran (derecho a la vida, derecho de reunión, libertad de prensa, derecho de

huelga, etc.). A veces técnicamente si llevamos a sus últimas consecuencias la distinción que arranca de Hohfell, estos deberes son más bien no derechos si su correlativo es una libertad. Esto es una prueba de los matices por los que hay que aceptar una clasificación que puede llevar a conclusiones rígidas.

Asimismo se pueden señalar los deberes positivos de los poderes públicos ya citados que suponen el incumplimiento de prestaciones exigibles por los titulares de derechos de crédito frente a esos poderes públicos (derecho a la sanidad, a la seguridad social, a la educación, etc.).

Se puede hablar en algunos casos de deberes positivos de los particulares (por ejemplo en relación con la libertad sindical, los deberes de los empleadores de facilitar locales para reuniones, o de liberar de trabajo a los representantes sindicales).

SOBRE EL EXCESO DE OBEDIENCIA Y OTROS EXCESOS (UN ANTICIPO) *

Desde que tuve la osadía de intervenir o entrometerme en el debate sobre la «obediencia (o desobediencia) al Derecho» provocado entre nuestros iusfilósofos por un ya célebre -merecidamente célebre- trabajo del profesor González Vicén, me he ganado -supongo que también merecidamente- algún que otro varapalo, varapalo que soporto muy a gusto si la razón para merecerlo es mi acuerdo con don Felipe o, en cualquier caso, mi desacuerdo con sus críticos.

Pero como tampoco es cosa de escudarse en aquél y traspasarle los varapalos dirigidos a mí, creo que va siendo hora de responder a algunos de ellos por mi cuenta y razón. Eso es lo que hace ya algún tiempo prometí a un par de amigos y compañeros, presentes hoy aquí, como lo son Adela Cortina y Eusebio Fernández: a saber, les tengo prometida una respuesta que probablemente titularé «Sobre el exceso de obediencia y otros excesos». Mas, dado que el tiempo de que dispongo hoy no alcanza para eso, me limitaré a esbozar un breve anticipo de lo que podría ser dicha respuesta, sobre la que sigo prometiendo volver en mejor ocasión.

Para recordar en dos palabras los términos de la discusión, permítanme una somera referencia a su literatura. Concebido como un amistoso intento de «terciar» en el debate sobre *la obediencia al Derecho* que enfrentaba a los profesores Felipe González Vicén y Elías Díaz -con quien vendría a alinearse, entre otros, el profesor Manuel Atienza-, publiqué en su día un artículo bajo el título de «La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (Una intrusión en un debate» (*Sistema*, 70, 1986), artículo recientemente comentado por Adela Cortina en su ensayo «La calidad moral del principio ético de universalización» (*Sistema*, 77, 1987) y por Eusebio Fernández en un capítulo de su libro, del mismo año, precisamente titulado *La obediencia al Derecho*. El planteamiento de mi artículo, por lo demás, daba por presupuesto que no hacía enteramente mías en él las tesis de ninguno de los contendientes originarios, aun cuando no negara allí, como tampoco niego hoy, que mis simpatías se inclinaban bastante más del lado de la juventud que del de la respetabilidad, esto es, del lado de don Felipe y no del de Elías.

Frente a Elías Díaz, yo discrepaba de su idea de que «si la conciencia individual puede fundamentar la desobediencia ética al Derecho, la

* Palabras pronunciadas por el autor en la mesa redonda sobre «Filosofía y Derecho en la obra de Felipe González Vicén», *X Jornadas de Filosofía Jurídica y Social*, Universidad de Alicante, 18 de diciembre de 1987.

misma razón hay para que fundamente éticamente su obediencia». En mi opinión, tal tesis descansaba en la postulación de una falsa simetría, en especial si se sostiene -como Elías Díaz lo ha hecho- que «el Derecho... es... un intento de aunar criterios éticos individuales expresados socialmente como soberanía popular y regla de las mayorías». Pues me parecía, y me parece, que -mientras la obediencia al Derecho entraña la vinculación de la conciencia individual a otras conciencias individuales (manifestada, por lo menos, en el voto conjunto a la hora de elegir a los representantes del electorado que integran el poder legislativo)- la desobediencia al Derecho entrañaría más bien la desvinculación de la voluntad del individuo respecto de la voluntad colectiva, presumiblemente mayoritaria, plasmada en el Derecho. Pero, esto sentado, yo no iba tan lejos como González Vicén ni llegaba a decir con él que, siendo la «obligación jurídica» -como lo es- «de naturaleza heterónoma y coactiva», ni tan siquiera pueda hablarse de «un fundamento ético de la obediencia al Derecho». Por el contrario, creo que ese fundamento es de índole contractual y yo mismo citaba a este respecto la sofisticada versión habermasiana del neocontractualismo como un buen ejemplo, y un ejemplo contemporáneo, de teoría al servicio de semejante fundamentación, pues para mí estaba claro que la idea de «que no exista ningún campo de coincidencia entre el Derecho y la Ética es, en verdad, inaceptable para quien no sea un positivista», si bien me veía en la necesidad de añadir a continuación que no menos vitando es el peligro opuesto, el peligro, a saber, «de que la Ética y el Derecho se confundan más de lo que sería de desear y no menos inaceptablemente».

Precisando un poco más, lo que añadía a continuación es que tan importante o más que aquel problema de la *fundamentación* ética de la obligación de obedecer al Derecho -o, generalizando, de la obligación de respetar la Democracia, que tiene el mismo fundamento contractual- era el problema de los *límites* de dicha obligación. Pues la obediencia al Derecho o el respeto a la Democracia no garantizan por sí solos que el Derecho que obedecemos o la Democracia que respetamos sean justos. Y aquí es precisamente donde la Ética entra en acción. Pues la cuestión de la justicia es una de esas que la Ética nunca podrá pasar por alto ni dejar en otras manos. No lo podrá hacer, pongamos por caso, a la hora de preguntarnos si hay ocasiones -como cuando un gobierno democrático actúa injustamente aunque no deje de actuar dentro de la legalidad vigente, lo que quiere decir que la legalidad vigente podría ver cuestionada su legitimidad- en las que estamos *éticamente obligados* a desobedecer, aun si jurídicamente no lo estamos o incluso estamos obligados a prestar a la ley nuestra obediencia.

Desde el punto de vista de la argumentación llevada a cabo en mi artículo, yo creía ver el fundamento de la obediencia ética al Derecho en la célebre versión del imperativo categórico kantiano que nos dice «Obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal», imperativo este que Habermas ha reformulado en los siguientes términos de su ética comunicativa: «En lugar de considerar como válida cualquier máxima que quieras ver convertida en ley universal, somete tu máxima a la consideración de todos los demás

con el fin de hacer valer discursivamente -esto es, democráticamente- su pretensión de universalidad». Ahora bien, al imperativo kantiano de la universalidad se le ha podido reprochar que no hay nada que impida hacerlo suyo a un racista fanático dispuesto a ser gaseado si se descubre en él la menor mancha de impureza racial. Y, de análoga manera, nada tampoco impediría que una habermasiana comunidad de comunicación -y hasta la misma humanidad en su conjunto, en el improbable supuesto de verse convertida en una comunidad de comunicación, habermasiana o no- pudiera legislar injustamente y hasta hacerlo de forma atentatoria para la condición humana. En cuyo caso, claro, estaríamos autorizados a desobedecer esa legislación. Y, si alguien me demandase un fundamento a este respecto, yo no tendría en rigor otro mejor que una nueva versión, distinta de la anterior, del imperativo categórico kantiano, como la que nos dice «Obra de modo tal que tomes a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, como un fin al mismo tiempo y nunca meramente como un medio». Y aquí es donde, por fin, entran en liza mis queridos Adela Cortina y Eusebio Fernández.

En la imposibilidad de atender en esta sesión a lo que sus respectivos argumentos tienen de específico, me referiré sólo a lo que tienen de común. Pues bien, lo que en nuestro caso matrimonia a esta *philosophical couple* es no sólo su común reluctancia hacia mi posición, sino el hecho de argumentar frente a ella amparándose en Kant y acusándome de no haberle interpretado bien. Puesto que se trata, como se trata, de dos filósofos obedientes, nada de extraño tiene que argumenten en mi contra basándose en argumentos de autoridad.

Para Adela Cortina -comenzaré por ella-, no hace al caso contraponer como yo las contraponía las dos versiones anteriormente mencionadas del imperativo categórico, toda vez que el propio Kant las consideraba -las palabras son suyas- «idénticas en el fondo». Eso es muy cierto. Como también lo es que Kant afirmaría que «el imperativo categórico es uno y sólo uno» y, sin embargo, contamos con diversas versiones del mismo: las tres clásicamente reconocidas, que para algunos intérpretes serían cinco y para otros, siete u ocho. En mi opinión, habría en realidad tantos imperativos categóricos cuantos imperativos demos en considerar revestidos de categoricidad, es decir, de la forma «Debo hacer tal y tal cosa» en lugar de «Debo hacer tal y tal cosa si quiero conseguir tal y tal otra». Idénticas en el fondo o no -lo que pensara Kant, después de todo, tampoco importa tanto, pues no estamos haciendo aquí exegética de ese su pensamiento-, yo he distinguido entre dos de aquellas versiones a las que corresponde distinto alcance y peso: el imperativo de obrar de modo que nuestras máximas morales puedan ser tenidas por leyes universales -al que llamé «imperativo de la universalidad»- y el imperativo de obrar de modo que ningún ser humano sea tomado por un medio sin ser tenido al mismo tiempo por un fin en sí, al que llamaremos «imperativo de los fines». La diferencia básica entre ellos -pues alguna «diferencia básica» tendrá que haber para poderles asignar funciones asimismo diferentes- vendría a ser, para nuestros efectos, la siguiente.

En la reformulación habermasiana del imperativo de la universalidad, éste habría de resolver en la consulta democrática. ¿Cómo, si no, vendría a acordar una comunidad qué máximas morales merecen ser universalizadas? Supongamos que parte de la comunidad esté a favor y parte en contra de la práctica de relaciones sexuales interraciales. En última instancia, se impondría el recuento de votos entre la población. Pero, naturalmente, eso no agota la cuestión. Pues si de aquel recuento sale la prohibición de que dos personas de distinta raza se relacionen sexualmente una con otra, alguien podría alegar que esas personas no están siendo tratadas como fines en sí mismos y que ningún acuerdo democrático, por más que cuente a su favor con la regla de las mayorías, basta a apearles de esa condición. Kant probablemente no hubiera visto con malos ojos la reformulación del imperativo de la universalidad a manos de Habermas. Pero, a no dudarlo, se habría mostrado sorprendido de oír decir que la dignidad humana, que es lo que se halla en juego en el imperativo de los fines, necesita ser sometida a referéndum.

Por escasas que fueran en la comunidad de marras las personas contrarias a la discriminación racial frente a la opinión racista del abrumador resto de sus miembros, aquéllas se hallarían éticamente autorizadas a desobedecer. O así es, por lo menos, como yo tendería a ver las cosas. ¿Pero es también ese el modo como tendía a verlas Kant?

Lo que Eusebio Fernández me reprocha es haberme inspirado en Kant para fundamentar la posibilidad de la desobediencia ética al Derecho, desobediencia ésta que Kant habría expresamente repudiado, como lo muestra sin ambages su desfavorable actitud ante el llamado «derecho de resistencia». Ahora bien, 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, la Revolución Francesa. De acuerdo con González Vicén, la negación kantiana del (mal) llamado derecho de resistencia ha de entenderse como respuesta a un problema de lógica jurídica por parte de un filósofo para el cual el Derecho resultaba ser ya Derecho positivo en cuanto diferente del viejo Derecho natural. Pues, en términos de Derecho positivo, sería en efecto jurídicamente contradictorio admitir un supuesto derecho de resistencia, o un derecho a la rebelión, que viniera a arruinar el propio marco del ordenamiento jurídico dentro del que se inscribe. En su magistral *La Filosofía del Estado en Kant* (reeditada en el volumen *De Kant a Marx*), González Vicén aduce un texto de un kantiano de la primera generación, Jakob Fries, que compendia -y compendia bien- cuanto se acaba de exponer: «El pueblo no tiene ningún derecho a la insurrección ni el soberano ningún derecho en contra... En la insurrección no tiene lugar una contienda jurídica, sino una lucha regida por la violencia... En toda insurrección, y en toda represión de ella, se trata sólo de un problema de fuerza».

Por lo que a mí respecta, yo -como buen lector del profesor González Vicén- no hablé jamás de un *derecho de resistencia*. Lo que decía, y lo decía por cuenta propia -sin necesidad, por lo tanto, de atribuírselo

tampoco a Kant-, era más bien esto otro. A saber, que nadie tiene derecho a imponer su voluntad a la mayoría cuando no está de acuerdo con la decisión colectiva, pero tampoco tiene obligación moral -aunque la pueda tener jurídica- de obedecer tal decisión cuando ésta sea injusta. Y que cuando dicha injusticia implica el trato de otros seres humanos como medios y no como fines en sí mismos, como objetos y no como sujetos, puede en cambio tener la obligación moral -aunque no la tenga jurídica, e incluso tenga una obligación jurídica de signo opuesto- no sólo ya de resistir pasivamente a la decisión mayoritaria, sino incluso la de oponerse a ella activamente, esto es, la obligación de disentir. De ahí, en fin, que mi artículo no mencionase para nada un supuesto derecho a la resistencia, sino hablase más bien, en su lugar, del *imperativo de la disidencia*.

Y, por supuesto, la decisión acerca de si hemos de resistir o disentir ha de corresponder en última instancia al tribunal de nuestra conciencia. En opinión de Adela Cortina, «la conciencia de que habla González Vicén es más existencialista que kantiana». Pero no creo que haya incompatibilidad entre una cosa y otra. Después de todo, un existencialista puede hacer suyo el principio kantiano de universalización. Que era, no necesito recordarlo, lo que hacía Sartre al advertirnos que, cuando alguien elige moralmente, elige por toda la humanidad. Y, recíprocamente, el formalismo ético de Kant, tan a menudo mal interpretado, constituye en rigor el polo opuesto de lo que se ha llamado la «moral codicial», es decir, la «moral cerrada» de un determinado código moral, lo que en algún sentido convierte a la filosofía moral kantiana en precursora de aquello que entendemos hoy por «éticas sin código». Entre las que, tampoco necesito recordarlo, se encontraba en su día la moral existencialista de la situación.

Pero, por lo demás, me parece que lo de menos es tratar de catalogar aquí -con la etiqueta de «kantiana» o de «existencialista», o de ambas cosas a la vez- la peculiar aportación de don Felipe González Vicén al «individualismo ético», que es, en definitiva, aquella posición para la cual no hay ni podría haber ninguna instancia ética superior a la conciencia individual, algo que pocos como él han sabido expresar con tanta precisión ni tan hermosamente y por lo que -dejando aparte ahora sus muchos otros méritos- merece este homenaje de sus colegas y, desde luego, la modestísima contribución al mismo de este intruso: «La limitación de la obediencia al Derecho por la decisión ética individual significa el intento de salvar, siquiera negativamente y de modo esporádico, una mínima parcela de sentido humano en un orden social destinado en sí al mantenimiento y aseguración de relaciones específicas de poder... En una sociedad pluralista y en cambio acelerado, que asiste a la desintegración de todas las instancias heredadas, los esquemas de comportamiento no proceden ya de la tradición, sino sólo de la interioridad... Esta interioridad, la conciencia, puede ser desmenuzada hasta sus últimos extremos por el psicoanálisis o la sociología, pero siempre queda en pie, como última verdad, que es la única instancia a la que podemos apelar sin duda para nuestra conducta» (Felipe González Vicén, «La obediencia al Derecho», *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna, 1979).

DOXA 4 (1987)

△

LEGITIMIDAD Y JUSTICIA: LA CONSTITUCIÓN, ZONA DE MEDIACIÓN

En estas muy breves páginas se intenta dar un paso adelante (no decisivo, lo admito, pero tal vez tampoco del todo inútil) en relación con algunas propuestas conclusivas formuladas, en trabajos míos anteriores y, en concreto, en el último sobre *La justificación de la democracia*[1].

Entre otras cosas, se trataba en él de establecer algunos criterios válidos para poder hablar con alguna mayor claridad y coherencia de una teoría de la legitimidad (democrática) y de una correlativa teoría (crítica) de la justicia. La zona, compleja e inestable, de convergencia entre ambas dimensiones se identificaba allí haciéndola derivar del valor *libertad*, entendida ésta en su punto (básico) de partida como libertad crítica, de expresión y de participación. La libertad venía así configurada como el valor fundamental tanto para la legitimidad democrática (preferentemente, aunque no sólo, procedimental) como para una, en su totalidad siempre inalcanzada y quizás inalcanzable, justicia material. Las mayorías -se recalcaba en aquellas páginas con insistencia- pueden equivocarse; es decir, la legitimidad democrática puede producir cosas injustas. Legitimidad y justicia no eran, no son exactamente lo mismo, aunque por supuesto que tienen mucho que ver entre sí.

Pero ¿qué es preferible si hay conflicto? ¿Respetar la regla procedimental, la libre decisión, o sea respetar la democracia (en ese su aspecto principal aunque no único) y hasta la soberanía popular o imponer por vías antidemocráticas lo que alguien considera justo? La complejidad del dilema se muestra ya con la mera formulación del interrogante: ¿Qué seria preferible: hacer «injusticias» democráticamente (por ejemplo, permitir el aborto dirán unos, reimplantar la pena de muerte, señalarán otros o los mismos) o hacer «justicia» (permitir o reimplantar esas mismas cosas) a la fuerza, sin democracia, sin libertad? En este tipo de cuestiones andaban esas mis anteriores elucubraciones con preferencia clara por la regla de decisión de carácter democrático, en libertad, completada por la intervención de un diseño de teoría de la justicia donde las «necesidades reales» («necesidades básicas» y algo más que básicas), la razón crítica personal, la conciencia ética de la humanidad y hasta la «comunidad ideal de diálogo» se alegaban, sin entrar allí más a fondo, como componentes centrales de aquélla.

---

[1] Publicado en la revista «*Sistema*» (núm. 66, mayo de 1985, págs. 3-23). Dicho trabajo prolongaba a su vez, e intentaba aclarar, cuestiones planteadas en mi anterior libro *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid, Debate, 1984.

La libertad, pues, venía aludida -desde esa perspectiva más bien de principios y hasta abstracta- como el punto de convergencia entre precisamente una teoría de la legitimidad (democrática) y una teoría (crítica) de la justicia; y, por tanto, asimismo (puede decirse en términos aún más genéricos) como posible zona de encuentro entre las denominadas legitimidad procedimental y justicia material. Pero me parece que de esa regla interpretativa en favor de la libertad (de todos modos en absoluto por sí misma inoperante, más bien todo lo contrario) derivan y pueden derivar conclusiones mucho más concretas, tal vez por ello también más convincentes, a la hora de determinar con mayor detalle y precisión dicha zona válida de no definitiva mediación. De algo de eso es de lo que brevemente quería ocuparme aquí.

La libertad (la libertad positiva) ejerciéndose libremente, valga la aparente redundancia, se actúa a través de la soberanía popular, la cual cuando se trata de salir de la (o de una) posición originaria (o relativamente originaria) se muestra en sus caracteres básicos como poder constituyente. De este modo, la Constitución, el gran pacto social constitucional, sintetiza así, puede decirse -sobre todo cuando es producto del consenso entre partes plurales y resulta aprobada por muy amplias mayorías-, ese espacio de convergencia entre legitimidad democrática y justicia material (una cierta justicia material), cuya caracterización y difícil clarificación viene reclamándose como cuestión central de la filosofía jurídico-política y ética de nuestro tiempo (y quizás de todos los tiempos).

La Constitución, creada en esas condiciones, es expresión por de pronto de la legitimidad democrática, entendida como mínimo, como legitimidad procedimental. Expresa, primeramente también a través del consenso, la voluntad libre de las grandes mayorías del grupo social. Esta concepción democrática de la Constitución, y del Derecho en general, se diferencia pues con toda claridad tanto de la concepción exclusivamente consensualista (o corporativista, sin ser tampoco estas dos lo mismo) como de la de estricto carácter iusnaturalista. Respecto al Derecho y, más en concreto, respecto a la Constitución así creada, por supuesto -pero éste es otro tema- que quien disienta seriamente en conciencia puede dar razones éticas para desobedecerla, en todo -como juicio global- o en la parte que resulte afectada. No hay que volver a insistir aquí en que puede haber razones éticas (y hasta obligación moral) para desobedecer al Derecho; pero, a su vez, puede haberlas también, en mi opinión -ya sé que en esto cuento con ilustres discrepantes-, para obedecerlo[2].

---

[2] Sobre ello, además de la bibliografía ya citada y discutida en los escritos aludidos en la nota precedente, puede verse el muy documentado libro de EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA, *La obediencia al Derecho*, Madrid, Civitas, 1987: de manera muy especial, págs. 91 a 115 para una reciente polémica en la filosofía jurídica y ética española actual sobre la obligación moral de obedecer al Derecho (también Eusebio Fernández piensa que puede haberla); y págs. 157 y ss. para la explicación y fundamentación de las razonables actitudes del autor sobre tan complejos y debatidos problemas; por

No voy a entrar ahora de nuevo en esta discusión, vieja polémica donde las haya. Lo que me interesaba resaltar aquí en esta línea argumental es que la Constitución, y antes el poder constituyente, sintetizan y expresan la denominada justicia procedimental, la que -dando un paso más- puede designarse como legitimidad de carácter democrático. Esto es pacífico y no suscita, desde luego, mayores discrepancias (excepto, claro está, para los antidemócratas). Otra cosa muy diferente es, sin embargo, el grado de justicia material que quepa atribuir a tal democrática Constitución. Seguro que ni siquiera los sectores que la han consensuado y votado (las grandes mayorías, supongamos) la consideran del todo justa en unas u otras decisiones y, menos aún, justa en su totalidad (justas todas sus decisiones). Pero seguro también que, en líneas generales y en no pocas cuestiones concretas, aquellos reconocerán que contiene con bastante coherencia lo que ese grupo social, o esas grandes mayorías, consideran como suficiente, adecuadamente justo, es decir como justicia material en cuanto justicia histórica concreta o concreción histórica de la justicia material. Si todos han podido hablar, contraponiendo libre y abiertamente sus juicios y razonamientos éticos -como debe ser en democracia-, entonces esa «justicia material», a pesar de todas las posibles distorsiones y manipulaciones, cabe decir que expresa y representa algo muy atendible, algo con relativa -no definitiva- consistencia también desde el punto de vista de la objetividad y hasta de la verdad.

Quiero decir, en consecuencia, con todo ello que la Constitución y el poder constituyente son y pueden verse en esta perspectiva como zona de mediación y de convergencia de una suficiente (siempre imperfecta, nunca estática e inmutable) legitimidad democrática y, a su vez (aquí con aun mayores imperfecciones y variaciones), de una objetiva justicia material (histórico-material) en todo caso sometida, por supuesto, a pertinentes críticas y a racionales contrastaciones. Esa legalidad constitucional, no cualquier legalidad (que «algo» puede representar también), sino esa de carácter fundamental constitucional, es así punto de encuentro de la legitimación social, la legitimidad democrática y la (relativa, histórica) justicia material. Me parece importante esa zona de convergencia formada por el poder constituyente, la Constitución y los grandes pactos políticos sociales. Si después de ello, si después, sobre todo, de la Constitución las decisiones legales mayoritarias van contra ella (contra esa legitimidad y esa justicia) sencillamente tales decisiones quedan anuladas al probarse su anticonstitucionalidad por el pertinente Tribunal. Esas mayorías concretas, por lo tanto, aunque «enloquezcan»

---

el momento yo únicamente objetaría, preguntaría más bien, lo siguiente ante sus matizadas objeciones a mi, tal vez, más objetivista posición (págs. 101 a 104): ¿el deber moral sólo es lo que uno siente como deber moral?; ¿no hay obligación moral de respetar la vida de los demás para el asesino que no siente, en general o en un caso concreto, esa obligación?; ¿no hay obligación moral para el dictador -aunque de hecho él no la sienta así, aunque fácticamente no la haya para él-, no se le puede justificar la obligación moral de respetar la libertad y la dignidad de sus conciudadanos, degradados así a meros súbditos? Por supuesto que -como aduce Eusebio Fernández- estoy manejando aquí dos conceptos diferentes de obligación moral, la fáctica-empírica y ética-racional; pero me parece necesario hacerlo.

-cosa que alegan incansablemente los antidemócratas- no podrán hacer nada, por vías legales y democráticas, contra la Constitución. La posible reforma de ésta, por su parte, nos devuelve a la ya referida situación de la posición originaria, donde el poder constituyente si quiere ser democrático no puede violar el valor material y procedimental de la libertad, de al menos una cierta libertad, de expresión, de crítica, de participación en la elección, etc.[3].

Tanto la regla procedimental como la justicia material son, pues, expresión de la libertad; y ambas, a su vez, están incorporadas en la Constitución como norma básica o principio determinante de ella[4]. La justicia material de la Constitución que, en mi opinión, incluye la regla genérica procedimental (es decir, los valores superiores incluyen la libertad democrática), constituye un límite objetivo insalvable -y así debe ser- para la decisión procedimental de mayorías que no se adapten en sus decisiones jurídicas y políticas a la norma constitucional; repito que otra cosa, y también con límites, son los supuestos de reforma. Esa referencia, ese necesario respeto, a la Constitución evita, pues, los «peligros» de que en el sistema político basado en la libertad, en las decisiones libres de los ciudadanos, se puedan producir cualquier tipo de monstruosidades, de injusticias, de locuras, quedando todo a merced de la voluble voluntad de unas simples mayorías actuando incondicionada e irresponsablemente, cosa que -como digo- tan propensos son siempre a alegar los antidemócratas que, sin embargo, para nada se alarman de dichas monstruosidades e injusticias cuando son producidas por regímenes oligárquicos y dictatoriales. La justicia material de la norma fundamental, la Constitución sin más (que incluye necesarios equilibrios, consensos realistas y presencia de minorías que pueden llegar un día a 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.

Un concepto de «legitimidad» muy cercano a éste es -creo- el que utiliza Ernesto Garzón Valdés -en este número de «Doxa» tan justamente homenajeado-, en un reciente y valioso trabajo sobre la estabilidad política, al vincular aquélla (la legitimidad) a -dice- «la concepción usual de los derechos humanos tal y como han sido formulados, por ejemplo, en la Declaración Universal de las Naciones Unidas». Y también él orientaría esa legitimidad hacia un juicio ético normativo (teoría de la justicia) más objetivo y hasta más definitivo, cuando señala que dicho juicio «toma como criterio para su formulación la vigencia de normas

---

[3] Cfr. sobre ello la importante obra de PEDRO DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.

[4] Reenvío aquí a la nota 10 de mi mencionado trabajo sobre *La justificación de la democracia* donde, en relación con los escritos de los profesores Laporta y Peces Barba, se especificaban asimismo en cuanto norma básica de nuestra Constitución esos dos principios de la soberanía popular (art. 1, 2) como «regla procedimental» y de los valores superiores de ella (art. 1,1) como «justicia material».

éticas aceptables por todo aquel que esté dispuesto a admitir la autonomía personal de cada individuo y su igualdad básica con respecto al acceso y goce de aquellos bienes que, usando la terminología de John Rawls, pueden ser denominados «bienes primarios», es decir, aquellos sin los cuales no es posible la realización de ningún plan de vida»[5].

Pero por supuesto que algo que figura en la Constitución puede ser considerado como injusto, o puede serlo efectivamente, aunque esto último no siempre sea fácil de determinar y de objetivar; y desde luego que algo no es justo por el mero hecho de que figure en la Constitución. La legalidad constitucional no se confunde nunca del todo, aunque pueda tener estrecha relación con la legitimidad (democrática), la cual es siempre, por su propio carácter, más dinámica y exigente; y, sobre todo, en modo alguno esa legalidad y esa justicia material inserta en ella pueden pretender identificarse, por ese mero hecho, con lo que objetivamente puede calificarse de justo. Pero lo que sí mantendría es que la Constitución democrática, la legitimidad que la origina, con libertad y con autonomía moral, y la justicia material en que aquélla se reconoce son, en principio, las mejores vías para construir una teoría ética y una teoría crítica de la justicia. La efectiva satisfacción para todos de amplias necesidades básicas, la regla de la libertad, el establecimiento de límites precisos a ciertas desigualdades, el derecho a la diferencia, el libre diálogo crítico, y los derechos que se derivan de ahí, son asimismo algunas otras exigencias fundamentales imprescindibles hoy para avanzar hacia esa ética, hacia esa teoría crítica de la justicia. En definitiva, ésta (la justicia) tal vez pueda ser entendida finalmente como la inteligente (coherente) articulación de todos estos elementos, y algunos más, para el análisis concreto de las situaciones concretas y la progresiva transformación de las que no se correspondan de manera suficiente con esos valores y objetivos derivados fundamentalmente de la libertad.

---

[5] ERNESTO GARZÓN VALDÉS, *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pág. 45. Aparte de esto, preguntaría yo a Ernesto Garzón Valdés, en otra vertiente del problema (pág. 46 y ss.), si no sería oportuno que su modelo analítico combinatorio de tres dígitos (símbolos respectivamente de la existencia fáctica, legitimidad y estabilidad de los sistemas políticos, que lo serían así de orden 111, 110, 101 y 100), se completase pasando a considerar también una cuarta variable, segunda dentro de su esquema, precisamente la «legitimación» (como «aceptación» del sistema, pág. 7) en la medida en que, aún próxima, no puede confundirse tal categoría con la mera existencia fáctica de un régimen político que, en efecto, puede en tiempo ir perdiendo o ganando legitimación: tendríamos, así, Sistemas más complejos, de cuatro elementos, representados como 1000, 1010, 1011, 1100, 1101 y 1111 correlativamente, que enriquecerían -me parece- el análisis de los concretos regímenes políticos existentes. La dimensión de la legitimación o deslegitimación es también un ingrediente que afecta a la misma legitimidad y desde luego que, aunque no se identifica del todo con ella, tiene mucho que ver con la estabilidad.

NOTA SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DEMOCRACIA EN LA OBRA DE SPINOZA

En alguno de sus más recientes trabajos[1], Ernesto Garzón ha insistido sobre una noción básica para el examen de las relaciones entre ética y política y, por tanto, entre otras, para el problema de la posible fundamentación ética de la democracia. Me refiero a la caracterización del «respeto al plan de vida individual (como) uno de los imperativos de una ética política», que puede también formularse como «respeto de la autonomía moral[2], en el contexto de su esfuerzo por precisar el alcance y el contenido de la función social y política de los principios éticos, al que formula una respuesta inequívocamente afirmativa. En lo siguiente, trato de presentar una lectura comentada de algunos textos de SPINOZA en los que aparece uno de los aspectos de dicha relación, el relativo a la vinculación entre libertad de pensamiento y expresión de un lado, y orden político de otro, sin duda uno de los campos privilegiados del problema así como de la pretendida confrontación entre las exigencias de la moral pública y la privada[3].

La complejidad de la obra de BARUCH SPINOZA no es una novedad, como tampoco la polémica científica en torno a la relación de su obra con la de HOBBES y MAQUIAVELO de un lado[4], y ROUSSEAU

---

[1] Así, p. ej. sus artículos «Moral y Política» en *A. F. D.* 1984, pp. 177-79, y «Acerca de la tesis de la separación entre ética y política», en *Sistema*, 1987, pp. 111-119. Asimismo, «La democracia argentina y su legitimidad», en prensa y de próxima aparición también en la revista *Sistema*, y que he podido consultar por la gentileza del autor.

[2] Garzón (1984), pg. 191.

[3] Al respecto, muy recientemente, Saavedra, *La libertad de expresión en el Estado de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987. Aunque ceñido sobre todo a los medios de comunicación de masas y especialmente radio y televisión, constituye una propuesta crítica de gran interés sobre la vinculación mencionada, especialmente tal y como la formula la tradición liberal, y aporta una no menos interesante reflexión sobre la separación entre los ámbitos de lo público y lo privado. Al respecto, cfr. el cap. II, pp. 58 y ss. y las pp. 180 y ss.

[4] Así, p. ej., MEINECKE, en su *Idee der Staatsräson in der modernen Geschichte*, Oldenburg, Munchen, 3.ª (hay trad. cast. de González Vicén, en *I. E. P.*, Madrid, 1959). La cita corresponde a la pg. 199, donde se subraya la coincidencia con MAQUIAVELO. Los textos que se invocan son el tan citado capítulo XV de *Il principe*, y el cap. I. 1. del *Tractatus Politicus* -MEINECKE parece referirse a una introducción inexistente-, donde SPINOZA dice textualmente: «Los filósofos... no conciben a los hombres tal cual son, sino como ellos quisieran que fuesen... sus teorías políticas, siempre son inaplicables... Resulta, pues, que de todas las ciencias aplicadas, *sum maxime*

de otro[5]. Desde luego, como habrá ocasión de comentar, es sobre todo esta última la que ha dado más juego, aunque la primera no carece de fundamento e interés, por la similitud en la hipótesis de partida -el pesimismo antropológico-, en la actitud metodológica, el «realismo» (mejor que el más dudoso «empirismo» que parecen preferir MEINECKE o MARAVALL), y en la concepción del Estado que, al ser entendido con una entidad específica y superior, supone la tesis de la autonomía normativa, de la política. Precisamente el proceso de «divinización» del Estado (la laicización de la «communio sanctorum») que se ha advertido en SPINOZA es, desde luego, un rasgo que puede encontrar parangón en las características con las que define ROUSSEAU su *volonté générale*, y, con mucha mayor claridad, en la visión del Estado en Hegel, como se verá[6].

Politices Theoria ab ipsius Praxi discrepare creditur, et regendae Reipublicae nulli minus idonei aestimantui, quam Theoretici, seu Philosophi». (Cit., por la ed. SPINOZA OPERA, (ed. de la *Heidelberg Akademie der Wissenschaften* bajo la dirección de C. GEBHARDT, Heidelberg, C. Winters, vol. III, pg. 273, líneas 15-25; hay trad. cast. de E. TIERNO GALVÁN, Tecnos, Madrid, 1966, pg. 141), y asimismo otros textos del *Tractatus Theologicus-Politicus* (XVI, XIX) y del *Tractatus Politicus* (III, 2 y III, 14) donde se pone en entredicho que los Estados deban cumplir con los pactos, y se vincula Estado y Poder como condición previa del Derecho. Sobre la relación con HOBBES llama la atención TIERNO GALVÁN en su introducción a la ed. castellana mencionada (pg. XX), por el pesimismo antropológico común -que también lo sería a MAQUIAVELO- y por la inexistencia de otro criterio sobre la bondad o maldad de los actos, que el de lo dispuesto por el Estado. Por lo demás parece claro que SPINOZA -y eso no fue infrecuente, según ya se ha expuesto- interpretó *Il Principe* como un alegato contra los tiranos. La mencionada interpretación hobbesiana en MC SHEA, *The Political Philosophy of Spinoza*, N. York/London, Columbia U. Press, 1968. Respecto a la diferencia con HOBBES, resulta decisiva la carta de SPINOZA a J. Jalles (Carta L, Opera cit., vol. IV, pg. 238 y ss.). Recojo la referencia del muy elaborado artículo de R. PANIAGUA «El pensamiento filosófico-político de Baruch Spinoza» publicado en R. E. P., n.º 36, 1983, pp. 159-179, e incluido ahora en su *Historia* cit., pg. 136, y que sigo ampliamente.

[5] La relación entre SPINOZA y ROUSSEAU se ha convertido en uno de los lugares de polémica más interesantes -en mi opinión- de la Historia de la Filosofía Política en lo que se refiere a ese período, ligado, incuestionablemente, a la ambivalente interpretación de ROUSSEAU, que sirve también para el holandés. Recordaré aquí sólo las obras de FRANCES, M. «*Les reminiscences spinozistes dans le contrat social de Rousseau*», en *Revue Philosophique*, 1958, (T. CLXLVII), pp. 317-337, o VERNIERE, P., *Spinoza et la pensée française avant la Revolution*, 2 vols. París, Pub. 1954, así como el más reciente ensayo de NEGRI, A.: *L'anomalia selvaggia. Saggio su potere e potenze in Baruch Spinoza*, editado en Milano, Feltrinelli, 1981. En la línea de interpretación liberal, véase S. HAMPSHIRE, *Spinoza* (hay trad. cast. de V. Peña, Madrid, Alianza, 1982) y S. ZAC, «*Le chapitre XVI du traite theologique Politique*», incluido en *Philosophie, Theologie, Politique, dans l'ouvre de Spinoza*, París, Vrin, 1979. La interpretación «totalitaria» de ROUSSEAU, en TALMON, *El mesianismo político* o COTTA, «*Philosophie et Politique dans l'oevre de ROUSSEAU*» en *ARSP*, 1963 (XLIX/2-3), pp. 171 y ss.

[6] Al respecto, basten dos textos, por el momento. El primero del capítulo III, VII, del *Tractatus Politicus* -en adelante, T. P.-, donde, al tratar de explicar cómo el Estado actúa *una veluti mente ducitur*, se indica que ello sólo es posible si el Estado busca «como fin esencial aquel que la sana razón enseña que es más útil para todos los hombres» (T. P., III, 7, op. cit., pg. 287, lín. 9-11; trad. cast. pg. 151). El segundo,

Para comprender la polémica sobre la interpretación del pensamiento de SPINOZA (aunque, en líneas generales, haya predominado lo que hoy se llamaría su «lectura» liberal-radical, o, para situarnos en la tipología más aceptada, su «lectura» democrática), en la que, por otra parte, resulta especialmente controvertible en mi opinión, su posición acerca de la libertad de pensamiento, será preciso acudir, aun cuando se trate de un paréntesis un tanto amplio, al sistema filosófico spinoziano y, más concretamente, a su antropología, para pasar después al concepto y justificación del orden político, de donde derivaré algunas consecuencias que considero relevantes.

Con MATHERON[7] puede afirmarse que los tres principios desde los que resulta posible explicar la antropología, la ética, la teoría de la sociedad y la teoría política de SPINOZA son los que él define como «egoísmo biológico», «utilitarismo racional» e «intelectualismo», que actuarían por así decirlo, sucesivamente. El hombre, en cuanto parte de la naturaleza, es un ser sujeto a pasiones (inconscientes: instintos; conscientes: deseos)[8]. Como parte de la naturaleza que es (y no «un imperio dentro de un imperio»), está sujeto a la necesidad, a la causalidad que esas pasiones representan, aunque también a la razón, que no es contraria a la naturaleza, sino que exige «que cada cual se ame a sí mismo, busque su utilidad propia»[9], lo que en el hombre conduce a un fin supremo, el conocimiento[10]. Ese «utilitarismo racional» es la clave de su

---

cabe más concluyente, de la Prop. LVXI de la Parte IV de la *Ética*: «el hombre que se guía por la razón es más libre en el Estado, donde vive según leyes que obligan a todos, que en soledad, donde sólo se obedece a sí mismo», (cit. por la ed. de Ópera cit., vol. II, pp. 264-265).

[7] MATHERON, A.: *Individualité et relations interhumaines chez Spinoza*, París, Minuit, 1969. Se trata, posiblemente, de la más completa exposición de las claves desde las que interpretar el sistema spinoziano (*Ética*, T. T. P. y T. P.) por lo que se refiere a su dimensión antropológica, y así viene siendo aceptado por quienes se ocupan del tema).

[8] Cfr. *Ética*, proposic. IV (en Opera cit., vo. II, pp. 212-213) y Prefacio de *Ética* III (Ibíd., pp. 137-38); sobre la distinción entre instinto o apetito y deseo, Ética III, prop. IX, esc. (Ibíd., pp. 147-48) y proposic. LVII y LVIII. De ahí la idea pesimista del «estado de naturaleza» y del «Derecho Natural» del hombre: son elocuentes los textos del T. T. P., Cap. XVI (pg. 190, lín. 13-15 y pg. 191, lín. 19-22; en la trad. cast. pp. 57-58), o del T. T. P., cap. V (pp. 73-74, lín. 31-35 y 1-3; en la trad. cast., pg. 35). Del carácter determinista que todo ello sugiere es buena prueba el conocido texto en que SPINOZA se burla de quienes creen que la libertad pueda asimilarse a arbitrio ilimitado del hombre: «la experiencia misma enseña que los hombres creen ser libre sólo a causa de que son conscientes de sus acciones e ignorantes de las causas que las determinan». (*Ética*, III, prop. II, pg. 143, Un. 29-35).

[9] *Ética*, IV, Prop. XVIII, esc. (Ibíd., pp. 221-222) y T. T. P., cap. XVI, pág. 189 (lín. 25 y ss.) y pg. 191 (lín. 9-10) (en la trad. cast., pp. 56 y 58): «la ley suprema de la naturaleza es que cada cosa trate de mantenerse en su estado en tanto que subsiste...» «Nadie puede dudar cuán útil es a los hombres vivir según las leyes y consejos de nuestra razón, que, como ya dijimos, *non nisi verum hominum utile intendunt*».

[10] «Todo esfuerzo que realizamos según la razón no es otra cosa que conocimiento, y el alma, en la medida en que usa la razón, no juzga útil nada más que lo que le lleva

explicación de la sociedad y el orden político, merced al recurso a la noción de «imitación de afectos», que es quizá uno de los conceptos en que se advierte con mayor claridad el carácter ambivalente de la realidad y de la explicación de la misma que nos procura SPINOZA. Efectivamente, en principio y como consideración, la imitación de afectos es el resorte del que derivan todas las relaciones humanas y la sociedad misma[11], resorte que de alguna manera, en mi opinión, podría ser relacionado con el ideal de la *pietas* clásica[12], y aun con la noción posterior de simpatía que puede encontrarse como base del conocimiento moral y de la esencia o constitutivo de la moralidad en HUME (participación en las mismas pasiones o afecciones)[13], sobre todo por cuanto hay en HUME en el fondo la idea de una suerte de *«mano invisible»* -por utilizar el tópico tan querido al liberalismo-, que es la noción del «partido de la humanidad», como una exigencia de la razón mediante la cual todos los intereses concuerdan, lo que es casi textualmente lo mismo de SPINOZA: «en la medida en que los hombres viven bajo la guía de la razón concuerdan siempre necesariamente en naturaleza» (y ello a pesar de que la imitación de los afectos es fuente de una contradicción insalvable: si efectivamente los demás coinciden con nosotros y aman y odian lo que nosotros, se producirá la competencia y en caso contrario, el conflicto: mejor, sólo por esa guía de la razón se puede superar esa contradicción)[14]. Por consiguiente, la sociedad, en el TTP es -por la guía y dominio de la razón- la vía para salvar el estado «miserable» al que conduce el Derecho Natural de deseo y violencia[15]. Por eso, por

---

al conocimiento» (Ética, IV, Prop. XXXVII, pg. 227). Que este conocimiento culmine en el *Deus sive Natura* del panteísmo spinoziano es el corolario obligado que, obviamente, recogerá HEGEL.

[11] Cfr. *Ética* III. Prop. XIV y ss., esp. Prop. XXXI, esc. (Lín. 25-31), pg. 164 (*Opera* cit.).

[12] Sobre la *pietas*, *fides* y *humanitas* como ideales básicos y nociones claves en el orden jurídico, vid. BALLESTEROS, *Sobre el sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1985, 2.ª, pp. 102 y ss.

[13] Sobre todo en cuanto simpatía extensiva a la humanidad. Cfr. su *Treatrise of Human Nature*, Book III, Part III, Sect. II, pp. 349 y ss. Cito por la ed. de T. H. GREEN & T. H. GROSE, Scientia, V. Aalen, Darmstadt, 1964 (2.º vol.) BOOK III, P. III, Sect. II, pp. 349 y ss.) y *Enquire concerning the Principles of Morals* (Por la misma ed. 4.º vol., sect. V, part. 2, pp. 214 y ss. y secc. VI, part. I, pp. 217 y ss.). No estoy muy seguro, sin embargo, de si ese paralelismo se correspondería más con la noción de simpatía de HUME o con la de SMITH, que habla más bien de *fellow-feeling*, e insiste en las circunstancias que dan origen a los sentimientos compartidos y en la mutua influencia, al recaer sobre el sujeto que ha despertado la simpatía este sentimiento (cfr. su *The Theory of Moral Sentiments*, ed. de RAPHAEL-MACFIE, Oxford, Clarendon Press, 1976, 1.ª Parte, Secc. 1.ª, cap. 4, párrafo 7 y 1.ª Parte, 3.ª Secc., cap. 1, párrafo 9, nota).

[14] *Ética* IV, Prop. XXXIV y XXXV, en Ópera II cit., pp. 226 y 227. Que en última instancia la traducción de todo esto es que, llevados por las exigencias de la utilidad racional *los vicios privados redundan en los beneficios públicos* es una sugestiva interpretación que parece insinuar RODRÍGUEZ PANIAGUA, op. cit., pg. 129.

[15] T. T. P., cap. XVI, pp. 190 (lín. 13-15) y 191 (lín. 19-22) de la ed. de Ópera cit. (en la trad. cast., pp. 57-58).

la utilidad y por la seguridad y para garantizar que todos sigan los dictámenes de la razón, surge el poder político[16], un poder que es democrático: «En verdad se llama democracia este derecho de la sociedad que por esta razón se define; asamblea de todos los hombres que tienen colegiadamente soberano derecho en todas las cosas que pueden, de lo cual se deduce que la soberana potestad no está obligada por ninguna ley, y que todos deben obedecerla en todo»[17]. Aquí es donde se plantea lo que nos interesa más -y justifica la aparente disgresión, porque entre otras cosas prefigura la posición de ROUSSEAU, aunque con un matiz importante-, esto es, el problema de la libertad: «Quizá pensará alguno que hacemos con este razonamiento a los súbditos siervos... Si el fin de la acción no es la utilidad del agente mismo, sino de quien impera, entonces el agente es siervo e inútil para sí. Pero en una República, o en un Imperio, en que la salvación del pueblo, no del soberano, es la ley suprema, el que obedece en todas las cosas al poder supremo no debe llamarse siervo inútil para sí, sino súbdito», y ello por tres razones, en mi opinión, que expone el propio Spinoza:

a) En primer lugar porque no es libre quien obra a su antojo: «aquel que es arrastrado por sus deseos y no puede ver ni hacer nada de lo que es útil, es propiamente siervo y sólo es libre el que con ánimo íntegro sirve según las reglas de la razón»[18].

b) Además, porque esta situación no es asimilable ni a la esclavitud o dependencia del siervo respecto al amo, ni a la del niño respecto a su padre (no es un gobierno paternalista), porque aquí el súbdito hace «por mandato del soberano, lo que es conveniente para el interés común y, por tanto, para él»[19], mientras que en el primer caso se actúa para utilidad del señor, y en el del niño, se hace lo que es útil *ex mandato parentis*. Por tanto, el súbdito puede ser «libre cuando quiere».

c) Por fin, siguiendo un viejo motivo aristotélico, porque «en el Estado democrático son menos de temer los absurdos, porque es casi imposible que la mayor parte de una asamblea, especialmente si es numerosa, convenga en un absurdo»[20].

La conclusión es obvia: la forma democrática es la mejor, porque, como escribe SPINOZA, «me parece la más natural y la más aproximada a la libertad que la naturaleza concede a todos los hombres»[21]. Pero

---

[16] Ibíd., cap. V, pp. 73-74 (lín. 31-35 y 1-3) (en la trad. cast. pg. 35), y cap. XVII *in extenso*.

[17] Ibíd., cap. XVI, pp. 193 (lín. 25-30) (trad. cast. pg. 61), y pp. 194 (lín. 18) y 195 (lín. 1-5) (en la trad. cast., pp. 62-63).

[18] Ibíd., ibíd., pg. 194 (lín. 26-30) (trad. cast., pg. 62).

[19] Ibíd., ibíd., pg. 195 (lín. 12-15) (trad. cast., pg. 63). Por eso, añade en la *adnotatio* XXXIII, pg. 263: «Nam verte homo eatemus liber est, quatemus ratione ducitur... quo homo ratione magis ducitur, id est, quo magis est liber, eo magis constantes civitatis iura servabit...».

[20] Ibíd., Ibíd., pg. 194 (lín. 16-19) (trad. cast., pg. 62).

[21] Ibíd., Ibíd., pg. 195 (líneas 14-17) (trad. cast., pg. 63).

con un importante matiz, por otra parte coherente con los supuestos filosóficos que inspiran la fórmula democrática spinoziana, porque, 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. Sea lo que quiera lo que prometió, si recae en daño del Estado no puede cumplirlo sino rompiendo la fe que había dado a sus súbditos, a la que esté ante todo obligado y que había ofrecido obedecer religiosamente»[22]. De ello se desprenden las siguientes consecuencias:

1) En primer lugar, que, a diferencia de la situación de naturaleza, en el orden social y político hay un criterio objetivo de justicia, y éste no emana de la voluntad de uno, sino de *todos*. Sin embargo, aquí se planteará el problema que ROUSSEAU tratará asimismo de resolver. En principio, la solución de SPINOZA parece la misma, y así lo sugiere la reiterada expresión *una veluti mente ducitur*, donde el carácter de *presunción* es evidente, y, por tanto, la exclusión de la disidencia. Sin embargo, como expondré inmediatamente, eso será matizado en *TTP. Cap. XX*.

2) Además, cuando se sostiene abiertamente la licitud del engaño, o incumplimiento de las promesas, hay que pensar más bien en las relaciones entre los Estados, o entre éstos y quienes no son sus súbditos, por cuanto no parece lógico pensar que SPINOZA sostenga la posibilidad de autoengañarse. Se trata, en todo caso, de la primacía de la noción de utilidad, que va por delante de la constancia en la voluntad del soberano democrático (por otra parte, como explicaré en relación con el *TP*, lejos de la universalidad, por las clásicas exclusiones).

Todo ello queda más claro, según es opinión común, en el Cap. XX del *Tractatus Theologicus-Politicus* (sin que, como algunos defienden, exista abierta contradicción), donde SPINOZA conciliará la soberanía del Estado (soberanía democrática) con el propósito ya enunciado en el subtítulo del TTP: *Continens Disertationes aliquot quibus ostenditus libertatem philosophandi non tantum salva Pietate et Reipublicae Pace posse concedi: sed eamdem nisi cum Pace Reipublicae ipsaeque Pietate tolli non posse*[23]. Efectivamente, ese capítulo concluye con la afirmación

---

[22] Ibíd., ibíd., pg. 197 (lín. 5-10) (trad. cast., pg. 65). Líneas más arriba, escribe: «¿Quién, no siendo un necio que ignora el derecho de los poderes soberanos, llega a fiarse de las promesas y de las palabras de aquel que tiene el poder y el derecho de hacerlo todo y para quien debe ser ley suprema la salud y felicidad de su pueblo?» Por otra parte, SPINOZA deja claro que en el estado de naturaleza no se puede vincular mediante promesa a una conducta que va en propio perjuicio, y para librarse de ello es lícito el engaño (como en el caso del ladrón): ibíd., ibíd., pg. 191 (lín. 30-35) y 192 (1-7) y *adnot* XXXII (pg. 263): «En el estado civil o político, en que el derecho de la comunidad decide qué es bueno y qué malo, es propio distinguir entre bueno y malo. Pero en el estado de naturaleza en que cada cual es su propio juez y tiene perfecto derecho a prescribir e interpretar las leyes por sí mismo e incluso abolirlas cuando lo considera útil, es por completo inconcebible *dolo malo agere*».

[23] Cfr. asimismo el Praefatio del T. T. P., pp. 5-12 de la ed. cit. (no recogido en la trad. cast., que se menciona).

de que se ha logrado demostrar tres objetivos (sintetizo sin reproducir la extensa argumentación de SPINOZA):

a) Que la libertad de pensamiento y comunicación es una necesidad y un derecho: cada uno es dueño de sus pensamientos, y no hay poder capaz de impedirlo. Por otra parte, es irreprimible la tendencia de los hombres a comunicarse («a decir y enseñar lo que piensa»), y esa libertad es condición de progreso de las ciencias y las artes[24].

b) Que esa libertad es compatible con la autoridad. Más aún, que las leyes contrarias a ella, no sólo son violencia («será un gobierno violentísimo aquél en que se niegue a cada uno la libertad de decir y enseñar lo que piensa», o «cuanto menos se concede a los hombres la libertad de pensar más se les aparta de su natural estado y, por consecuencia más violentamente se reina»), sino además, inútiles, y aun gravemente perjudiciales para el bien de la sociedad y del Estado[25], porque, y con esto verdaderamente se alcanza el nervio de la argumentación y, al menos en mi opinión, la diferencia básica con ROUSSEAU, con ello se originarían dos *efectos perversos*:

1. La corrupción de la sociedad: si efectivamente se consiguiera evitar que los hombres pudieran expresar lo que piensan cuando ello es contrario a la voluntad del soberano (y, adviértase, esto no es un supuesto fácil cuando el soberano es democrático, según SPINOZA) «no podrá conseguirse nunca que piensen sino aquello que quieren. De esto se deduce necesariamente que los hombres pensarán de una manera y hablarán de otra y, por tanto, que la fe, tan necesaria en el Estado, se irá corrompiendo y alcanzando favor la adulación abominable y la perfidia, de donde seguirían los engaños y la corrupción de todas las buenas costumbres»[26].

2. La eliminación de un caudal importante para la sociedad: los hombres honrados, los espíritus libres (los disidentes): «¿Qué mal mayor puede escogerse para un Estado que ver hombres honrados condenados como criminales al destierro, porque piensan de diversa manera e ignoran el fingimiento? ¿Qué, repito, más pernicioso que conducir a la muerte y considerar como enemigos a hombres que no han cometido crimen ni delito alguno, sino tener el pensamiento libre...?»[27].

c) Por fin, y esto es la conclusión más importante, libertad de pensamiento y poder soberano del pueblo son compatibles: «En el gobierno

---

[24] Cfr. ibíd., cap. XX, pg. 239 (lín. 10-13), 240 (lín. 15-25), 243 (lín. 20-25) y 245 (29-3 l); (trad. cast., pp. 123, 124, 128 y 131).

[25] Cfr. ibíd., ibíd., pp. 240 (lín. 20 y ss.) y 244 (6-13) (trad, cast., pp. 124 y 129).

[26] Ibíd., pg. 243 (lín. 27-32) (trad. cast., pg. 128).

[27] Ibíd., pg. 245 (1-9); trad. cast., pg. 130. El argumento será casi repetido literalmente por THOREAU en su panfleto sobre la desobediencia civil, aunque no hay cita alguna de SPINOZA. En cualquier caso es patente la no criminalización del disidente en esta obra de SPINOZA.

democrático... hemos visto que todos se obligan con su pacto a obrar según la voluntad común, pero no a juzgar y a pensar de ese modo; es porque los hombres no pueden todos pensar del mismo modo, y pactan que tenga fuerza de ley aquella que reúna más sufragios, *conservando sin embargo, autoridad bastante para derogarla si encontrasen otras disposiciones mejores*»[28]. (El subrayado final es mío). Es cierto que, como confiesa SPINOZA, «de tal libertad podrán nacer algunos inconvenientes», pero ¿cuándo no? Por otra parte, esos inconvenientes pueden ser «evitados por la voluntad del soberano», y, como concluye con frase lapidaria, «El que pretende determinar todas las cosas con leyes, más bien irrita los vicios que los corrige»[29].

Hay, pues, dos importantes observaciones sobre el juego de las mayorías: en primer lugar, el reconocimiento de que la opinión de la mayoría puede cambiar, y además la necesidad de evitar el perseguir a quienes no sólo piensan sino que se expresan o enseñan de manera distinta a esa mayoría su opinión, con tal de que la obedezcan, porque hay que garantizar el derecho básico a pensar y expresarse libremente, que es una de las vías por las que puede cambiar la opinión de la mayoría, y, por consiguiente, el fundamento mismo del gobierno democrático. Sin embargo, el análisis de SPINOZA que, como se acaba de ver, resulta un hito decisivo y prefigura la aportación de ROUSSEAU de KANT y FICHTE queda lastrado por importantes matizaciones posteriores en el *Tractatus Politicus*, donde se refuerza el carácter incontestable de la voluntad del soberano, la «lectura fuerte» de la expresión *una veluti mente ducitur* (que, por otra parte, lo que no siempre se recuerda, ya se encuentra en el *TTP*), como cuando se sostiene que, como tal, el pecado no es sino un acto «contrario a la ley o prohibido por la ley... sólo concebible dentro del Estado», y, sobre todo, al afirmar que «cada uno tiene obligación de obedecer los mandamientos nacidos de un acuerdo unánime. Y si rehúsa, los demás... tendrían el derecho de obligarle»[30]. A ello hay que añadir que el poder que se reconoce al Estado -sin el que no hay Derecho[31]- es casi ilimitado, pues aunque no puede violar las leyes de la razón, es *sui iuris*, no le obligan las leyes positivas, ni tampoco los pactos, y sólo comete falta «cuando cumple o tolera actos susceptibles de arrastrarle a su propia ruina», pues «El Estado no está obligado a nadie fuera de sí mismo»[32]. Las afirmaciones más radicales, sin embargo,

---

[28] Ibíd., ibíd., pg. 245 (lín. 23 y ss.); trad. cast., pp. 130-131.

[29] Ibíd., ibíd., pg. 243 (lín. 10-19): «Aquello que no puede prohibirse debe concederse, aunque por este motivo con frecuencia pueda seguirse algún perjuicio». (trad. cast. pp. 127-128). Cfr. también pg. 245 (lín. 31 y ss.) (trad. cast. pg. 131).

[30] T. P., II, 21, 19 y 16 (pp. 283 -lín. 15/17-, 282 -lín. 30/35- y 281 -lín. 32/35-) (trad. cast., pág. 154, 153 y 152).

[31] T. P., III, 2, pp. 284-285 (trad. cast. pg. 157: «también el Estado... goza de un derecho que se mide por el grado de su poder»).

[32] Ibíd., IV, 4 y 5 (pp. 292, lín. 26 y ss., y 293, 4 y ss., 30 y ss.), (trad. cast., pg. 167-170).

son aquéllas en que se afirma, en primer lugar, el carácter justo de la voluntad única, y, en segundo término, el derecho a obligar a los ciudadanos a vivir según razón:

1) La primera de esas consecuencias es ya indiferenciable de los calificativos que aplica ROUSSEAU a la *volonté générale*: «en cuanto el Estado es un cuerpo guiado como si tuviera sólo un espíritu... la voluntad de la República es tenida por la voluntad de todos y los actos declarados justos y buenos por la República, lo son también por este hecho, por cada uno de los súbditos[33].

2) La segunda, tampoco es separable de la afirmación de ROUSSEAU en el C. S. I, VII acerca del derecho a «obligar a ser libres». Se trata de lo siguiente: «es necesario que todos, por fuerza o por necesidad, si no es espontáneamente, se vean obligados a vivir según los preceptos de la razón. Para lograr este fin, el funcionamiento del Estado se ordenará de forma que nada de lo que se refiera al bienestar general se confiará plenamente a la buena fe de un solo hombre»[34].

Ello es, por otra parte, coherente, con el reconocimiento explícito en el *TP* de que el fin de la sociedad y el Estado, más que la libertad, es la erradicación del miedo: «El fin del estado civil no es otro que el de la consecución de la paz y la seguridad de la vida»[35]. Téngase en cuenta, finalmente, que en SPINOZA se recogen las clásicas exclusiones de tres categorías de sujetos que no entran a formar la voluntad única[36]: Los extranjeros (porque obedecen leyes distintas a las de la patria), las mujeres, los niños tutelados y los esclavos (porque no son independientes de sus maridos, padres y dueños) y los delincuentes (porque no llevan una vida honrada), lo que agrava aún más el riesgo que las propuestas del *Tractatus Politicus* suponen, si bien, desde luego, estas exclusiones son una observación común en el período histórico contemplado.

---

[33] Ibíd., III, 5, pg. 280 (lín. 5-11) (trad. cast., pg. 158).

[34] Ibíd., VI, 3, pg. 298 (lín. 1-5) (trad. cast. pg. 176).

[35] Ibíd., V, 2, pg. 295 (lín. 15/18), (trad. pg. 172), y III, 6: «El Estado político se ha instituido como una solución natural con el fin de disipar el miedo general y eliminar las miserias comunes» (pg. 286, lín. 25/30) (trad. cast., pg. 159). Aunque en el subtítulo del T. P. se afirme que de lo que se trata es *ut Pax libertasque civium inviolata maneat*.

[36] *T. P.*, XI, 3, pg. 359 (lín. 19-31) (trad. cast. pg. 261).

EL CUATRILEMA DEL CONSECUENCIALISMO

1

El concepto ordinario de causa, al menos cuando se aplica a las acciones humanas, hace referencia a normas que, en parte, pertenecen a la moral positiva. Esas normas definen, por ejemplo, cuáles son las circunstancias normales del contexto que deben ser excluidas en la búsqueda de la condición suficiente que es generalmente identificada con la causa, o ellas determinan el deber de actuar en el caso de omisiones que son consideradas causa de cierto resultado (conf. H. A. Hart, y R. M. Honoré, *Causation in the Law*, Oxford y J. L. Mackie, *The Cement of the Universe*, Oxford, Cap. V).

2

El uso directo del concepto de causa no implica adhesión a esas normas, y sólo puede conducir a esa adhesión por inadvertencia y por una inversión del principio de superveniencia.

3

En el contexto de una teoría normativa crítica se puede neutralizar esa adhesión usando un concepto de responsabilidad independiente del concepto de causa. (También se puede usar un concepto revisado de causa que dependa de deberes de una moral crítica, coincidiendo con el concepto de responsabilidad).

4

Esa posibilidad no parece estar abierta al consecuencialismo ético. Esta posición parte de un principio que valora a las acciones exclusivamente por sus efectos causales en el bienestar, utilidad, miseria o dolor de la gente. Esto enfrenta al consecuencialismo con el siguiente cuatrilema:

A. O bien hace depender sus conclusiones éticas completamente del veredicto de la moral positiva, de modo que si esa moral no establece un deber de actuar debe concluirse que no se ha causado un cierto resultado (malo o bueno) y no se ha violado o cumplido con el principio consecuencialista; o

B. si no, se recurre a normas de deber de una moral crítica, las que, por tener prioridad lógica sobre el principio que valora a las acciones por sus consecuencias, convierte al sistema ético en un sistema deontológico; o

C. se pretende rectificar la moral vigente recurriendo al mismo principio consecuencialista, con lo que éste se convierte en circular, ya que usa un concepto de causa que depende de deberes que surgen del mismo principio consecuencialista; o

D. el principio consecuencialista usa un concepto estipulativo de causa, que no hace referencia a normas de una moral social o crítica, como el que alude a condiciones suficientes y necesarias sin la restricción a la cláusula «en las condiciones normales del contexto», que remite a presupuestos normativos. En esta alternativa (que parece ser aceptada por autores como J. Glover, *Causing Death and Saving Lives, Harmond Worth*, P. Z. Singer, *Practical Ethics*) el principio consecuencialista tiene implicaciones gravemente contraintuitivas, como la de que la India actuó objetivamente en forma inmoral al no impedir la «guerra del fútbol» entre Honduras y El Salvador.

5

En resumen, el consecuencialismo 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. No puede ser una teoría moral adecuada.

DEMOCRACIA E IGUALDAD EN AMÉRICA LATINA (*)

Desigualdades en América Latina: la posibilidad de la democracia.

América Latina sufre, desde 1981, la más grave crisis económica de la segunda mitad de este siglo.

La crisis no sólo es persistente, sino también profunda y amplia.

Persistente, porque sus principales características y síntomas permanecen hasta hoy, de modo que no se necesita ser siquiera muy pesimista para vaticinar que en muchas economías del continente el ingreso por habitante será menor en 1990 que en 1980. Por otra parte, en un muy reciente informe anual de la Comisión Económica para América latina (CEPAL), dado a conocer en Santiago (Chile) el 23 de septiembre de este año, se pronostican para 1988, en la mayoría de los países, indicadores económicos más desfavorables que los exhibidos en el curso de 1987.

La crisis es además profunda, porque se refleja en un empeoramiento serio de los mencionados indicadores económicos, tales como producción, empleo, remuneraciones y endeudamiento externo.

Y amplia -añadimos- por el alto número y variadas y diversas características de las economías de la región que han sufrido las consecuencias de la crisis. Con esto último se quiere decir que la crisis ha afectado tanto a economías grandes (Méjico, Brasil) como pequeñas (los países de América Central); a países exportadores de combustible (como Venezuela y Ecuador) y a naciones que dependen completamente de las importaciones para su abastecimiento de combustible (como Uruguay y Paraguay); a países que han aplicado políticas más intervencionistas (Perú) y a otros que han seguido el libre juego de las reglas del mercado (Chile).

Las dimensiones de esta crisis se harán ver todavía más fuertemente en el grave problema de la pobreza en el continente latinoamericano. Hoy puede estimarse en 130 millones de personas la cifra de quienes viven en condiciones de pobreza crítica en América Latina, lo cual equivale al 35% de la población total. En el año 2000, cerca de 170 millones de latinoamericanos continuarán viviendo en condiciones de pobreza crítica.

(*) Este trabajo, con algunas variantes, corresponde a la ponencia presentada en el Congreso «América Latina y Europa en Diálogo», que tuvo lugar en Münster desde el 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987.

Así, en ese año -ya no tan lejano- uno de cada cuatro habitantes urbanos será pobre, en tanto que el 50% de los habitantes rurales será pobre también. Con todo, la incidencia de la pobreza en relación a la población total habrá descendido en esa época a un 30%.

Ahora bien, la disminución relativa de la pobreza crítica en el presente decenio y en el próximo, se estima que será menor que la experimentada en el decenio 1970-80. Así, mientras que entre 1970 y 1980 los cálculos muestran una reducción de la incidencia de la pobreza de 40% a 35%, entre 1980 y el año 2000 dicha incidencia se reducirá sólo del 35% al 30%.

Del modo indicado, los pronósticos acerca de un crecimiento económico insuficiente en los próximos años agudizará el problema de la pobreza y, por consiguiente, la situación de desigualdad que, en proporciones variables, muestran internamente los países latinoamericanos.

Mi pregunta, entonces, es si la democracia como forma de gobierno -reconquistada o en vías de ser reconquistada en la mayoría de los países del continente- podrá o no ayudar a una atenuación de las desigualdades materiales existentes al interior de nuestros países, o cuando menos, a morigerar el impacto adverso que en tal sentido está provocando la actual crisis económica. Con esta pregunta quiere explorarse acerca de si las estrategias orientadas a expandir el aparato productivo podrán o no llevarse a cabo haciéndose cargo, a la vez, de las actuales deficiencias distributivas que muestran las democracias latinoamericanas.

De acuerdo a lo que expresamos en la parte inicial de este trabajo, el pronóstico no puede ser ciertamente muy alentador, porque la falta de un adecuado crecimiento obstaculizará cualquier estrategia redistributiva por medio de intentar una satisfacción de las necesidades básicas de las distintas poblaciones. Este pronóstico puede a su vez verse agravado por la circunstancia de que los países de América Latina, en atención al servicio que vienen haciendo de la deuda externa, propenderán seguramente a una expansión de la actividad económica vinculada antes a las exportaciones que a la economía interna, con las consiguientes restricciones en materia de gasto público, empleo y consumo. Cabe anotar, por ejemplo, que las transferencias de recursos que han debido realizar los distintos países de América Latina entre 1982 y 1985 alcanzó al 4'2% del producto del año, cifra que es el doble de las reparaciones de guerra que debió realizar Alemania a los países vencedores en la segunda guerra mundial. Sin embargo, y pese a este tremendo esfuerzo, los países deudores no alcanzaron a cubrir la mitad de los pagos de los intereses de la deuda correspondiente a la región.

Sin embargo, el problema de la redistribución de la riqueza y de la consiguiente atenuación de las desigualdades materiales al interior de cada país, no es un asunto que dependa únicamente de los niveles que pueda alcanzar el crecimiento económico en los diversos países, sino también de la voluntad política de los gobiernos democráticos en favor de la obtención en América Latina de sociedades más igualitarias, así como de los consensos que estos mismos gobiernos puedan conseguir en relación con esta finalidad.

Decimos lo anterior porque en América Latina no parece haber existido antes una relación que pueda considerarse favorable entre crecimiento económico y disminución de las desigualdades materiales entre los distintos sectores de cada población, lo cual resulta expresivo de que las estructuras de poder han tenido también influencia en la estabilidad de condiciones distributivas no equitativas entre los diversos grupos sociales.

En efecto, entre 1960 y l980, los dos decenios que corresponden a los de mayor crecimiento económico en América Latina, la duplicación en ese mismo período del producto bruto por habitante no trajo consigo, por ejemplo, una reducción de la incidencia de la pobreza en una proporción que pudiera considerarse similar. De este modo, entre 1960 y 1980, el producto bruto por habitante en América Latina, medido en dólares de 1970, aumentó de 550 a 1.000, esto es, en un 84%, en tanto que la incidencia de la pobreza se redujo sólo del 50% al 35%, habiendo por otra parte aumentado, en términos absolutos, de 112 millones a 130 millones de personas. En consecuencia, se puede afirmar que los beneficios del crecimiento económico en ese período no se reflejaron de una manera proporcional en la reducción de la magnitud de la pobreza, y, por la inversa, la distribución del ingreso se hizo más desigual. El crecimiento económico, entonces, no se reflejó en efectos que puedan considerarse equitativos.

Hoy y mañana, por otra parte, con un menor crecimiento y, sobre todo, con un producto cuyo componente en expansión será seguramente el rubro exportaciones, con la consiguiente destinación de los mayores ingresos al servicio de la deuda y no a la satisfacción de las necesidades básicas, las dificultades para conseguir mayor equidad en las economías internas de nuestras sociedades serán todavía más acentuadas.

Sin embargo, si todo ello refuerza la posibilidad de que hacia finales de esta década, como también de la próxima, América Latina tenga sociedades aún más desiguales desde el punto de vista material, nos parece que, por otro lado, no tendría por qué descartarse una cierta influencia que en un sentido opuesto pueda tal vez hacer valer la democracia como forma de gobierno preponderante en el continente, dada -por una parte- la mayor permeabilidad de la democracia a la identificación y satisfacción de las llamadas necesidades básicas de la población, -y por otra- su mayor poder de negociación y de acuerdo en el plano internacional, tanto para obtener mejores fórmulas de servicio de la deuda, como para convenir pactos económicos regionales y subregionales que puedan colaborar a revertir, en alguna medida, los pronósticos poco alentadores que se formulan en la actualidad. Así, es sabido que ocho naciones de América Latina -todas con regímenes democráticos-, han constituido el llamado «Grupo de los 8», destinado a encarar en conjunto el problema de la deuda, como también a abrir un camino -seguramente largo de recorrer- por el que pueda llegarse algún día al ansiado mercado común latinoamericano. Los presidentes de estos países se reunieron en Acapulco los días 27 y 28 de noviembre de 1987 y entre ellos no estuvieron los mandatarios de Chile y de Paraguay.

Desde luego que América Latina es una realidad heterogénea y que, sobre todo en materia económica, es ilusiorio proponer políticas que puedan llegar a tener una perfecta validez general en todos los países.

Esta diversa realidad de las naciones del continente se aprecia, por ejemplo, en las diferencias del producto interno por habitante, que en algunos países es inferior a 800 dólares anuales (Bolivia), en otros oscila entre 1.000 y 1.400 dólares anuales (Perú, Ecuador), en tanto que otras naciones, que pueden ser calificadas de «mediano desarrollo» (Brasil y Argentina) se encuentran a este respecto en mejores condiciones. La diversidad se muestra también en la muy distinta incidencia de la pobreza y en la diferente proporción de indigentes que tiene cada país. En Brasil y Perú, por ejemplo, casi la mitad de los pobres son indigentes, en Colombia y Venezuela el 40%, y en Argentina sólo el 10%.

Por otra parte, en países como Argentina y Uruguay, el 40% más pobre de la población concentra aproximadamente entre el 14% y el 19% del ingreso total, mientras que en Chile este mismo segmento de la población logra participar apenas en el 10%. Por otra parte, el desempleo urbano en 1980 era en Brasil del 3,8%, en Argentina del 4,8%, en Chile del 13,4% y en Bolivia del 20%. Habría que decir, también, que el deterioro de la situación ocupacional en América Latina ha ido de la mano con un aumento considerable de las diversas formas del subempleo. El caso extremo a este último respecto es el de Perú, donde entre 1980 y 1985 la tasa de desocupación abierta subió de 7% a 10%, mientras que la tasa de subocupación se elevó del 26% al 42,5%.

Por otra parte, y desde el punto de vista político, la reposición de la democracia en algunos países muestra también la heterogeneidad de nuestras naciones, puesto que tal reposición no ha tenido lugar simultáneamente, ni por unas mismas causas ni en similares condiciones de estabilidad futura en todos los países.

Sin embargo, el desafío consiste -según nos parece- en utilizar la democracia no sólo para obtener su propia consolidación como forma de gobierno, así como el reforzamiento consiguiente del régimen de libertades que ella supone -lo cual es, por sí solo, toda una tarea-, sino también para propender con gradualidad, aunque también con persistencia -algo así como la tesis de Bobbio de «un paso a la vez»-, a una atenuación de las desigualdades materiales más evidentes e injustas que se muestran hoy, en distintas proporciones, según hemos visto, en las naciones de nuestro atribulado continente.

Se trata, como puede verse, del tema de la relación entre democracia e igualdad, el cual supone, como es obvio, que esclarezcamos a continuación qué entendemos por democracia y por igualdad, para establecer luego si es posible suscribir como una exigencia, y asimismo como una posibilidad, que desde la democracia se marche deliberadamente en pos de metas igualitarias, cuyos logros no signifiquen, por cierto, que la democracia deba pagar el precio del sacrificio de la libertad; un precio demasiado alto, en verdad, que la democracia no puede nunca pagar sin dejar de ser ella misma.

Una noción procedimental de democracia.

La palabra «democracia» suele ser empleada en diversos sentidos.

En primer término, se la utiliza, frecuentemente, para aludir a una

determinada forma de gobierno, y es en este sentido, precisamente, del que tratarán de la democracia las páginas que siguen de esta ponencia.

Se usa también la palabra «democracia» para designar no ya una determinada *forma* de gobierno, sino un cierto *contenido* de un orden social y económico a ser instaurado desde el gobierno, concretamente de un orden que, al privilegiar la igualdad por sobre la libertad de los individuos, tiene por finalidad la nivelación de las desigualdades resultantes de las diferencias de clase. De acuerdo a este uso, el término «democracia» adquiere un sentido más económico que político y se asocia, además, al concepto de economía planificada.

Todavía, y sobre todo en el lenguaje común de las personas, la palabra «democracia» es empleada para referirse a algo todavía más general: a una determinada actitud o forma de vida, en la que se combinan hábitos tales como el respeto a la personalidad e ideas de los demás, la disposición a escuchar y atender razones, la crítica y la autocrítica, la intención persuasiva antes que el afán de imponerse, la tendencia a la búsqueda de soluciones convenidas que articulen el mayor número de intereses, la duda sobre los puntos de vista propios y, aún, un cierto sentimiento de culpa y de falibilidad.

En lo que sigue nos vamos a referir a la democracia política, esto es, a la democracia como forma de gobierno, como modo de organizar la adopción de las decisiones colectivas, sentido éste en el que la democracia responde a dos cuestiones fundamentales que se plantean en toda comunidad: quiénes y cómo deben gobernar. Ya veremos, sin embargo, que si la democracia responde a estas dos preguntas, lo hace de una manera puramente procedimental.

Por otra parte, si resulta necesario plantearse las dos preguntas antes enunciadas, a saber, quién y cómo debe gobernar, no es ello simplemente -como cree Popper- porque en el fondo de ambas interrogaciones palpite un germen autoritario, en el sentido de que sólo quienes quieren tener una autoridad sobre sí pueden razonablemente preguntarse acerca de quién deba ser dicha autoridad y cómo deba proceder ésta en las cuestiones de gobierno. Nos parece, en cambio, que lo que conduce inevitablemente a esas dos preguntas, y a la búsqueda de las respuestas correspondientes, es el hecho de vivir en sociedad, y -como acontece hoy- en sociedades extensas y complejas. Extensas, por el alto número de individuos que las componen; y complejas, porque al interior de toda comunidad concurren ideas e intereses múltiples y diversos, cuando no francamente contrapuestos entre sí. Es ese doble carácter de nuestras sociedades, entonces -el de ser plurales y a la vez pluralistas-, lo que conduce a la pregunta acerca de quiénes y cómo deberán adoptar las decisiones de interés común.

Tiene razón, pues, Berlin cuando en su conocida conferencia sobre *Dos conceptos de libertad*, apunta que «si los hombres no hubieran estado en desacuerdo sobre la finalidad de la vida y nuestros antepasados hubiesen seguido imperturbables en el Jardín del Edén, apenas pudieran haber sido concebidos los estudios a los que está dedicada la cátedra de teoría política y social», puesto que tales estudios -concluye el autor- «tienen su origen y se desarrollan en la existencia de la discordia».

La contribución a la teoría democrática de parte de algunos de los más destacados juristas del presente siglo, como Hans Kelsen, Alf Ross y Norberto Bobbio, nos facilita la afirmación acerca de que la idea tradicional y comúnmente convenida en nuestro tiempo de la democracia política, presenta a ésta como una forma de gobierno en la que el poder político, o sea, la soberanía, esto es, la facultad de tomar decisiones colectivas, pertenece en derecho a la población adulta toda y no meramente a un individuo singular o a un grupo específico y limitado de gente. El poder político -decimos-, o sea, lo que captamos de él, esto es, los actos de autoridad en que este mismo poder se expresa, a saber, actos legislativos, actos de la administración y decisiones de orden jurisdiccional.

Ahora bien, ¿que quiere decir que el poder político se encuentre radicado en el pueblo en su totalidad, puesto que es claro que el pueblo, en cuanto tal, no establece directamente el contenido de las leyes, ni emite tampoco los actos administrativos ni procede, por último, al conocimiento y fallo de los asuntos jurídicamente relevantes que se promueven en el curso de la vida social?

Podemos decir que se considerará que el poder descansa en el pueblo si el o los órganos de gobierno que establecen el contenido de la voluntad nacional en su forma suprema y más general, es o han sido instituidos como representantes del pueblo. Ahora bien, para que los órganos supremos del Estado puedan ser tenidos como representantes del pueblo, se requiere, desde luego, como condición básica, la existencia de elecciones periódicas, amplias, libres e informadas, porque nadie que se diga representante del pueblo lleva en tal sentido una marca en la frente ni cosa que se le parezca. Sólo un sistema tal de elecciones puede asegurar grados reales y aceptables de representatividad de quienes se instalen temporalmente en el poder público, aunque, por lo mismo, tratándose de una democracia, lo único que puede decirse es que el poder *deriva* del pueblo, aunque no es ejercido directamente por el pueblo.

Así entendida, la democracia resulta ser un método de adopción de las decisiones colectivas, que puede conducir, en consecuencia, a distintos contenidos para esas mismas decisiones, esto es, a diversos órdenes sociales y económicos. Democracia es entonces un procedimiento, un conjunto de reglas, a través de las cuales se opta por un programa social y económico, y no el contenido de un determinado orden social y económico que se considere de antemano como el mejor o el más justo.

Si, pues, a fin de cuentas, la democracia política es un procedimiento de toma de decisiones, esto es, un método para determinar la voluntad de la mayoría, el concepto de democracia nada nos dice directamente acerca del contenido efectivo que pueda ser luego instaurado y desarrollado con este método. Como apunta Alf Ross, «la democracia indica un *cómo*, no un *qué*. Apunta, por tanto, a la manera como se efectúan las decisiones políticas y no tiene que ver con algún determinado contenido de estas mismas decisiones». «La democracia -insiste el autor escandinavo- es sólo un método político, una supraideología, y no una norma material relativa al sistema de las condiciones sociales».

Esta definición *formal* de democracia se contrapone -como explica ahora Bobbio- a la definición *sustancial* de democracia. Esta última define la democracia por referencia al contenido de las decisiones que, de acuerdo con determinados valores, deberían adoptarse por el gobierno.

La distinción entre concepción formal y concepción sustancial de democracia -sigue nuevamente Bobbio- «corresponde a la misma distinción que efectuaban los escritores franceses del siglo pasado entre «democratie par le peuple» y «democratie pour le peuple». La definición procedimental que hemos adoptado aquí es la primera: «par le peuple». La definición sustancial es la segunda: «pour le peuple».

Pensamos que Bobbio tiene razón cuando insiste acerca de la necesidad de distinguir entre ambos conceptos de democracia, porque ambas definiciones de democracia pueden perfectamente no coincidir en la realidad de un régimen democrático dado. Puede existir una democracia formal «par le peuple» que no sea del todo «pour le peuple», como ocurre cuando adquiere preeminencia un partido conservador, por ejemplo. Pero también puede haber democracia «pour le peuple» que no sea «par le peuple», como es esa pretendida democracia que se realiza actualmente en países del este europeo y que sus partidarios llaman «democracia popular».

En consecuencia, si la democracia responde a las preguntas de quién y como debe gobernar, lo es sólo de una manera formal o -como se dijo antes- «procedimental». Debe gobernar no alguien determinado de antemano, sino cualquiera que obtenga para sí la mayoría. Y en cuanto a cómo debe gobernarse, la democracia establece únicamente las reglas y procedimientos que deben ser observados en la adopción de las decisiones colectivas, aunque no determina el contenido de estas decisiones. El contenido será, en cada caso, el que corresponda al programa de gobierno que cuente con el apoyo de la mayoría. En este sentido, ser demócrata no es otra cosa que estar dispuesto a entrar periódicamente en lucha de ideas con los demás acerca del mejor o más conveniente orden social y estar dispuesto también a entregar el poder, por un tiempo previamente establecido, a quien obtenga para sí la mayoría.

Además, la idea de democracia se relaciona no con la imposición de un solo punto de vista acerca de cuáles deban ser las condiciones sociales o económicas que deberán prevalecer, aunque éste sea el punto de vista de la mayoría, sino con la concurrencia, debate, compromiso y transacción entre los grupos o puntos de vista opuestos, lo cual supone, por cierto, que éstos se organicen en partidos políticos.

Por lo mismo, el valor del debate que promueve la democracia, que no es sino, en el fondo, el debate que se libra entre las ideas y los intereses opuestos de los mismos grupos y partidos que intervienen en la discusión, no se encuentra propiamente en que ese debate pueda «constituir un camino hacia la verdad a través de la combinación de argumentos, sino -como dice Ross- en ser un camino hacia el compromiso».

Max Weber escribió alguna vez que «la empresa política es una empresa de interesados». Por lo mismo, y en cuanto a que la democracia no busca establecer una verdad en punto a cuáles ideas o intereses son

los mejores, sino tan sólo un acuerdo o compensación entre ellos, Raymond Aron ha podido decir de la democracia que, en el fondo, «es el único régimen que confiesa que la historia de los Estados está y debe estar escrita en prosa y no en verso».

Por lo mismo, nos parece que tiene mucha razón el protagonista del libro *El nombre de la rosa*, Guillermo, el monje benedictino que se caracterizaba «por expresar sus certezas de una manera tan dubitativa», cuando nos propone que «la única verdad consiste en aprender a liberarnos de la insana pasión por la verdad», lo cual valdría, sobre todo, en política, y que -como aconseja luego el mismo Guillermo- habría que huir de los que están dispuestos a morir por la verdad (o sea, los que no están dispuestos a negociar y a transar con los demás), «porque suelen provocar también la muerte de muchos otros, y a menudo antes que la propia y a veces en lugar de la propia».

A esto es a lo que hemos llamado una definición «procedimental» de democracia, o «definición mínima», como la llama por su parte Norberto Bobbio.

Democracia y libertad.

Por lo que se refiere al problema de la libertad y al de la relación de ésta con la democracia, y siguiendo en esto a Ross y a Bobbio, podemos constatar -por una parte- que ciertas libertades son indispensables para el ejercicio del poder democrático, en el sentido de que están ellas indisolublemente ligadas a la democracia como forma de gobierno, puesto que sin esas libertades el principio o regla de la mayoría perdería todo su sentido, y -por otra- que la democracia es también la forma de gobierno que ofrece mejores condiciones para la protección y consiguiente subsistencia de esas mismas libertades.

Así, Bobbio, en uno de sus últimos libros -*El futuro de la democracia*-, sostiene que el Estado liberal es el presupuesto no sólo histórico, sino también jurídico del Estado democrático. Estado liberal y Estado democrático -sigue el autor italiano- son interdependientes de dos formas: en la dirección que va desde el liberalismo hasta la democracia, en el sentido de que se necesitan ciertas libertades para el correcto ejercicio del poder democrático, y en la dirección opuesta, que va desde la democracia hasta el liberalismo, en el sentido de que se necesita el poder democrático para garantizar la existencia y persistencia de las libertades fundamentales», tales como la libertad de pensamiento, expresión, reunión, asociación y, por cierto, la misma libertad política, esto es, el derecho a una participación activa en la adopción de las decisiones colectivas.

Por todo lo dicho, y -sobre todo- porque la democracia se erige, por así decirlo, sobre un andamiaje de libertades, cuya subsistencia, por otra parte, la propia democracia protege y garantiza permitiendo así que estas libertades pervivan y se desarrollen como tales, todo aquel que, por ello, dé valor a la libertad y, en concreto, a las libertades antes señaladas y las considere -como dice Ross- «un bien indispensable, personal y

humano», tiene más que buenas razones para preferir la democracia como forma de gobierno.

Digamos también que la garantía y protección de la libertad se consigue en una democracia, especialmente, por medio de las llamadas «declaraciones de derechos», que, por cierto, limitan el poder de las mayorías en el gobierno. En otras palabras: de acuerdo al principio democrático se cree que la mayoría debe gobernar, pero, al mismo tiempo, se entiende que debe limitarse el poder de la mayoría, y para ello se recurre a las restricciones constitucionales que introducen las declaraciones de derechos.

Como expresa Leonard W. Levy, Premio Pulitzer en 1969, «creemos en la autodeterminación regida por el gobierno de la mayoría y creemos también en las limitaciones al gobierno de la mayoría. Esta paradoja se aclara -dice en seguida el autor norteamericano- si nos fijamos en que la finalidad que persiguen tanto la autodeterminación como las limitaciones impuestas al gobierno de la mayoría es la misma: garantizar la libertad».

Democracia e igualdad.

Como apunta Ross, «si bien la relación de la democracia con la idea de libertad es clara y directa, la situación es muy diferente en lo que hace a la idea de igualdad».

Tanto es así que existe incluso la idea -harto difundida- de que estos dos valores -libertad e igualdad- se repelerían entre sí, y que, por lo mismo, las sociedades, y dentro de éstas los individuos que las componen, estarían colocados fatalmente ante la opción de escoger la libertad con sacrificio de la igualdad, o bien preferir la igualdad teniendo que inmolar en tal caso las libertades que mencionamos hace un instante.

Quizá sí la experiencia histórica de las sociedades capitalistas haya favorecido la idea de que la libertad se consigue al precio de provocar, mantener, y en ocasiones incluso agudizar, las desigualdades materiales existentes entre los hombres, como por su parte las sociedades socialistas que conocemos hayan seguramente estimulado la convicción acerca de que niveles aceptables de igualdad sólo pueden ser conseguidos al precio de tener que sacrificar la libertad.

Por nuestra parte, y sin desconocer las fricciones entre libertad e igualdad, y, sobre todo, las dificultades que encontrará siempre todo programa y acción políticos que intente avanzar hacia una sociedad más igualitaria conservando el régimen de libertades y la democracia que las hace posibles, me parece que ambos puntos de vista -tanto el que desecha la igualdad en nombre de la libertad como el que desprecia el régimen de libertades llamadas «formales» en aras de obtener una mayor igualación social y económica de las personas- simplifican un tanto las cosas, porque pensamos que no se puede desechar de plano el intento de conciliar, dentro de ciertos límites, libertad con igualdad, lo mismo que se hace, por ejemplo, entre libertad y orden.

¿Se repelen orden y libertad?

En cierto punto, sí; pero creo que nadie aceptaría sensatamente hoy la idea de que para tener orden es preciso sacrificar la libertad, como tampoco parece aceptable la idea de que todo orden debe ser rechazado en nombre de la libertad.

Precisamente, el desafío consiste en armonizar orden con libertad, y en advertir que hay una buena dosis de irresponsabilidad política, y hasta de inexcusable simpleza, tanto en la doctrina de quienes desearían sacrificar cándidamente el orden a la libertad, cuanto en la de quienes, presas del terror a la desintegración social y a la falta de autoridad y de dirección, propugnan el sacrificio inverso, esto es, sofocar al máximo las libertades para conseguir así un mínimo de orden.

Me pregunto, entonces, si acaso la relación libertad-igualdad no debería ser planteada de la misma manera, sobre todo si por igualdad se entiende no la supresión de toda diferencia -lo cual constituiría una evidente falta de realismo-, sino, al modo como lo expresa Bobbio, tan sólo la aproximación gradual, pero sostenida, a una «sociedad más igualitaria que las que hemos conocido y conseguido realizar hasta ahora».

«El liberalismo -escribe Bobbio- se inspiró sobre todo en el ideal de libertad. Pero es inútil ocultarnos que la libertad de iniciativa económica ha creado enormes desigualdades no sólo entre hombre y hombre, sino también entre Estado y Estado».

Por lo mismo, parece pertinente demandar de la democracia no sólo la preservación del régimen de libertades que la hacen posible, sino también una voluntad igualitaria, en el sentido de emplear el poder del Estado para atenuar las desigualdades manifiestas e injustas, cuya agudización, por otra parte, puede tornar enteramente ilusorio y vacío, para mucha gente, el disfrute y ejercicio de las libertades públicas. Es evidente, por cierto, que el método democrático, en relación al problema de la disminución de las desigualdades materiales y a la sustitución o reemplazo del tipo de sociedad que más favorece esas mismas desigualdades, es sólo capaz de pequeños y graduales pasos de cantidad, aunque no debe ignorarse -como recuerda Bobbio- «que una ley de la dialéctica consagrada por Engels dice que la cantidad, a la larga, se transforma en calidad».

Sin embargo, habría que recordar que es el valor de la libertad, y no el de la igualdad, el que define en primer lugar a la democracia como forma de gobierno. La misma idea de libertad, incluso, es independiente de la de igualdad, salvo de la de igualdad para la titularidad y ejercicio de la libertad (igualdad política).

Por lo mismo, el problema se plantea en relación con la igualdad material, aunque debe tenerse presente que cuando hablamos aquí de igualdad lo que nos proponemos no es la supresión de toda diferencia -una sociedad enteramente uniforme sería en verdad intolerable-, sino tan sólo la disminución o eliminación de las diferencias más graves o injustas.

Por lo mismo, y empleando aquí el lenguaje de Kelsen, no se trata de emplazar bajo el nombre de «democracia» la ideología de la igualdad, o bien de la justicia, dejando de lado la ideología de la libertad,

sino, como se ha venido diciendo antes en esta misma ponencia, de mantener el ligamen libertad-democracia, aunque demandando de ésta una política económica y social que cautelando la integridad / pervivencia de ese vínculo en lo que tiene de más sustancial, permita avanzar, gradual pero sostenidamente -como fue dicho antes también- a una sociedad más igualitaria que las que hemos conseguido realiza hasta ahora.

Por lo mismo, la mayor igualdad que a nuestro entender podría legítimamente demandarse de un régimen democrático sin poner seriamente en peligro las libertades que lo sustentan y que ese mismo régimen tiene el compromiso y el deber de garantizar y de proteger, no puede ser nunca una igualdad regimental, esto es, impuesta, sino una igualdad buscada trabajosamente, o sea, imaginativamente, a través del propio ejercicio de la libertad, en cuanto este ejercicio no tenga sólo en cuenta las ideas e intereses de cada cual, sino también la persona, las ideas y los intereses del otro, de los demás, con lo cual la libertad no sólo puede ser mantenida, sino que -además- se torna solidaria, esto es, se humaniza.

Por tanto, y a pesar de su indesmentible resonancia utópica, quizá no esté del todo desacertado el viejo lema revolucionario: libertad, igualdad, fraternidad. Tal vez la fraternidad, esto es, la unión y buena correspondencia entre los que lo son o a lo menos se tratan como hermanos, pueda constituir el puente que se necesita tender entre los valores de la libertad y de la igualdad, a fin de que, reconociéndose distintos, no se repelan, y propendan, en cambio, junto con preservar sus respectivas autonomías, a ceder cada cual de sí en la proporción justa que permita la realización simultánea del otro.

«Nunca dejará de haber pobres sobre la tierra», admite uno de los libros del Antiguo Testamento. Sin embargo, lo que se concluye en este texto no es que se deba endurecer el corazón ante los más necesitados, sino todo lo contrario. «Por eso -sigue el *Deuteronomio*- te doy este mandato: abrirás tu mano a tu hermano, al necesitado y al pobre de tu tierra».

Por otra parte, es evidente que para propender a sociedades más igualitarias y, en especial, para conseguir que el crecimiento beneficie en cada país proporcionalmente más a los pobres, se requiere -al parecer inevitablemente- de un cierto grado de intervención de la autoridad pública.

Mario Vargas Llosa, en el *Prólogo* a un libro de aparición reciente en el Perú, junto con defender el principio de libertad en materia económica -a la que considera como «la contrapartida de la libertad política...»- admite, con todo, que «es natural que en un país del tercer mundo, con las desigualdades económicas, la falta de integración cultural y los problemas sociales..., el Estado tenga una función redistributiva que cumplir». Sin embargo, el mismo autor sostiene con énfasis -por otra parte- que lo fundamental es que el «Estado recuerde siempre que, antes de redistribuir la riqueza, hay que producirla».

Se trata, por cierto, de una elección elemental, siempre que se recuerde, también -lo cual Vargas Llosa parece olvidar- que no parece

justo, ni tampoco muy realista, esperar a que la riqueza se acumule para empezar a preocuparse de redistribuirla dentro de ciertos márgenes, o para aguardar algo todavía más ilusorio: que la riqueza acumulada rebalse por sí sola hacia los más pobres. La riqueza no es centrífuga. Tiende por el contrario, junto con crecer, a concentrarse. Y aunque se compartiera la ensoñación de que el crecimiento de la riqueza garantiza por sí solo, a la larga, una mejor distribución de ésta, lo cierto es que el tiempo que ello demandaría, en presencia, sobre todo, de un Estado excesivamente abstencionista, importaría la condena de una o varias generaciones a un grado ciertamente inaceptable de paciencia social. Los padres de hoy no pueden ciertamente calmar el hambre de sus hijos, y ni siquiera consolarlos, con el vaticinio de que probablemente sus nietos podrán comer lo suficiente.

Por otra parte -y siguiendo en esto a Kriele-, quizá convendría recordar que sólo una «economía planificada» -en la que se elimina el mecanismo del mercado y en su lugar el Estado formula un plan económico total cuya ejecución es controlada por un aparato burocrático- es incompatible con la democracia y con el régimen de libertades que ésta supone como forma de gobierno. La «planificación económica», en cambio, que parte del sistema de mercado, pero que aprovecha simultáneamente en forma sistemática y deliberada las numerosas posibilidades -necesidades- de dirigir, limitar y controlar el mercado, es por su parte perfectamente compatible con los derechos fundamentales de las personas.

Una conclusión.

Así las cosas, y sin considerar que libertad e igualdad sean valores propiamente inseparables, nos parece que si bien es el primero de tales valores el que define ante todo a la democracia como forma de gobierno, ello no tiene por qué ser presentado, sin embargo, al modo de un obstáculo insuperable que impediría, o tornaría ilegítima, toda demanda o exigencia a la democracia en orden a obtener sociedades más igualitarias que las que hemos conseguido realizar hasta ahora en América Latina.

Por lo mismo, cabe preguntarse entonces si acaso la relación libertad-igualdad, que algunos consideran como valores inseparables (de modo que no habría propiamente libertad sin igualdad ni igualdad sin libertad), en tanto otros los estiman como valores que se repelen (de manera que habría que optar fatalmente entre ser libres o ser iguales), no debería ser planteada de otro modo, a saber, con clara conciencia de que se trata, en efecto, de valores distintos que pueden, en un cierto punto, colisionar entre sí, y, además, con igualmente clara voluntad de entender que es posible y necesario caminar desde la democracia, deliberada y gradualmente, hacia la obtención de modalidades más igualitarias de convivencia social y económica, aunque sin sacrificar el régimen de libertades -soporte de la democracia- de una manera que comprometa verdaderamente su existencia y funcionamiento.

En consecuencia, se trata de que a través de la democracia protejamos nuestra libertad, aunque sin perder de vista lo que se esconde tras la pregunta que el Presidente argentino, Raúl Alfonsín, dirigió recientemente a Francois Mitterand, con motivo de la reciente visita de éste al país limítrofe: «¿cuánta pobreza puede soportar la libertad?».

Conciliar libertad e igualdad es, ciertamente, un camino erizado de dificultades, sobre todo para la libertad. Pero la actitud del buen demócrata -como dice Bobbio- tiene que ser la de «no hacerse ilusiones respecto a lo mejor», pero, a la vez, la de «no resignarse a lo peor».

Ahora bien, si una propuesta semejante debe ser calificada de «liberal-socialismo», o de «socialismo liberal», o de «liberalismo con justicia social», o -escuetamente- de «social democracia», poco importa en verdad. De lo que se trata, en todo caso, es de no aceptar una contradicción absoluta e irreductible entre libertad e igualdad, y de que, en consecuencia, la democracia se adopte no sólo como expresión y garantía de la primera, sino también como un instrumento de consenso en favor de una atenuación y eliminación de las diferencias más graves e injustas entre los hombres.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

1 «La pobreza en América Latina: dimensiones políticas», colección de Estudios e Informes de la CEPAL, Santiago, 1985.

2 «América Latina: crisis económica y ajuste externo», de Andrés Bianchi, en «Estudios Públicos», n.º 24, Santiago, 1986.

3 «Dos conceptos de libertad», en «Libertad y necesidad en la historia», de Isaiah Berlín, Revista de Occidente, Madrid, 1974, traducción de Julio Bayón.

4 «Fundamento y futuro de la democracia», de Norberto Bobbio, Edeval, Valparaíso, 1986, traducción de Gabriel Del Favero.

5 «¿Qué socialismo?», de Norberto Bobbio, Plaza Janés, Barcelona, 1977, traducción de Juan Moreno.

6 «Esencia y valor de la democracia», de Hans Kelsen, Guadarrama, Madrid, 1977, traducción de Rafael Luego Tapia y Luis Legaz Lacambra.

7 «Why democracy?», de Alf Ross, Harvard University Press, 1952, traducción (no publicada) de Roberto J. Vernengo.

9 «Prólogo» a Hernando de Soto, «El otro sendero», de Mario Vargas Llosa, Editorial El Barranco, Lima, 1986.

10 «Introducción a la teoría del Estado», de Martin Kriele, Depalma, Buenos Aires, 1980, traducción de Eugenio Bulygin.

11 «Capitalización de la deuda, ¿la solución del problema?, entrevista al economista Felipe Larraín, «El Mercurio», Santiago, 25 de octubre de 1987.

12 «El futuro de la democracia», de Norberto Bobbio, Plaza-Janés, Barcelona, traducción de Juan Moreno, 1985.

ARGENTINA: CUESTIÓN MILITAR Y DISCURSO JURÍDICO DEL OLVIDO

Sumario:

I) Condicionamiento de la vida política argentina; II) Construcción de un discurso jurídico específico; III) La estrategia oficial y el protagonismo de los jueces; IV) La ideología «del olvido» y las concesiones al poder militar: A) la ley de «punto final», B) la ley de obediencia debida. *Conclusión*.

I

El tratamiento de la *cuestión militar* en Argentina ha sido permanentemente uno de los motivos más importantes que ha condicionado la vida política del país. Observados todos ellos en conjunto -presencias de la oligarquía, intervención del imperialismo, participación de la jerarquía eclesiástica, etc.- éste es el que más ha marcado el tipo de relaciones entre el Estado y la sociedad civil argentina. Así ha ocurrido por lo menos desde 1930, año en que se produjo la primera interrupción de la legalidad democrática -el 6 de septiembre- a consecuencia del *golpe* militar de corte fascista encabezado por el Gral. José E. Uriburu.

La historia posterior de esas relaciones ha estado intermitentemente viciada por los desequilibrios causados entre regímenes *de facto*, de origen castrense, y gobiernos constitucionales más o menos democráticos. La verificación objetiva de semejante cuadro histórico no ha hecho más que afirmar una hipótesis de investigación en filosofía política que ha provocado un análisis variado de esa realidad. Ello así, pues el carácter reiterativo de las intervenciones políticas de las Fuerzas Armadas (FF. AA.), principalmente del Ejército, y la estabilidad de la hegemonía militar como «esquema de poder» en el marco de un Estado donde esos fenómenos constituyen el eje de la vida política desde hace casi sesenta anos, no puede ser menos que rico manantial para distintas perspectivas disciplinarias (cfr. *Rouquié*, 1983, 20).

Pero al promediar los años setenta y después de un esbozo llevado a cabo con el régimen militar encabezado en primer término por el Gral. Juan C. Onganía (la llamada «Revolución Argentina», iniciada el 28 de junio de 1968), se puso en ejecución el proyecto hegemónico neo-liberal que apoyaba sobre dos aspectos esenciales, cuales fueron: el favorecimiento del ingreso en el país del capital oligopólico internacional y la conocida «doctrina de la seguridad nacional» (cfr. *Bergalli* 1981), mediante la que toda la disidencia ideológica y la resistencia popular contra el primer aspecto pudo ser materialmente destruida. El aniquilamiento de quienes se opusieron a semejante proyecto que arrastró miles de víctimas

a la tortura, a la muerte, a la *desaparición* y al exilio, reveló una crueldad inusitada en la historia nacional y puso de manifiesto hasta qué punto existió una total compenetración en todos los niveles de las tres FF. AA. para la ejecución de tan siniestro plan.

Es por todo lo dicho que -después de las múltiples, comprobadas y gravísimas violaciones de los derechos humanos en que incurrieron las FF. AA. en general, las denominadas como de seguridad y las policiales durante la década que ya puede llevar el adjetivo de «bárbara» (l974-1983)- el problema de las responsabilidades militares ha sido uno que ha venido condicionando hasta la propia forma de la democracia instaurada a partir del 10 de diciembre de 1983, fecha de la asunción del gobierno constitucional presidido por Raúl Alfosín.

Es verdad que desde su precedente campaña política el propio Alfonsín anunció y proclamó que las responsabilidades de quienes incurrieron en aquellas graves violaciones serían consideradas según tres niveles diferentes; el de los que impartieron las órdenes, el de los que las cumplieron dentro del mandato y el de los que las ejecutaron pero excediéndose. Este aspecto, junto al objetivo de analizar esas responsabilidades en el marco del ordenamiento jurídico, utilizando la legislación penal preexistente, supuso la substancia del mensaje ético para la futura acción de gobierno lo que seguramente fue el rasgo que cautivó el voto de los argentinos en aquella histórica elección del 30 de octubre de 1983.

Diríase que la inmensa mayoría de los argentinos quedó luego satisfecha cuando se dieron los primeros pasos en relación a dirimir aquellas responsabilidades en la *década bárbara*. El procesamiento de los cabecillas de un sector importante del movimiento guerrillero (Decreto 157 del Poder Ejecutivo, de 13 de diciembre 1983) y el de los Comandantes Generales que integraron las tres primeras Juntas Militares como órganos de gobierno en el régimen *de facto* a partir del 24 de marzo de 1976 -se excluyó a los miembros de la cuarta Junta bajo el argumento de que para la época en que ésta se constituyó ya no tenían prácticamente vigencia las operaciones basadas en métodos y procedimientos ilegales- (Decreto 158 de la misma fecha), constituyó el primer paso de la estrategia oficial de la democracia para encarar la *cuestión militar* dentro del marco del Estado de derecho y quizá, en un primer momento, fue lo que generó la satisfacción aludida. Sin embargo, posiblemente por extrema aplicación de esa forma-Estado o por timidez política ante la histórica ocasión, o en definitiva, porque el propio consenso -incluso dentro del mismo Partido Radical- así lo exigía, aquella estrategia adoptó un sesgo que de inmediato se reveló como erróneo o, al menos, francamente endeble frente al poder militar.

II

Se abre así un período en el que comienzan a constatarse dos circunstancias que son las que aquí quiero destacar como componentes esenciales del derecho y la justicia de este proceso en Argentina de transición

hacia la democracia. Una, es la relativa a la construcción de una forma particular de discurso jurídico -en el sentido foucaultiano de producción controlada, seleccionada y redistribuida del discurso mediante el juego de distintas prohibiciones y su vinculación con ciertas regiones del poder, como la de la política (cfr. *Foucault* 1983, l2)- en la que la creación teórica del derecho (penal) y su aplicación específica, revelan una peculiaridad propia al momento histórico de la formación social argentina. Este momento, que se presenta visiblemente condicionado por la *cuestión militar*, no es sino el punto en el que se expresan históricamente los conflictos, los acuerdos y las tensiones de los grupos sociales que hoy actúan con cierta incidencia en la Argentina contemporánea.

La otra circunstancia que deseo destacar se traduce en una inocultable voluntad de ese discurso jurídico que, aunque formalmente elaborado para la represión o el castigo de los torturadores, asesinos o «desaparecedores» militares, parece más bien orientada a cancelar de la memoria histórica de los argentinos lo acaecido en materia de violaciones a los derechos humanos. Este constituye un perfil importante pero escasamente analizado entre los componentes que integran los procesos de creación y aplicación del derecho. Se trata, ciertamente, de aquel aspecto de la cultura de un pueblo que lo señala con características particulares y que, finalmente, lo identifica como tal a través de la historia. Es, en efecto, la *memoria colectiva* aquel rasgo cultural mediante el cual es posible individualizar la voluntad y los deseos de una sociedad para perpetuarse como tal (cfr. *Durkheim* 1982, 94). Se sabe, asimismo, que en *Durkheim* la solidaridad -la cohesión social- a que da lugar el encuentro de las creencias y de los sentimientos, es de tipo mecánico de modo tal que la conciencia colectiva es el contenido moral de esa solidaridad y el derecho penal es su forma, su expresión, su signo viviente; es, por lo tanto, el producto del núcleo central de semejante conciencia, de los sentimientos más penetrantes y precisos de la sociedad que da lugar a la aparición de un instrumento de control social tan duro y eficaz como el sistema penal. A partir entonces de señalar la mayor o menor presencia de memoria; es decir, de reconocer la voluntad de una determinada formación social por recordar su propio pasado, sancionando como delitos y castigando con penas aquellas creencias y sentimientos (para el caso, los derechos humanos fundamentales), puede entenderse hasta qué punto el ordenamiento jurídico recoge -o no- esas expresiones en un momento determinado de constitución de la forma-Estado y qué papel desempeñan en el *ius-dicere* aquellos encargados de aplicar e interpretar el derecho.

Lo que acabo de señalar podrá verificarse mediante el análisis de la legislación creada en Argentina en época democrática para encarar las responsabilidades de las fuerzas militares, policiales y de seguridad o a través de la observación del comportamiento que ha revelado un sector importante de la clase judicial. A la luz de este cotejo cabe preguntarse si aquí la supuesta represión o castigo de las violaciones a los derechos humanos en la década bárbara no ha funcionado como una forma que tiende a encubrir y ocultar la producción de ideología jurídica, contrariamente a lo que habitualmente se cree que es función de la ideología:

disfrazar el ejercicio de la represión, tal como ocurre en el plano de las costumbres, de la educación, de los medios de comunicación de masas que al configurar prácticas materiales expresan la existencia material de la ideología y asumen la forma general de prácticas jurídicas (así *Entelman* 1982, 13-14). Pienso que el caso particular de creación de un discurso jurídico oficial tan peculiar, como el que se ha producido en Argentina, ha estado dirigido precisamente a lo contrario, o sea a preparar una ideología jurídica «del olvido».

III

Un aspecto previo a la concreción de la estrategia oficial respecto a la *cuestión militar* que sin embargo revela desde un principio lo erróneo o lo débil de ella, cara al futuro, lo constituyó la decisión política del gobierno democrático de proceder a la convalidación de un elevado porcentaje de los jueces y fiscales que, habiendo actuado o siendo nombrados como tales durante el período de la dictadura militar -por lo tanto, en régimen *de facto* y en consecuencia al margen del sistema previsto por la Constitución Nacional (art. 86, inc. 5.º C.N.)- nunca cuestionaron ni promovieron acciones que permitieran investigar en aquella época las actividades represivas llevadas a cabo por las FF. AA. En muchos casos -y precisamente en los de aquellos magistrados judiciales que luego tuvieron que decidir sobre las responsabilidades militares más graves en sede de la Justicia Federal- el Poder Ejecutivo, con el respectivo acuerdo del Senado, produjo incluso promociones (v. *Bergalli* 1986).

La situación que se acaba de describir confirma una tradición que se ha venido verificando en Argentina cada vez que reconstituidas las instituciones democráticas y la plena vigencia de la Constitución, tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo renuncian a las ocasiones históricas para proceder a una clara y terminante depuración del cuerpo judicial que es absolutamente admitida por el sistema constitucional. La continuidad de una clase judicial que visiblemente ha estado dependiendo de las contingencias y presiones de los distintos regímenes *de facto* traduce una de las más relevantes frustraciones en la historia institucional de Argentina, habiendo dado lugar esa falta de independencia exterior y el virtual sometimiento de los magistrados al poder político a lo que con propiedad también se denomina como *cuestión judicial* (cfr. *Bergalli* l984 a).

Este aspecto previo que he querido destacar, aparte de constituir un factor decisivo en la formación material de la ideología «del olvido» a través de prácticas jurídicas concretas, ha servido también para condicionar una de las dos fases en que se ha articulado la elaboración del discurso jurídico específico para encarar en Argentina la aludida *cuestión militar*.

La endeblez o sesgo erróneo adoptado por la estrategia oficial frente a la *cuestión militar*, como dije antes, se manifestó a poco de iniciado el gobierno democrático. En efecto, la casi ingenua creencia que el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas (C. S. FF. AA.), máximo órgano

judicial castrense, iba a profundizar la investigación de los hechos atribuidos a los Comandantes de las tres primeras Juntas Militares cuyos procesamientos había dispuesto el Poder Ejecutivo en la forma indicada y a sus subordinados, ejecutores de las órdenes de exterminio, si bien se apoyaba en una reforma del Código de Justicia Militar (ley 23.049) que había sido alcanzada con un amplio *quorum* legislativo, por la cual se indicaban las alternativas a seguir en caso de dilación por la jurisdicción castrense, lo cierto es que puso de manifiesto la endeblez señalada. Puesto que los jueces militares no únicamente dilataron los procesos pertinentes, sino que, cuando fueron requeridos por la Justicia Federal para que dieran cumplimiento a sus cometidos e informaran sobre el estado de las correspondientes causas, primero adoptaron una actitud reticente y después renunciaron a sus cargos (cfr. *Bergalli* 1984 b; EL PAÍS, l5-XI-84), claramente quedó manifestada la negativa de la clase militar a aceptar responsabilidades ni a admitir que fuera el poder político, legítimamente constituido, el que las determinara.

En este punto nace el protagonismo, con amplia repercusión internacional, asumido por el Fiscal y los magistrados integrantes de la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal, por y ante quienes se realizó el célebre proceso contra los nueve Comandantes que posteriormente derivó en la sentencia de 9 de diciembre de 1985.

Esta sentencia acarreó dos condenas a reclusión perpetua (Tnte. Gral. Videla y Alte. Massera), unas penas de privación de libertad menores (Alte. Lambruschini, Brigadier Gral. Agosti y Tnte. Gral. Viola) y otras absoluciones (Brigadieres Grals. Graffigna y Lami Dozo, Tnte. Gral. Galtieri y Alte. Anaya). Pero, entre todas sus decisiones afirmó dos tesis que, más allá de su rara ambigüedad, traducen el latente pasado profesional de los magistrados que firmaron la sentencia, todos ellos jueces nombrados o promovidos durante la dictadura militar y ahora confirmados por el gobierno democrático.

La primera de esa tesis es la que emerge del famoso punto 30 de la sentencia mediante el cual se dejó planteado el tema de la *obediencia debida*, pues a través de esta tesis se abrió la posibilidad de proseguir o iniciar denuncias contra aquellos oficiales superiores que actuaron en «la lucha contra la subversión» (sic) y de «todos aquellos que tuvieron responsabilidad operativa en las acciones» (sic). La otra tesis es aquella por la cual la sentencia privilegió las *responsabilidades concretas* de cada Comandante y de cada Fuerza (siempre sostenida por las defensas de los Jefes Militares procesados), afirmando, asimismo, que durante la represión existió un estado de *guerra revolucionaria*, reconocimiento este que los militares siempre habían demandado para explicar de este modo sus actividades represivas.

La oscuridad que la sentencia aportó al afirmar esas dos tesis dio lugar a una situación que se caracterizó, por un lado, por el deseo de interpretar el lenguaje de los jueces, pleno de ambigüedades, con el objeto de favorecer la condición de futuros imputados o la contraria de seguir adelante con las investigaciones respecto de los excesos cometidos durante la represión. Por el otro lado, se buscaba esclarecer la posición

del gobierno constitucional en su propia estrategia frente a la *cuestión militar*. Pero nada de esto fue logrado; en cambio, creció una situación conflictiva entre el Poder Ejecutivo y los magistrados judiciales, cuadro este que favoreció la elaboración de hipótesis conducentes a justificar o excluir las responsabilidades de los integrantes de las FF. AA. en las graves violaciones de derechos humanos y delitos comunes.

En efecto, no pasó mucho tiempo después de pronunciarse la sentencia de 9 de diciembre de 1985 cuando comenzó a hablarse en Argentina acerca de la necesidad de llegar a una solución de cara a los múltiples procesos penales que se iniciaron contra aquellos oficiales -en relación a los cuales han existido abundantes elementos probatorios- que, de una forma u otra, quedaban involucrados en aquella ambigua fórmula de la *responsabilidad operativa en las acciones*.

Los argumentos que desde entonces se esgrimieron fueron aquellos ligados a lo innecesario y desgastador que podía ser una prolongación del estado de enjuiciamiento permanente de las FF. AA. en su conjunto, pues se alegaba que procesar «en catarata» a muchos de sus miembros suponía un encausamiento de todas las instituciones militares con el consiguiente riesgo que ello acarrearía para la estabilidad política. Además, la otra tesis de la sentencia de la Cámara Federal -aquella que afirmó que la represión desatada durante la época entre l976 y 1983 fue en verdad la respuesta a un estado de guerra revolucionaria- dio pie para explicar que en momentos semejantes la lucha antisubversiva puede llevar a concretar excesos.

IV

La argumentación antes sintetizada -que partió de muy diferentes sectores sociales y políticos pero siempre proclives al poder militar- preparó el terreno para que lo que he denominado como discurso jurídico oficial se fuera allanando a la ideología «del olvido», haciendo el gobierno democrático importantes concesiones a las presiones que venía recibiendo.

A) Una primera concesión consistió en el proyecto de ley que disponía la extinción de las acciones penales -vencido determinado lapso, aunque en todo caso excepcionalmente mucho más breve a los previstos en el régimen ordinario del Código Penal- contra miembros de las FF. AA., de seguridad, policiales y penitenciarias, imputados por delitos cometidos en el marco de la represión contra la subversión. Se trata de la denominada ley «de punto final», la cual, de verdad, tanto desde el punto de vista ético como desde el estricto jurídico-penal y procesal o resiste el análisis, pese a los esfuerzos que se hayan hecho en sentido contrario (cfr. *Malamud Goti/Entelman* 1987).

En efecto, del número de cuatro argumentos del primer carácter que se alegaron en el mensaje del Poder Ejecutivo elevando al Congreso el proyecto de ley (v. LA NACIÓN-internac. 9-XII-86) pueden aquí extraerse sólo dos que, por su fragilidad, contrastan con la base ética atribuida

a esa ley, sobre todo si se les analiza desde los fines de la pena como lo hacen los juristas que intentan justificar el castigo de los militares violadores de derechos humanos, aunque encontrando el modo de limitar los procesos penales. Tales argumentos son:

1) «prevenir que el espíritu de justicia, deformado por la pasión, fuera el marco que hiciera posible una campaña de venganza, punto de partida de una nueva etapa de violencia que la sociedad argentina rechaza» y,

2) «lograr que ello se desarrollare en el menor tiempo posible, para aventar rápidamente el estado de sospecha indiscriminada que se proyectaba sobre las FF. AA. como instituciones y para permitir que la totalidad de los argentinos clausuraren una de las etapas más oscuras de la historia nacional, de modo que, reconciliados sobre la base de la verdad y la justicia, pudiéramos conseguir juntos la urgente tarea de reconstruir la Nación».

Pues bien, más allá de reconocer, por una parte, la dificultad que supone establecer parámetros de justicia en asuntos tan repulsivos como lo fueron las crueles violaciones de derechos humanos atribuidos al personal militar, resulta paradójico, en cambio, sustentar un espíritu de justicia como objetivo del gobierno democrático cuando se alega que la principal justificación del castigo en el caso resulta de lo que se denomina la *prevención general indirecta* (así *Malamud Goti/Entelman* op. cit.). Si se tienen en cuenta las tesis centrales del retribucionismo y del utilitarismo penal -originarias en la narración histórica ateniense, reapareciendo en los intentos de compromiso entre una y otra y reproduciéndose más tarde en boca de recientes defensores de una u otra corriente (todo lo que ha demostrado en Argentina *Enrique E. Mari*, cfr. 1982, 189 y ss.)- puede concluirse aquí muy sintéticamente, diciendo que el retribucionismo justifica el castigo en razones de justicia y el utilitarismo apela a las consecuencias valiosas del castigo para explicar su necesidad. Puesto que en la teoría de la pena, justificación = fundamentos de la reacción (y de aquí parten las teorías absolutas) y consecuencias = fines (que son explicados mediante las teorías relativas), es evidente que resulta por lo menos contradictorio justificar el castigo con una de sus consecuencias.

Por otra parte, por más que se aleguen urgentes motivos de reconstrucción nacional (lo que efectivamente hay que buscar), para lo cual sería necesario clausurar una de las etapas más oscuras de la vida nacional (según el mensaje que remite el proyecto de ley al Congreso argentino)[1], no puede aceptarse la fijación de un régimen excepcional de caducidad de las acciones penales respecto de militares y miembros de otras fuerzas que cometieron gravísimos delitos tipificados en el Código Penal con un supuesto propósito de reprimir el terrorismo, para disipar «el estado de sospecha indiscriminada que se proyectaba sobre las FF. AA. como instituciones».

---

[1] Pero, ¿es posible creer que alguien pueda afirmar sinceramente que una ley tal es capaz de conllevar a ese objetivo de reconstrucción nacional y de reconciliación, sobre la base de la verdad, a toda 1a sociedad argentina y en especial a quienes más han sufrido y sufren los efectos de aquel horror?

Es verdad que, frente a la existencia de un régimen común de prescripción que determina una escala en términos de transcurso del tiempo, según las penas previstas para cada delito, para hacer decaer la facultad punitiva del Estado (Libro I, Título X, arts. 59-70, Código Penal), resulta por lo menos irritante constituir un régimen de privilegio como el instaurado. Con ello, desde un primer momento, se viola el principio de igualdad ante la ley que la Constitución argentina establece en su art. 16, tal como todas las cartas magnas de los países de nuestra civilización[2].

La discusión que aún se mantiene en doctrina penal acerca de la prescripción, se refiere particularmente a la naturaleza de esta categoría jurídica. Las distintas posiciones varían en otorgarle un carácter de causa de exclusión de la punibilidad, otra de impedimento a la acción persecutoria (en el proceso) o bien mixto de ambos. Según la primera, se le atribuye una naturaleza material; según la segunda, otra formal-procesal (cfr. *Zaffaroni* 1983 V, 23-29). Sin embargo, desde que este instituto está previsto en el propio Código Penal argentino, restringiendo o limitando la coerción penal, la discusión parece haber sido superada en doctrina nacional. Mas, lo que realmente interesa aquí destacar es lo relativo al fundamento que casi unánimemente se le atribuye a la categoría de la prescripción del delito (o prescripción de la pena, en derecho argentino), cual es el que se vincula con la *necesidad de pena*. De tal manera, la prescripción del delito supone una decisión de carácter político-criminal que se relaciona con las exigencias que la sociedad formula para olvidar y considerar inútil o ineficaz la persecución, apoyándose en una consideración global del delito y del sujeto responsable de éste (cfr. *Bustos Ramírez* l984, 460). Este tipo de análisis es el que precisamente justifica la imprescriptibilidad de ciertos delitos contra la humanidad y crímenes de guerra.

En consecuencia, es asombroso que el pronunciamiento legislativo argentino -que por su carácter involucra a toda la clase política- haya decidido como necesario de olvido conductas que han lesionado sentimientos colectivos, profundos y precisos, poniendo en crisis la propia cohesión social, acometiendo contra la solidaridad mecánica de la sociedad argentina y su conciencia que se suponen expresadas en el derecho penal (*Durhkeim*). Al violentarse una de las categorías de este último y especial instrumento de control social, dando por supuestamente innecesaria la persecución de delitos y de sus autores -que han atacado sentimientos de tanta entidad como el respeto a la vida humana, a la integridad física y moral de los individuos, en razón de una situación

[2] Vale la pena recordar aquí el reproche que un psicólogo argentino dirigió a la ley de «punto final», cuando dijo: «se encubre con una pretendida moralidad (no pone bajo sospecha a todo un estamento por más tiempo) lo que resulta en el fondo una actitud carente de ética; miedo al más fuerte (FF. AA.) en menoscabo del más débil, pues al fin y al cabo, ¿qué son unos cuantos miles de personas que claman justicia por sus familiares desaparecidos y cuyas armas son únicamente el dolor y la reivindicación de la memoria y dignidad de los suyos?» (v. *Vilchez Martín* 1987).

coyuntural- ha quedado al descubierto un estado de anomia difícil de subsanar.

No obstante el paso dado por el gobierno democrático, cediendo a las presiones y encausando erróneamente la estrategia oficial respecto a la *cuestión militar*, la soberbia del estamento castrense volvió a hacerse manifiesta en la medida que se ha venido readmitiendo su poder político. Reiteradas y expresivas manifestaciones pronunciadas por los propios jefes militares nombrados por el gobierno democrático, resaltaron la voluntad de la clase militar en lograr la plena reivindicación de la represión ejercida durante la década «bárbara». La legitimación de la denominada «guerra sucia», no fue considerada suficiente con la ya sancionada ley «de punto final» (n.º 23.492) y los argentinos tuvieron que apurar nuevas exigencias militares. Mientras tanto, el 30 de diciembre de 1986 la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia de la Cámara Federal manteniendo algunas de las condenas, reduciendo otras y dejando entrever que entre sus jueces existió una controversia acerca del reconocimiento de la categoría de autor para los responsables de las violaciones a los derechos humanos durante la represión militar, la cual, de haber triunfado la tesis de la minoría de esos magistrados, podría haber influido contra la ideología «del olvido» que ya había permeado el discurso jurídico. Nuevos y posteriores conflictos entre Poder Ejecutivo, Consejo Supremo de las FF. AA. y Justicia Federal pusieron en evidencia la clara debilidad del gobierno democrático y la irrefrenable búsqueda de la clase militar para obtener el total reconocimiento de sus pretensiones.

Todas estas alternativas (de las que me he ocupado ampliamente en forma reciente, cfr. *Bergalli* 1987) completaron el cuadro previo en el que se enmarcan la predisposición de gran parte de la clase política con representación en el arco parlamentario para allanarse a las exigencias como, asimismo, el evidente desconocimiento por el poder militar de las decisiones de la jurisdicción civil. De esta manera fue como se llegó a los temibles momentos provocados por la insubordinación de amplios sectores del Ejército durante los días de la Semana Santa, con vasta repercusión internacional. Esa actitud militar casi generalizada tuvo el claro propósito de torcer decisiones ya asumidas por los poderes constitucionales (con lo cual se habrían infringido alguno de los tipos penales previstos por la ley 23.077 de «Protección del orden constitucional y de la vida democrática) y no se habría incurrido en el *amotinamiento* (figura penal de menor entidad y que cae bajo la jurisdicción castrense) de que habló el mismo Presidente Alfonsín cuando el domingo de Ramos aludió a la conducta de los oficiales insubordinados en Campo de Mayo. Este último detalle puso de relieve la inferioridad en que estaban las instituciones democráticas frente a la intacta soberbia de la clase militar.

Cabe destacar con énfasis el papel que inéditamente cumplió, no obstante lo ocurrido, de forma inédita el pueblo argentino. No únicamente en la Plaza de Mayo de Buenos Aires, sino ante los propios destacamentos militares, en muchas capitales del interior y en localidades alejadas de la Capital manifestó su repudio por el comportamiento castrense, con lo que se marcó el aislamiento de la sociedad civil tanto de las FF. AA.

-que actúan como cuerpo separado del Estado- como de la propia clase política lo que, ciertamente, no deja de ser otro preocupante signo para la propia vida democrática. Por lo demás, la aparente clausura de esa crisis, sellada con la conducta del Presidente Alfonsín, trasladándose valerosamente hasta el reducto de los sediciosos para parlamentar con ellos, dejó al descubierto la desventaja del gobierno constitucional; pero, al mismo tiempo, señaló que en Argentina no parece posible realizar el tránsito a la democracia sin custodios mientras no se proceda a una profunda depuración de las FF. AA. y a encontrarles una definitiva ubicación para marginarlas del esquema de poder político.

B) La segunda y más reciente concesión que el gobierno democrático acaba de hacer en esta carrera de pérdida de iniciativa en la *cuestión militar*, consiste en el proyecto -luego modificado ante urgentes presiones recibidas- y posterior sanción de una ley mediante la que se introdujo un régimen especial para la aplicación -en los procesos penales en que se encuentren imputados integrantes de las FF. AA., policiales, de seguridad y penitenciarias- del principio de la obediencia debida.

El inmediato comportamiento del Poder Ejecutivo, a seguido de los sucesos de Semana Santa, requiriendo sugerencias para modificar la aplicación tradicional del principio de la obediencia debida -que cuenta con una acendrada tradición en la dogmática penal nacional e internacional- y un dictamen del Procurador General de la Nación (Fiscal Gral.), preanunciaron la clara voluntad del gobierno constitucional -apoyada por un amplio sector de las fuerzas políticas parlamentarias y del propio Partido Radical en el gobierno (aunque con escasas pero marcadas disidencias, siempre refrendadas por los organismos de defensa de los derechos humanos)- para encontrar todavía un marco legal más amplio que permitiera excluir de responsabilidad criminal ahora a la mayor parte de los directos ejecutores militares de la «guerra sucia». Estos, por lo demás, fueron quienes tomaron la iniciativa en la insubordinación casi generalizada de la Semana Santa.

Puesto que las distintas propuestas para una ley parecieron no satisfacer al Presidente Alfonsín, éste asumió personalmente la iniciativa legislativa formulada por el Secretario de Estado de Justicia ante las constantes manifestaciones del poder militar. Así se envió un proyecto para tratar específicamente los casos de «quienes, a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales, jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las FF. AA., de seguridad, policiales y penitenciarias» respecto de los cuales «se presume, sin admitir prueba en contrario» que «no son punibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto l de la ley 23.049 (operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo) por haber obrado en virtud de obediencia debida. En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad del superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia en cuanto a su oportunidad y legitimidad». El art. 2.º del Proyecto excluye de esa presunción a quienes estén acusados por los delitos de violación, sustracción y ocultación

de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extorsiva de inmuebles (v. LA NACIÓN-internac. 18-V-87).

Es vastamente conocido el tratamiento que tuvo este proyecto en sede parlamentaria, habiendo nacido en el Senado las dificultades de aceptarlo tal como estaba por representantes de partidos del interior del país, de la derecha y del sector autodenominado «ortodoxo» del peronismo, quienes claramente acicateados por las exigencias públicas de los más elevados jefes militares en activo, propiciaban que los beneficios de la obediencia debida alcanzaran también a los cargos superiores de las FF. AA. El Presidente Alfonsín, que se negaba a modificar su propuesta, dio, a la postre e imprevistamente, la orden partidista a los senadores radicales de aceptar una modificación al proyecto de ley. De este modo, ostensiblemente arrinconada la clase política, la ley quedó sancionada con el siguiente agregado: «La misma presunción (obediencia debida) será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente antes de los 30 días de la promulgación de esta ley que tuvieron capacidad decisoria o participación en la elaboración de órdenes».

Conclusión

Este es el más reciente pero quizá no el último de los avances realizados por el poder militar sobre el sistema y las instituciones democráticas en Argentina. Lamentablemente, el decurso de la situación política en los casi cuatro años de vida del régimen constitucional de gobierno no permiten prever un fortalecimiento del mismo pero lo que es quizá tan o más grave aún, lo constituye la formulación de una nueva etapa en la construcción de ese discurso jurídico particular dirigido a la cancelación de la memoria colectiva en relación a la *cuestión militar* en el país. Excede el límite de lo tolerable para un lógico juicio jurídico la desnaturalización de la causa de justificación o exculpación de delitos aberrantes por un supuesto deber de obediencia coercitivo que habría impedido a los subordinados y hasta a los propios jefes con responsabilidad operativa examinar el contenido de la orden de matar, torturar o *hacer desaparecer* durante la llamada «guerra sucia». Pero aun todavía es más fuerte el rechazo de esta ideología «del olvido» impuesta mediante el retorcimiento de categorías jurídico-penales cuando se comprueba que la impunidad sancionada para los crímenes más graves desborda ya cualquier explicación política al negar la responsabilidad de los autores materiales; constituye una verdadera afrenta para las víctimas de la brutal represión; desprecia el largo camino transitado en Argentina para la protección de los derechos humanos; pone en crisis al propio sistema democrático y debilita totalmente la legitimidad del mensaje ético con que se postuló y se inició el gobierno de Alfonsín.

Parece imposible superar la década «bárbara» proponiendo el olvido y la cancelación de lo ocurrido mediante formas ocultadoras o encubridoras

del discurso jurídico. Ello constituye una tentativa que va precisamente contra los deseos de reconstrucción nacional, proyecto que debe basare precisamente en que cada grupo asuma crítica y reflexivamente las repercusiones de sus comportamientos sobre todo el cuerpo social. Proceder de otra forma supone una limitación del conocimiento y el análisis del pasado de los pueblos lo que para cualquier sociedad que pretende identificarse y perpetuarse como tal es «el elemento fundamental de su unidad y de su personalidad, mientras que la transmisión de este capital intelectual es la condición necesaria para la supervivencia material y social» (v. *Leroi-Gaurhan* 1977, vol. II, 304).

Julio de 1987

BIBLIOGRAFÍA

BERGALLI, R. (1981), *Proyectos hegemónicos y Estado autoritario en la Argentina*, en: «Sistema - Revista de Ciencias Sociales», 41, mayo, Madrid 17-29.

BERGALLI, R. (1984 a), *Estado democrático y cuestión judicial (Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial)*, Depalma, Buenos Aires.

BERGALLI, R. (1984 b), *El esquema político-criminal de la democracia argentina*, en: «Revista del CIDOB - Afers Internacionals», tardor-hivern, n.º 5, Barcelona 101-121.

BERGALLI, R. (1986), *El poder y los jueces latinoamericanos: los modelos argentino y colombiano*, en: «Revista del CIDOB - Afers Internacionals», primavera, n.º 8, Barcelona 49-61.

BERGALLI, R. (1987), *Memoria colectiva y derechos humanos*, en: «Teoría del derecho y derechos humanos en Latinoamérica», Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Departamento de Filosofía del Derecho-Falcultad del Derecho, Universidad de Granada.

BUSTOS RAMÍREZ, J. (1984), *Manual de derecho penal español - Parte General*, Ariel Derecho, Barcelona.

DURKHEIM, E. (1982), *La división del trabajo social*, (trad. C. G. Posada), estudio preliminar: Luis R. Zúñiga, Akal/Universitaria- Serie sociología 39, Madrid.

EL PAÍS (1984), *Nuevas dimisiones en la cúpula de la justicia militar argentina*, por C. Ares (Buenos Aires), Madrid-Barcelona, 15 noviembre.

ENTELMAN, R. (1982), *Introducción* a: P. Legendre y otros, «El discurso jurídico - Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos», Hachette, Buenos Aires, 9-20.

FOUCAULT, M. (1983), *El orden del discurso*, (trad. A. González Troyano), Cuadernos Marginales 36 -Tusquets editores, 3.ª ed., Barcelona.

LA NACIÓN (1986), *Se envía al Congreso el proyecto de punto final*, ed. internac. vía aérea n.º 1.368, 8 diciembre, 1-5.

LA NACIÓN (1987), *El Presidente explicó al país el proyecto de obediencia debida*, ed. internac. -vía aérea, n.º 1.391, 18 mayo, 1.

LEROI-GOURHAN, A. (1977), *Il gesto e la parola*, (trad. del francés), Einaudi, Torino, 2 vols. (I, 254; II, 482).

MALAMUD GOTI, J. / ENTELMAN, R. (1987), *La justificación del castigo, los juicios a militares argentinos, el llamado «punto final» y sus consecuencias políticas*, en: «Teoría del derecho y derechos humanos en Latinoamérica», op. cit.

ROUQUIÉ, A. (1983), *Poder militar y sociedad política en la Argentina*, vol. I: *Hasta 1943*, (trad. A. Iglesias Echegaray), Emecé editores, Buenos Aires.

VILCHEZ MARÍN, L. (1987), *No al punto final*, en: EL PAÍS, Madrid-Barcelona, 21. Febrero, 4/Internacional.

ZAFFARONI, E. R. (1983), *Tratado de Derecho Penal-Parte General*, T. V, Ediar, Buenos Aires.

ADDENDA

Tal como se dijo en la *Conclusión* del precedente trabajo, era de prever que las alternativas impelentes de la última de las concesiones efectuadas por la clase política en su conjunto -la obtención de una ley, llamada de «obediencia debida», que ahora lleva el n.º 23.521- «era el más reciente pero quizá no el último de los avances realizados por el poder militar sobre el sistema y las instituciones democráticas en Argentina».

Esa reflexión no pudo ser más previsora. En efecto, el trabajo fue concluido en julio de 1987. Mientras, en los meses subsiguientes se han venido produciendo decisiones jurisdiccionales y eventos militares que, en un análisis como el anterior, al efectuarse la publicación de este texto, no pueden quedar al menos sin exposición para así poder redundar y confirmar la tesis que se ha sostenido, cual es: la de que la construcción de un discurso jurídico específico, elaborado por juristas y jueces en torno a la *cuestión militar*, ha sufrido un condicionamiento tal como para dotarlo con una ideología «del olvido».

De tal modo, debe destacarse, en primer lugar, la resolución de la Corte Suprema de Justicia en relación con la inhibidora de competencia, planteada por la Justicia Militar al Juez Federal de San Isidro (Prov. de Buenos Aires), quien abrió el respectivo sumario contra el entonces Tte. Cnel. Aldo Rico por los sucesos por él protagonizados durante los días de la Semana Santa de 1987, en la Escuela de Infantería de Campo de Mayo, a los que se alude en el trabajo anterior. En esa resolución, adoptada por mayoría con apoyo en el dictamen del Procurador General de la Nación, la Corte Suprema (competencia n.º 322, Libro XXI) decidió en 17 de diciembre de 1987 que la competencia para conocer en ese sumario correspondía a los tribunales militares pues el delito a investigar era el de motín (art. 108, Cód. de Justicia Militar) y no el de rebelión (previsto en el art. 226 del Cód. Penal), o sea que correspondía conocer hechos de naturaleza castrense cometidos por personas sujetas a deberes militares. De esta manera, por vía jurisdiccional, se confirmaba la decisión política ya asumida por el propio Presidente Alfonsín, cuando había calificado los sucesos encabezados por Rico y sus secuaces como propios de *amotinados*.

Sin embargo, la declaración de la Corte Suprema no fue una decisión unánime de sus cinco ministros integrantes. El voto disidente de Jorge A. Bacqué, puntualizó muy circunstanciadamente todos los elementos que, habiendo sido dejados de lado por el Procurador de la Nación, comprobaban la manifiesta voluntad de Rico y compañeros por arrancar a los poderes públicos la aprobación de una ley de amnistía para todos los acusados de haber llevado a cabo la denominada «guerra sucia»; es decir, habían consumado una adecuación típica de sus comportamientos a las figuras penales de la ley 23.077 de «Protección del orden constitucional

y de la vida democrática». Por todo ello, a juicio de cualquier lector atento de esa resolución de la Corte, quedará muy evidente la sesgada actitud del Procurador y de los ministros del alto Tribunal que votaron a favor de la competencia castrense.

Los hechos que posteriormente siguió protagonizando Aldo Rico, fugándose mientras gozaba un régimen de prisión preventiva atenuada otorgado por la justicia militar y alzándose en armas en Monte Caseros (Prov. de Corrientes) durante la tercera semana de enero pasado, pusieron en vilo a las instituciones democráticas y ratificaron lo negativo de la comentada decisión de la Corte Suprema.

Casi contemporáneamente, este Tribunal supremo se expidió por mayoría (en 25 de febrero) con el voto en contra otra vez del ministro Jorge A. Bacqué, en aplicación de la llamada ley de «punto final» o de prescripción privilegiada 23.492, absolviendo sin entrar a analizar el fondo de la imputación al ascendido por el Poder Ejecutivo capitán de corbeta *Alfredo Astiz*, símbolo de la represión en Argentina durante los siete años de dictadura militar, a quien se acusaba de estar implicado en la *desaparición* y posterior muerte de la joven Dagmar Hagelin de origen sueco.

Una síntesis que resuma las consecuencias jurídicas y políticas de las decisiones jurisdiccionales y los hechos militares apuntados, no puede ser otra que, al mismo tiempo de atribuirles una contribución a la inestabilidad institucional, les reproche -lo que es más grave todavía- poner en cuestión la legitimidad del sistema democrático por haber debilitado el substrato ético que particularmente le dio nacimiento en la República Argentina (cfr. E. Garzón Valdés, *La democracia argentina actual: problemas ético-políticos de la transición*, en: «Sistema-Revista de Ciencias Sociales», 82, enero 1988, págs. 85-99).

Marzo de 1988.

E R N E S T O G A R Z Ó N V A L D É S

ERNESTO GARZÓN VALDÉS: APUNTES BIOGRÁFICOS Y RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Ernesto Garzón Valdés nació en Córdoba (Argentina) el 17 de febrero de 1927 en el seno de una familia estrechamente vinculada a la historia política y universitaria de esa ciudad. En 1918, su padre, siendo estudiante de ingeniería, fue uno de los dirigentes de la llamada «Reforma universitaria», que tendría más tarde enorme significación en el mundo académico y político no sólo de la Argentina sino de América Latina. En 1965, Garzón Valdés publicaría en alemán un extenso estudio sobre este movimiento estudiantil («Die Universitätsreform von Córdoba»).

Hasta 1918, Córdoba había conservado no pocos de los rasgos con los que la caracterizara Domingo F. Sarmiento a mediados del siglo XIX:

> «Córdoba era, no diré la ciudad más coqueta de la América, porque se ofendería de ello su gravedad española, pero sí una de las ciudades más bonitas del continente... Andando un poco en la visita que hacemos, se encuentra la célebre Universidad de Córdoba, fundada nada menos que en el año 1613, y en cuyos claustros sombríos han pasado su juventud ocho generaciones de doctores en ambos derechos, ergotistas insignes, comentadores y casuistas... El espíritu de Córdoba... es monacal y escolástico, la conversación de los estrados rueda siempre sobre las procesiones, las fiestas de los santos, sobre exámenes universitarios, profesión de monjas, recepción de las borlas del doctor.»

Pero, paralelamente a esta actitud conservadora, Córdoba contaba también con una larga tradición liberal que se remontaba a los comienzos de la vida independiente de la Argentina y conduciría a la reforma de 1918. La confrontación de estas dos corrientes, conservadora y clerical la una y reformista-liberal la otra, siguió condicionando la historia de Córdoba a lo largo del siglo XX y signó también el destino personal de sus universitarios. La expulsión de Garzón Valdés del Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y de todos los integrantes de su cátedra en 1976, fue expresión de la intolerancia de una corriente reaccionaria de (no-)pensamiento que veía en toda actitud de crítica intelectual un peligro para la estabilidad de un «mundo occidental y cristiano», al que suponía amenazado por ideas tan «subversivas» como el positivismo de Hans Kelsen, el realismo escandinavo de Alf Ross y Karl Olivecrona o la filosofía analítica de Herbert Hart.

En 1949, Garzón Valdés realizó su primer viaje a Europa. En la Universidad de Lovaina estudió sociología con Jacques Leclerq y en la Universidad Libre de Bruselas, historia del arte. Terminados sus estudios de derecho en la Universidad Nacional de Córdoba, se trasladó a Madrid

en 1950. Permanecería allí hasta 1953. Sus maestros más significativos para su formación intelectual fueron Xavier Zubiri, Manuel García Pelayo, José Luis Aranguren y Enrique Gómez Arboleya. Con este último le unió una gran amistad que duró hasta la prematura muerte del fino sociólogo granadino. En Madrid trabó amistad con estudiantes españoles como Emilio Lledó y José Antonio Valente a la vez que con un grupo de latinoamericanos que vivían en el Colegio Mayor de Nuestra Señora de Guadalupe y que Juan Goytosolo ha descrito cabalmente en su «Coto vedado» señalando la importancia que ellos tuvieron para la formación de su gusto literario.

Con Carlos Ruiz del Castillo preparó su tesis doctoral sobre «El concepto de nación en Francia en el siglo XIX». Concluida la redacción definitiva, la falta de recursos económicos le impidió permanecer en Madrid para su lectura. El manuscrito duerme en algún cajón de su escritorio en la Córdoba natal.

Impulsado por los consejos de Gómez Arboleya, en julio de 1953, se instaló en Munich con el propósito de aprender alemán y conocer más de cerca el pensamiento jusfilosófico germano. El aprendizaje del alemán lo hizo desde la altura de los andamios en los que trabajaba para financiar su estancia en la capital bávara. Compañero de estos años fue el sociólogo argentino Juan Carlos Agulla, quien en 1976 fuera expulsado de su cátedra en Córdoba por haberse negado a suprimir del programa de sociología el tema «Marx y su influencia en el pensamiento social».

En Munich, Garzón Valdés estudia con Alois Dempf, Alfred von Martin y Karl Engisch. Sobre este último escribió un estudio publicado en 1960 y reproducido en 1963 en el libro de Luis Recasens Siches, «Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX». Al final de su estancia había traducido «¿Qué es la justicia?» de Hans Kelsen, iniciando así una larga labor de traducción que continúa hasta el día de hoy. La publicación del escrito de Kelsen inició la Biblioteca de Filosofía del Derecho y Sociología de Córdoba, en la que aparecieron obras de Rudolf Stammler, Karl Engisch, Hans Welzel, Gustav Radbruch, Erik Wolf, Michel Villey, Thomas Würtenberger, Erich Fechner, Widar Cesarini Sforza y Alfred Verdross, todos traducidos por Garzón Valdés. Este interés por facilitar al mundo de habla hispana obras significativas pero de difícil acceso por razones idiomáticas lo llevaría en la década del 60 a fundar en Buenos Aires con Jorge A. Bacqué, Eugenio Bulygin y Genaro Carrió, la Colección Filosofía y Derecho, que incluyó trabajos de Alf Ross, Karl Olivecrona, Norberto Bobbio y Jerome Frank, entre otros.

En los años de Munich, Garzón Valdés comenzó a interesarse por el renacimiento del jusnaturalismo en Alemania. En la década del 60, una serie de artículos («El pensamiento jurídico de Hans Welzel», «El pensamiento jurídico de Gustav Radbruch», «La polis sin politeia» [un estudio sobre el derecho natural de Ernst Bloch], «Derecho natural e ideología» [sobre la versión nacionalsocialista del jusnaturalismo]) documenta su preocupación por este tema. En todos estos trabajos, Garzón Valdés insistía en la necesidad de mantener la regla humana que prohíbe inferir el deber ser desde el ser pero, al mismo tiempo, señalaba las limitaciones negativas que la realidad imponía al legislador, de acuerdo con el principio

kantiano según el cual el deber ser presupone el poder ser o hacer. Su trabajo «Über das Verhältnis zwischen dem rechtlichen Sollen und dem Sein» expone claramente esta problemática.

A su regreso a Córdoba, en 1956, Garzón Valdés ingresa como auxiliar de investigaciones al Instituto de Filosofía del Derecho. Enseña también Filosofía griega e Historia de la filosofía en institutos de enseñanza secundaria dependientes de la Universidad de Córdoba.

En 1958 ingresa al servicio diplomático argentino. Trasladado a Bonn como agregado cultural, inicia su segunda estancia en la República Federal de Alemania. Permanecería allí seis años en los que mantendría un estrecho contacto científico con Hans Welzel, Ulrich Klug y Theodor Viehweg. A propuesta de este último, es designado miembro de redacción del Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie. Garzón Valdés continúa sus investigaciones sobre el pensamiento alemán de posguerra, esta vez tomando como hilo conductor el concepto de la naturaleza de las cosas, que en 1958 había reactualizado Gustav Radbruch. Los resultados de estos estudios fueron expuestos en su libro «Derecho y naturaleza de las cosas», que presentara como tesis doctoral en Córdoba y que Elías Díaz calificara en su «Sociología y filosofía del derecho» como «la mejor obra existente en castellano sobre el tema».

De su labor diplomática en Bonn quedó el Instituto de Cultura Argentina, con una biblioteca de más de 15.000 volúmenes. Esta preocupación por la difusión de la cultura argentina sería el centro de las actividades diplomáticas de Garzón Valdés. Cuando fue expulsado en 1974, había fundado 15 bibliotecas argentinas en el exterior y como Director de Relaciones Culturales, creado seis museos de arte contemporáneo argentino en otras tantas capitales latinoamericanas.

En Bonn conoció a Eugenio Bulygin, en aquel entonces becario de la Fundación Alexander von Humboldt. Este fue su primer contacto con la corriente analítica argentina, de la que más tarde sería distinguido representante. El interés por la filosofía jurídica alemana comenzó a pasar a segundo plano tras la lectura de la obra de H. L. A. Hart.

Antes de regresar a Buenos Aires y Córdoba en 1964, preparó la edición de la primera antología en alemán de la filosofía jurídica latinoamericana («Lateinamerikanische Studien zur Rechtsphilosophie»). En ella se incluían trabajos de Carlos Cossio, Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin, Eduardo García Máynez, Roberto Vernengo, José María Delgado Ocando, Luis Llambías de Acevedo, entre otros.

Y también en sus años de Bonn, junto con Rafael Gutiérrez Girardot (actualmente catedrático de Romanística en la Universidad de Bonn), Héctor A. Murena y Victoria Ocampo, fundó la Colección Estudios Alemanes, de la que se han publicado hasta ahora más de 100 volúmenes y en la que aparecieron por primera vez en castellano autores que hoy ya son considerados como clásicos, tales como Herbert Marcuse, Jürgen Habermas o Hans Albert. En 1986, le fue otorgada a Garzón Valdés como reconocimiento por esta labor cultural la Medalla Goethe.

De regreso en la Argentina, Garzón Valdés fue designado profesor adjunto de Filosofía del derecho en Córdoba y de Introducción al derecho en Buenos Aires. Aquí pasaría a integrar de inmediato el grupo reunido

alrededor de Ambrosio Gioja (Genaro Carrió, Jorge Bacqué, Eugenio Bulygin, Roberto Vernengo, María Eugenia Urquijo, Carlos S. Nino, Ricardo A. Guibourg, para sólo mencionar a los más significativos). La influencia de la filosofía analítica en Garzón Valdés se pondría de manifiesto en trabajos tales como «Validez y existencia de las normas en H. L. Hart», «Algunos modelos de validez normativa», «Las palabras de la ley y su interpretación: algunas tesis de Francisco Suárez».

Entre octubre de 1964 y enero de 1974, Garzón Valdés permanece en la Argentina. Realiza entonces su carrera docente en Buenos Aires, Córdoba y La Plata, en cuya universidad fue designado en 1970 catedrático de Introducción al derecho. También en la Universidad Católica de El Salvador se desempeñó como catedrático de Ciencia y técnica en las relaciones internacionales. De su interés por este tema da testimonio su trabajo «Algunas tesis acerca de la relación entre ciencia moderna y ética».

Estos son años de una gran actividad docente también en el exterior: profesor visitante en Münster (1966) y en el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México (1967), en donde entraría en fecunda relación intelectual con Fernando Salmerón, Alejandro Rossi y Luis Villoro. La Universidad de Río Piedras, -Puerto Rico- (donde colaboró con Francisco Ayala), de Lima (Francisco Miró Quesada) y Central de Caracas, fueron algunas de las estaciones de Garzón Valdés como docente e investigador en Europa y América Latina.

Pero quizás la actividad más intensa de estos años es la que realiza en el Instituto de Filosofía del Derecho de Córdoba. Allí logró integrar un grupo interdisciplinario en el que a lo largo de diez años trabajaron lógicos como Horacio Faas, juristas como Ricardo Caracciolo (actual catedrático de Filosofía del Derecho en Córdoba), Ernesto Abril, Carlos Ernst (profesores en la cátedra de Caracciolo), Jorge Malem Seña (profesor titular en la Universidad Autónoma de Barcelona), economistas como Hugo Lofranco y Miguel Arrechederreta, filósofos como Norma Goethe (actualmente profesora en la Universidad de Nueva York), sociólogos como Lucy Barragán (profesora en la Universidad Central de Caracas).

En julio de 1973, con la renuncia del presidente Héctor Cámpora, se inicia en la Argentina una etapa de intolerancia política por parte de una derecha delirante cuyo brazo armado sería la tristemente célebre Alianza Anticomunista Argentina, financiada desde el Ministerio de Bienestar Social cuyo titular era José López Rega. En la universidad argentina, se intenta imponer la llamada «ciencia nacional», es decir, una confusa mezcla de pragmatismo, nacionalismo cultural, negación del carácter universal de la ciencia y de la objetividad del conocimiento, sumada a una notoria tendencia a la irracionalidad.

En el Ministerio de Relaciones Exteriores es designado canciller Alberto J. Vignes, integrante conspicuo de la logia P2. Con su adlátere y compañero de logia, de la Plaza, comienza la persecución de todo diplomático que no manifestara su firme adhesión a los postulados políticos sustentados por el grupo López Rega, Vignes y de la Plaza.

Que estos no podían ser buenos tiempos para democráticos liberales como Garzón Valdés es obvio. En su trabajo «La emigración argentina. Acerca de sus causas ético-políticas» ha expuesto el clima de intolerancia de aquellos años.

En enero de 1973, es trasladado como Ministro Plenipotenciario a Bonn y dos meses después es expulsado del servicio diplomático. Inicia así, esta vez como exiliado, la tercera estancia en Alemania. A su experiencia en estas tres residencias se ha referido en «Die Bundesrepublik Deutschland und Lateinamerika. Anmerkungen eines Argentiniers».

La expulsión de Garzón Valdés provocó en su momento la protesta de la intelectualidad argentina: Ernesto Sábato publicó una carta abierta sobre el caso en diarios de Buenos Aires y del interior del país. Escritores, universitarios y artistas argentinos firmaron una solicitada bajo el título «Prescindir de los mejores». Entre los firmantes figuraban, junto con muchos más, Jorge Luis Borges, Juan Carlos Agulla, Eugenio Bulygin, Carlos Alchourrón, Jorge Bacqué, Ricardo Caracciolo, José Luis de Imaz, Jorge Malem Seña, Héctor A. Murena, Manuel Mujica Láinez, Carlos S. Nino, Victoria Ocampo, Ezequiel de Olaso, Thomás Moro Simpson, Norberto Spolanski, María Eugenia Urquijo y Roberto Vernengo.

Fernando Salmerón desde México, Elías Díaz desde Madrid y Ernesto Mainz Vallenilla desde Caracas, le ofrecieron asilo académico en sus respectivas universidades. Pero Garzón Valdés decidió permanecer en la República Federal de Alemania. Tras experiencias docentes en Bonn y Colonia, fue designado profesor en el Instituto de Politología de la Universidad de Maguncia, cargo que desempeña en la actualidad. La penuria económica del exilio, sobre todo en sus primeros años, le obligó a multiplicar su labor como traductor de filósofos y juristas alemanes como puede apreciarse en la impresionante lista de libros publicados en la Colección Estudios Alemanes (más de treinta en once años).

La experiencia del exilio tuvo también sin duda su influencia en la producción intelectual de Garzón Valdés. Inicia entonces, desde la óptica del jusfilósofo, una reflexión sobre la realidad político-social de la Argentina y América Latina. Esta preocupación está documentada en trabajos tales como «Acerca de las funciones del derecho en América Latina», «SELA. Eine Organisation der lateinamerikanischen Entwicklungspolitik», «Caudillos y dictadores en América Latina», «La paradoja de Johnson. Acerca del papel político-económico de las clases medias en América Latina», «La Constitución Argentina de 1853 y el proceso de 'desintegración' de América del Sur», «La democracia argentina actual: problemas ético-políticos de la transición», «Über Politik und Kultur in Argentinien». Retomaba así una línea de investigación que iniciara décadas antes, en 1952, con su primer artículo: «La nación en Hispanoamérica».

También en el campo de la filosofía del derecho, se produjo un cambio de acento en la obra de Garzón Valdés: sin abandonar los temas de la filosofía analítica («Hermann Heller y John Austin: un intento de comparación», «Los límites jurídicos del soberano legal»), dedica más atención a problemas de ética normativa. «Acerca de la desobediencia civil»

(uno de los primeros estudios sobre este tema en castellano), «Moral y política», «Acerca de la tesis de la separación entre ética y política», «Los deberes positivos generales y su fundamentación», « ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?», «El principio de no intervención y el paternalismo», «Ética, economía y criterios de legitimidad», «Problemas éticos de la representación parlamentaria», «La paz republicana», son los títulos de algunos de los escritos publicados en estos últimos años por Garzón Valdés. En todos ellos no es difícil percibir como hilo conductor el intento de encontrar soluciones racionalmente aceptables a problemas centrales de la filosofía política en su vinculación con la ética. Que esto no significa una reactivación del jusnaturalismo sino más bien una «rehabilitación de la razón práctica» lo ha puesto claramente de manifiesto en su introducción al volumen colectivo sobre la filosofía del derecho alemana-occidental, «Filosofía y derecho».

La actividad de docencia e investigación en un instituto de Politología no podía dejar de expresarse en las publicaciones de Garzón Valdés. En su libro «El concepto de estabilidad de los sistemas políticos», propone una definición de este término básico de la ciencia política recogiendo ideas de H. L. A. Hart. Sus más recientes trabajos continúan esta línea de vinculación interdisciplinaria y giran alrededor del problema de la legitimidad del Estado.

Su permanente interés por la realidad política argentina lo llevó a organizar con Peter Waldmann en la Universidad de Augsburgo, en 1981, un coloquio sobre el llamado «Proceso de reorganización nacional». Al confeccionar la lista de los posibles participantes argentinos, tuvo que deletrear ante los anfitriones alemanes el nombre de un político entonces desconocido en los ámbitos europeos: Raúl Alfonsín. Los resultados de este seminario fueron recogidos en el libro «El poder militar en la Argentina. 1976-1981». En 1986, conjuntamente con Manfred Mols y Arnold Spitta, en la Universidad de Maguncia, invitó a científicos sociales argentinos y alemanes a realizar un balance de los primeros años de la democracia recuperada. El libro «La democracia argentina actual» informa sobre este coloquio.

En mayo de 1984, regresó por primera vez a la Argentina después de once años de obligada ausencia. La Academia Nacional de Derecho de Córdoba lo nombró miembro correspondiente y se le devolvió la cátedra de filosofía del derecho de la que había sido despojado por la dictadura militar en 1976. En el Ministerio de Relaciones Exteriores, fue reincorporado con el rango de Embajador. Su actividad universitaria en Maguncia le impidió retomar la cátedra cordobesa; ésta fue posiblemente también la razón que lo llevó a renunciar definitivamente, en abril de 1987, a la Cancillería aunque también ha de haber influido en su decisión el saber que seguían formando parte del servicio diplomático la mayor parte de sus ex colegas que durante los años de la dictadura militar habían negado en los foros internacionales la sistemática violación de los derechos humanos en la Argentina atribuyéndola a una «propaganda perfectamente organizada y principalmente dirigida por las socialdemocracias europeas», según una versión oficial de aquella época.

En los últimos años, Garzón Valdés ha intensificado su labor como coeditor de obras de filosofía jurídica. Forma actualmente parte de los comités de redacción y asesores de Dianoia (México), Análisis Filosófico (Buenos Aires), Ética y Ciencia (Buenos Aires), Doxa (Alicante), Forschungen zu Lateinamerika (Saarbrücken). Rechts- und Sozialwissenschaft (Friburgo, Law and Philosophy (Holanda), Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie y Cuadernos de Ética (Buenos Aires).

En 1983, con el apoyo de la Fundación March, fue profesor invitado del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, dirigido entonces por Manuel Atienza.

En 1987, la Universidad Nacional Autónoma de México lo invitó a ocupar la Cátedra José Gaos y la Universidad Autónoma de Barcelona a dictar un curso sobre problemas de legitimidad política.

Esta última estancia de Garzón Valdés en España es una etapa más, resultado de su estrecha vinculación con la filosofía jurídica española. Su influencia intelectual entre los jóvenes profesores de Filosofía del derecho, Moral y Política es manifiesta. Tal como ha señalado Albert Calsamiglia en un trabajo reciente, Garzón Valdés «ha conseguido formar un grupo de estudiosos que investigan problemas de ética práctica y sus relaciones con el derecho, introduciendo en el debate iusfilosófico diversos e importantes problemas, en el momento oportuno».

Esta vinculación con la tierra de sus lejanos antepasados no es casual. Un buen grupo de filósofos españoles del derecho supieron brindarle a él y a no pocos colegas latinoamericanos hospitalidad universitaria y diálogo fecundo en los años del exilio. A este tema se ha referido parcialmente Garzón Valdés en su artículo «El perfil latinoamericano de Elías Díaz».

Con los juristas agrupados alrededor de DOXA mantiene un intenso contacto científico. Fruto del mismo es la edición en alemán que actualmente prepara sobre «Estudios españoles de filosofía y teoría del derecho». Este volumen continuará la presentación de la filosofía jurídica de habla hispánica en Alemania: junto con Eugenio Bulygin acaba de publicar una selección de autores argentinos bajo el título «Argentinische Rechtstheorie und Rechtsphilosophie heute».

Este bosquejo de la actividad intelectual de Garzón Valdés no quedaría completo sin una breve referencia a su personalidad humana.

Conocí a Ernesto Garzón Valdés a comienzos del año 1972, mientras cursaba el quinto año de licenciatura de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba -R. A.- Muy pronto, junto a otros compañeros y profesores jóvenes de esa misma Universidad, quedé fascinado por el rigor con que impartía sus clases, por su capacidad analítica y por esa permanente tendencia a favorecer el diálogo racional y la discusión franca. Sus lecciones, lejos de la ampulosidad y grandilocuencia ajenas al quehacer científico que tanto imperaban por aquellos lares, constituían un paradigma de claridad conceptual y de precisión expositiva. No era difícil percibir su fineza intelectual y su talante universitario.

El programa de la asignatura que impartía, Filosofía del derecho, ofrecía a los estudiantes la posibilidad de acceder al conocimiento de autores

como H. Kelsen, H. Hart, A. Ross, K. Olivecrona o N. Bobbio, entre otros, que en la mayoría de los casos él mismo había contribuido a traducir. Cuán lejos se situaba de ese iusnaturalismo decimonónico y trasnochado que imperaba en la universidad y que entroncaba directamente con lo más mojigato y clerical de esa vieja tradición cordobesa denunciada ya por Sarmiento casi un siglo antes.

Pronto su cátedra se vio rodeada de jóvenes profesores tan deseosos como él de implementar una nueva manera de concebir la Universidad. Se modificó el sistema de exámenes propiciando la autoevaluación de los alumnos, se cambiaron las clases magistrales por otras más participativas, se establecieron seminarios y se dictaron cursos especiales. Al impulso de su personalidad, se crearía una atmósfera de libertad, donde la tolerancia en lo político e ideológico y la rigurosidad en lo científico se asemejaban a dos caras de una misma moneda. Sólo dos cosas estaban prohibidas: el autoritarismo y la irracionalidad.

De regreso de un viaje a México donde había sido invitado por el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la U. N. A. M. comentó como una anécdota más al grupo que todos los sábados se reunían en torno a una mesa de discusión que en aquel país a los profesores universitarios se les llamaba «maestro». A partir de ese día en medio del cómplice jolgorio de todos, mitad en broma, mitad en serio, aunque siempre afectuosamente, Ernesto Garzón comenzó a ser llamado «maestro».

El apelativo de «maestro» que comenzó siendo una «travesura» entre ingenua y cariñosa a la que Ernesto Garzón respondía siempre sonriente, fue perdiendo paulatinamente, como sucede en tantas otras ocasiones, su sentido originario, transformándose en una muestra de reconocimiento intelectual hacia quien nos introducía en los vericuetos de la Filosofía del derecho y nos guiaba en nuestro quehacer universitario.

En 1976 inicia su andadura la dictadura militar argentina encabezada por el tristemente célebre ex general Jorge Rafael Videla. Toda la cátedra de Ernesto Garzón es expulsada, incluida una empleada administrativa que hacía las veces de secretaria del departamento de filosofía del derecho. Y en las mismas aulas donde se impartían clases sobre Kelsen, Geiger o Bobbio, donde se hacía hincapié en la crítica racional y en algunos problemas de lógica deóntica, comenzó a impartirse cursos sobre la familia, la patria y la propiedad privada y a dictarse seminarios especiales para los cuerpos represivos, que pretendían justificar la tortura y el pillaje basado en posiciones irracionales del más recalcitrante de los iusnaturalismos. Pero los vínculos intelectuales y personales entre Ernesto Garzón y sus discípulos eran demasiado fuertes para que el exilio alemán pudiera quebrarlos. Es más, en 1988, los discípulos de sus discípulos reconocen en él también a su «maestro»; la misma sana ingenuidad, idéntica sonrisa, igual exigencia de rigurosidad.

Nuestro común exilio ahondó mis relaciones personales con Ernesto Garzón. Constaté por enésima vez su espíritu solidario y su generosidad. Gocé, como tantos otros, de su apoyo y auxilio incondicional. Y en los momentos de flaqueza y desánimo, de su integridad moral. Hoy, 16 años después de haber escuchado sus lecciones por vez primera, después

de haber participado junto a él en innumerables actividades universitarias, sigo admirando como el primer día su claridad conceptual, su rigor expositivo y su talante científico. Si es verdad que se puede aprender de los ejemplos, quienes conocemos a Ernesto Garzón Valdés sabemos que podemos aprender del mejor de los ejemplos posibles.

Publicaciones de Ernesto Garzón Valdés

Libros

(ed): *Lateinamerikanische Studien zur Rechisphilosophie*, Neuwied 1965. *Derecho y«naturaleza de las cosas»* Córdoba (Argentina) 1970.
(ed. con Peter Waldmann): *El poder militar en la Argentina*. (1976-1981), Francfort del Meno, 1982, Buenos Aires, 1983.
(ed.): *Filosofía y derecho*, Barcelona, [1]1985, [2]1988.
El concepto de estabilidad de los sistemas políticos, Madrid, 1987.
(ed. con Eugenio Bulygin): *Argentinische Studien zum Rechistheorie und Rechisphilosophie heute*, Berlín, 1988.
(ed. con Manfred Mols y Arnold Spitta): *La democracia argentina actual*, Buenos Aires, 1988.
Der Begriff der Stabilität, Friburgo, 1988.

Artículos

«La nación en Hispanoamérica», *Cuadernos Hispanoamericanos*, Madrid, 1952.
«El pensamiento jurídico de Karl Engisch», K. Engisch, *El ámbito de lo no jurídico*, Córdoba (Argentina), 1960. Reproducido en Luis Recasens Siches, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, 1963, tomo II.
«Bericht über Archives de Philosophie du Droit N.º 5», *Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie*, 1961, XLVII/3.
«IVR-Bericht über die Rectsphilosophie als Fach der Rechtswissenschaft im internationalen Wissenschaftsbetrieb», *Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie*, 1962, XLVIII/3.
«Teoría de la revolución von Lucio Mendieta y Núñez», *Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie*, 1962, XLVIII/1-2.
«El pensamiento jurídico de Hans Welzel» en H. Welzel, *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Córdoba (Argentina), 1962. Reproducido en L. Recasens Siches, loc. cit. «El pensamiento jurídico de Gustav Radbruch» en G. Radbruch, *La naturaleza de la cosa como forma del pensamiento jurídico*, Córdoba (Argentina), 1963.
«La polis sin politeia», *Sur* N.º 286, Buenos Aires, 1964.
«Orden normativo y razón» *La Nación*, Buenos Aires, marzo, 1965.
«Die Beziehungen zwischen Sein und Sollen», *Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie*, Beiheft 41, Neue Folge 4, 1965.

«Die Universitätsreform von Córdoba», H. A. Steger (ed), *Grund - züge des lateinamerikanischen Hochschulwesens*, Baden Baden, 1965.
«Validez y existencia de las normas en H. L. A. Hart», *Notas de Filosofía del Derecho*, N.º 4, Buenos Aires, 1967.
«Derecho natural e ideología», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, mayo, Buenos Aires, 1968.
«Zeitungen und Zeitschriften in Argentinien», *Arbeitsunterlage 10 zur Lateinamerikaforschung*, Münster, 1968.
«La naturaleza de la cosa», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Tomo III, Nueva Serie N.º 7, 1970.
«Algunas tesis acerca de la relación entre ciencia moderna y ética» UNESCO (ed.), *Enseñanza del derecho internacional*, Buenos Aires, 1972.
«Algunos modelos de validez normativa», *Revista Latinoamericana de Filosofía*, Vol. III, N.º 1, marzo 1977; Cuaderno de Trabajo N.º 21 del Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Maracaibo (Venezuela), 1979.
«Modelle normative Geltung», *Rechtstheorie* Vol. 8, Heft 1, 1977.
«Las palabras de la ley y su interpretación: algunas tesis de Francisco Suárez», *Dianoia*, México, 1977.
«Die Bundesrepublik Deutschland und Lateinamerika. Anmerkungen eines Argentiniers», J. Haas-Heye, *Im Urteil des Auslands. Dreissig Jahre Bundesrepublik*, Munich, 1979.
«SELA- Eine Organisation der lateinamerikanischen Entwicklungspolitik», *die dritte Welt*, N.º 1, 1980.
«Caudillos und Diktatoren in Leteinamerika. Ein Klassifizierungsvorschlag», *Iberoamericana*, 11, Francfort, 1980.
«La Constitución Argentina de 1853 y el proceso de 'desintegración' de América del Sur», D. Benecke y otros (eds.), *Integration in Lateinamerika*, Munich, 1980.
«Acerca de la desobediencia civil», *Sistema* N.º 42, Madrid, 1981.
«Acerca de las limitaciones legales del soberano legal», *Sistema* N.º 43-44, Madrid, 1981. Reimpreso con algunas modificaciones en E. Bulygin y otros (ed.), *El lenguaje del derecho*, Buenos Aires, 1982.
«Die Worte des Gesetzes und ihre Auslegung - Einige Thesen von Francisco Suárez», O. Ballweg/T. Seibert (eds.), *Rhetorische Rechtstheorie*, Friburgo, 1982.
«Die Rolle des Rechts in Lateinamerika und Westeuropa», *Veröffentlichungen des Österreich Kollegs*, Viena, 1982.
«Acerca de las funciones del derecho en América Latina», *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Universidad de Palma de Mallorca, 3, 1982. «Die gesetzliche Begrenzung des staatlichen Souveräns», *Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie*, Vol., LXVIII, 1982.
«Caudillos y dictadores en América Latina», T. Heydenreich/J. Schneider, *Argentinien und Uruguay*, Munich, 1983.
«La paradoja de Johnson. Acerca del papel político-económico de las clases medias en América Latina», *Sistema* N.º 56, Madrid, 1983.
«Hermann Heller y John Austin - Un intento de comparación», *Sistema* N.º 57, Madrid, 1983.

«La emigración argentina. Acerca de sus causas ético-políticas», P. Waldmann/E. Garzón Valdés (eds.), *El poder militar en la Argentina, (1976-1981)*, Francfort del Meno, l982, Buenos Aires, 1983.
«Über die Beziehungen zwischen Ethik und Politik», G. Kohlmann (ed.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburstag*, Colonia, 1983.
«Über Politik und Kultur in Argentinien», Evangelische Akademie Hofgeismar (ed.), *Argentinien*, Hofgeismar, 1983.
«Hermann Heller und John Austin», C. Müller/I. Staff, *Der soziale Rechtsstaat*, Baden Baden, 1984.
«Moral y política», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1984; publicado también en *Cuadernos de Ética*, Vol. I, N.º 1, Buenos Aires, 1985. «Los deberes positivos generales y su fundamentación», *Doxa* N.º 3, Alicante, 1986.
«El perfil latinoamericano de Elías Díaz», *Anthropos*, 62, Madrid, 1986. «Acerca de la tesis de separación entre ética y política», *Sistema* N.º 76, Madrid, 1987.
«Weitere Überlegungen zur These von der Trennung von Politik und Moral», W. Becker/W. Oelmüller, *Politik und Moral - Entmoralisierung des Politischen?*, Paderborn, 1987.
«¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?», *Revista Latinoamericana de Filosofía*, Vol. XIII, 3, Buenos Aires, 1987.
«Acerca del concepto de legitimidad», *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, 1987.
«Poliittisten järjestelmien vakaisuuden käsitteest» («La estabilidad de los sistemas políticos»). *Oikeus*. 2. Helsinki. 1987.
«Allgemeine positive Pflichten und Begründung», E. Garzón Valdés/E. Bulygin (ed.). *Argentinische Rechtstheorie und Rechtsphilosophie heute* Berlín, 1987.
«Kann Rechtspaternalismus ethisch gerechfertigt werden?» en *Rechtstheorie*, 18. Band, Heft 3, 1987.
«La democracia argentina actual: problemas ético-políticos de la transición», *Sistema* N.º 82, Madrid, 1988. Reproducido en E. Garzón Valdés y otros (eds.), *La democracia argentina actual*, Buenos Aires, 1988.«Die Stabilität politischer Systeme» en *Zeitschrift für Politik*, N. 15, 1988. «Ética, economía y criterios de legitimidad», Ética y ciencia, Año, 2, N.º 3, Buenos Aires, 1988.
«La paz republicana», *Enrahonar*, N. 15, Barcelona, 1988.

Traducciones (libros)

del francés:
Michel Villey, *Consideraciones en pro del derecho natural clásico*, Córdoba (Argentina), 1967.

del italiano:
Norberto Bobbio, *El problema del derecho natural*, Buenos Aires, 1966. Widar Cesarini Sforza, *Filosofía de la relación jurídica*, Córdoba (Argentina), 1972.

del inglés:
Karl Olivecrona, *Lenguaje jurídico y realidad*, Buenos Aires, 1968.
Georg Henrik von Wright, *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, México, 1976.

del alemán:
Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, Córdoba (Argentina), l957.
Rudolf Stammler, *La esencia del derecho y la ciencia del derecho*, Córdoba (Argentina), 1958.
Hans Kelsen, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, Córdoba (Argentina), 1959.
Karl Engisch, *El ámbito de lo no jurídico*, Córdoba (Argentina), 1960. Hans Welzel, *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Córdoba (Argentina), 1962.
Gustav Radbruch, *La naturaleza de la cosa como forma del pensamiento jurídico*, Córdoba (Argentina), 1963.
Erik Wolf, *El origen de la ontología jurídica en el pensamiento griego*, Córdoba (Argentina), 1963.
Otto Brussiin, *La objetividad de la jurisdicción*, Córdoba (Argentina), 1964.
Ulrich Klug, *Ensayos de filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1965. Herbert Marcuse, *Cultura y Sociedad*, Buenos Aires, 1966.
Helmut Schelsky, *El hombre en la civilización científica*, Buenos Aires, 1967.
Rupert Schreiber, *Lógica del derecho*, Buenos Aires, 1968.
Jürgen von Kempski, *Derecho y política*, Buenos Aires, 1969.
Thomas Würtenberger, *Persona y ley jurídica*, Córdoba (Argentina), 1970.
Eric i Fechner, *Existencialismo y filosofía jurídica*, Córdoba (Argentina), 1972.
Alfred Verdross, *Derecho natural primario y derecho natural secundario*, Córdoba (Argentina), 1972.
Friedrich Kambartel, *Experiencia y estructura*, Buenos Aires, 1974.
Norbert Hoerster, *Problemas de ética normativa*, Buenos Aires, 1975. Günter Patzig, *Ética sin metafísica*, Buenos Aires, 1975.
Ingrid Craemer-Ruegenberg, *Lenguaje moral y moralidad*, Buenos Aires, 1976.
Wilhelm Kamlah, *Antropología filosófica y ética*, Buenos Aires, 1976. Manfred Riedel, *Metafísica y metapolítica*, Buenos Aires, 1976.
Heinrich Scholz, *¿Qué es filosofía?*, Buenos Aires, 1976.
Paul Lorenzen, *Pensamiento metódico*, Buenos Aires, 1976.
Eike von Savigny, *Filosofía analítica*, Buenos Aires, 1976.
Rüdiger Lautmann, *Sociología y jurisprudencia*, Buenos Aires, 1976. Heinrich Busshoff, *Racionalidad crítica y política*, Bueno Aires, 1977. Herbert Schnädelbach, *La filosofía de la historia después de Hegel*, Buenos Aires, 1977.
Josef Simon, *Aspectos y problemas de la filosofía del lenguaje*, Buenos Aires, 1977.

Wolfgang Stemüller, *Creer, saber, conocer*, Buenos Aires, 1978. Otfried Höffe, *Estrategias de lo humano*, Buenos Aires, 1978.
Gerhard Schmidt, *Razón y experiencia*, Barcelona, 1979.
Theodor Geiger, *Moral y derecho*, Barcelona, 1980.
Harmut Kliemt, *Filosofía del Estado y criterios de legitimidad*, Barcelona, 1981.
Kurt Hübner, *Crítica de la razón científica*, Barcelona, 1981.
Friedrich Rapp, *Filosofía analítica de la ciencia*, Barcelona, 198l. Werner Becker, *La teoría marxista del valor*, Barcelona, 1981. Wolfgang Mommsen, *Max Weber: sociedad, política e historia*, Barcelona, 1981.
Hans Lenk, *Filosofía pragmática*, Barcelona, 1982.
Otto Pöggeler, *Filosofía y política en Heidegger*, Barcelona, 1983.
Karl D. Bracher, *Controversias*, Barcelona, 1984.
Peter Waldmann, *Ensayos sobre política y sociedad en América Latina*, Barcelona, 1984.
Hermann Lübbe, *Filosofía práctica y teoría de la historia*, Barcelona, 1984.
Dieter Senghaas, *Aprender de Europa*, Barcelona, 1985.
Carl F. Geyer, *Teoría crítica*, Barcelona, 1985.
Manfred Mols, *El marco internacional de América Latina*, Barcelona, 1985.
Friedrich Kambartel, *Filosofía práctica y teoría constructiva de la ciencia*, Barcelona, 1985.
Hans Buchheim, *Política y poder*, Barcelona, 1985.
Hans Albert, *La miseria de la teología*, Barcelona, 1985.
Hartmut Kliemt, *Las instituciones morales*, Barcelona, 1986.
Karl Otto Apel, *Estudios éticos*, Barcelona, 1986.
Günther Patzig, *Hechos, normas, proposiciones*, Barcelona, 1986.
Iring Fetscher, *Condiciones de supervivencia de la humanidad*, Barcelona, 1987.
Otfried Höffe, *Estudios de teoría del derecho y la justicia*, Barcelona, 1987.

ENTREVISTA CON ERNESTO GARZÓN VALDÉS

1. *-La filosofía del Derecho argentina de las tres o cuatro últimas décadas (desde la época de Cossio) es un fenómeno que a muchos les resulta sorprendente. En un medio que, en muchos aspectos, parece sumamente adverso, se ha desarrollado un movimiento de filosofía del Derecho que hoy goza de un reconocimiento internacional. ¿Cuáles consideras que son las claves de este «éxito» cultural? ¿Cómo ves la situación actual y las perspectivas de futuro? ¿Cuál consideras que ha sido tu papel en este movimiento? ¿Qué temas se cultivan hoy preferentemente y cuáles son las tendencias iusfilosóficas predominantes? ¿Cuáles son tus relaciones con la cultura de tu país -en particular con la cultura filosófico-jurídica- después de tantos años de estancia en Alemania?*

La Argentina, sobre todo Buenos Aires, no obstante estar situada geográficamente en la periferia del mundo cultural al que pertenece ha tenido siempre una fuerte tendencia a superar todo provincianismo y a mantener una gran apertura a todas las corrientes del pensamiento europeo. Ya en época de la colonia, el hecho de que el Virreinato del Río de la Plata no tuviera mayor interés económico para la Corona española contribuyó a que Buenos Aires buscara un mayor contacto, también intelectual, con otros países europeos, principalmente Inglaterra. Esta tradición fue continuada después de la independencia durante todo el siglo XIX (basta leer la obra de Esteban Echeverría o de Domingo F. Sarmiento para comprobarlo). En el siglo XX, abiertas ya las puertas del país a la inmigración, se acentuó aún más esta actitud. Sería desde luego aventurado afirmar categóricamente que esta versión hacia el exterior ha sido en todos los casos beneficiosa y que ella no ha afectado negativamente aspectos tan fundamentales como puede ser la propia identidad del argentino. Pero lo que sí parece indiscutible es que esta tendencia universalista ha favorecido la actividad científica en general y, en nuestro caso, la reflexión iusfilosófica.

Con respecto a la filosofía del derecho, creo que hay que mencionar. además, los siguientes aspectos:

a) Los magisterios de Carlos Cossio y, sobre todo, de Ambrosio Gioja. En mis ya largas y variadas experiencias universitarias en el exterior, no he conocido a nadie que como Gioja estuviera tan francamente abierto al diálogo, tan dispuesto a someter a crítica las propias posiciones y con una sensibilidad tan afinada para percibir cuáles eran las corrientes innovadoras del pensamiento jurídico que no podían ser ignoradas, cualquiera que fuera su procedencia.

b) Una activa política de traducciones de obras jurídicas fundamentales: Ya en 1962, Genaro R. Carrió tradujo *Sobre el derecho y la justicia*, de Alf Ross y en 1963, es decir, dos años después de su publicación en Oxford, *El concepto de derecho*, de H. L. A. Hart. Ambas obras fueron objeto no sólo de seminarios para docentes sino también textos obligatorios en los cursos de filosofía del derecho.

c) Las frecuentes visitas de juristas y filósofos extranjeros: A. Aarnio, H. Albert, K. O. Apel, M. Atienza, N. Bobbio, J. Bochenski, D. Davidson, R. Dworkin, E. Díaz, R. Hilpinen, U. Klug, F. Laporta, F. Miró Quesada, T. Nagel, A. Peczenik, J. Raz, A. Ross, A. Rossi, E. Sosa, P. Strawson, L. Villoro, O. Weinberger, B. Williams, G. H. von Wright, J. Wroblewski y muchos otros. Dadas las distancias (una ventaja más de la excentricidad geográfica argentina), estas visitas no se limitaban a la simple conferencia aislada y más o menos brillante, sino que, por lo general consistían en cursillos que a su vez habían sido preparados a través de la lectura de las obras del respectivo visitante e iban acompañados de intensas discusiones. Teniendo en cuenta estas circunstancias, no resulta exagerada la afirmación de Alf Ross cuando en el prefacio a la edición castellana de *Sobre el derecho y la justicia*, dice: «Cuando hace un par de años tuve el honor de ser invitado a dar conferencias en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, me impresionó mucho el papel que allí desempeña la filosofía en la enseñanza del derecho. Hallé entre mis colegas en ese campo un conocimiento, un interés y una comprensión mucho mayores que la que es común encontrar en mi país». En algunos casos, este diálogo influía también en el pensamiento del visitante. Con su ejemplar honestidad intelectual, G. H. von Wright se ha referido en este sentido a su primera visita a la Argentina: «... fui invitado a dar conferencias... en la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Mantuve también fecundas discusiones con varios miembros del Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Debo al profesor Carlos Alchourrón una importante corrección en mi tratamiento anterior del cálculo deóntico diádico» (en el prólogo a su *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, pág. 5, Amsterdam 1968).

d) La creación de un foro de diálogo e investigación que no estuviera sometido a los vaivenes de una política, por lo general dictatorial, que no se detenía ante las puertas de la universidad: SADAF (Sociedad Argentina de Análisis filosófico).

e) Los viajes de estudios de filósofos del Derecho argentinos, principalmente a Oxford y a la República Federal de Alemania, durante los años 60 y 70, a la vez que el establecimiento de un contacto regular y casi institucionalizado con colegas latinoamericanos dedicados a temas de filosofía analítica y lógica, como Alejandro Rossi, Fernando Salmerón y Luis Villoro en México y Francisco Miró Quesada en el Perú.

f) La disposición a la polémica y la crítica de un grupo cuyos miembros, de las más diversas edades y posiciones universitarias, sólo respetaban los principios de la tolerancia y la racionalidad. Recuerdo una noche, a mediados de los 60, haber recorrido medio Buenos Aires discutiendo

acaloradamente con Carlos S. Nino acerca de la teoría finalista de la acción en Hans Welzel. Durante casi cuatro años, con Nino, María Eugenia Urquijo y Norberto Spolansky nos reunimos todas las semanas a discutir sobre temas de teoría de la acción, con miras a publicar un libro que nunca vio la luz y que muchos años después sirviera de remoto impulso a la *Introducción a la filosofía de la acción humana* (Buenos Aires, 1987) de Carlos S. Nino.

Creo que estas circunstancias y talantes nos permitieron sobrevivir intelectualmente en un ambiente convulsionado por reiterados golpes militares que interrumpían los breves intentos de democracia civil. Este microclima que nos habíamos creado hizo posible que Genaro R. Carrió publicara en 1964 sus *Notas sobre derecho y lenguaje* y Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin la *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1971).

Por lo que a mí respecta, pienso que mi vinculación con la Universidad Nacional de Córdoba me permitió llevar al interior del país muchas de las preocupaciones del grupo de Buenos Aires y formar así a jóvenes que, después de la dura pausa impuesta por la dictadura militar de 1976-1983, han asumido cargos de docencia e investigación y practican las mismas reglas del trabajo intelectual a las que me he referido. También desde Córdoba, con la Biblioteca de Filosofía del Derecho y Sociología, procuré facilitar el conocimiento de filósofos del Derecho alemanes como H. Kelsen, G. Radbruch o H. Welzel. Tal vez mi libro sobre *Derecho y «naturaleza de las cosas»* sirvió en alguna medida para estimular el rechazo de concepciones iusfilosóficas basadas en principios de dudosa racionalidad y en este sentido fue un aporte a una limpieza intelectual, practicada en la década de los 60 desde la perspectiva de la filosofía analítica.

Tres son posiblemente los temas que más interesan en la actualidad a los filósofos argentinos del derecho: a) Cuestiones de lógica deóntica. Ello no es sorprendente dada la presencia en Buenos Aires de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. b) Aspectos de la teoría del derecho vinculados principalmente con la estructura del sistema normativo y con problemas de la sistematización de la dogmática jurídica. Nombres como los de Ricardo Caracciolo, Ricardo Guibourg o Roberto Vernengo, ilustran esta corriente. c) Cuestiones de ética jurídico-política. Martín Diego Farrell y Carlos S. Nino son en mi opinión los más distinguidos representantes de esta línea de investigación que ha adquirido creciente importancia y en cuya discusión intervienen también iusfilósofos de las otras dos corrientes.

No obstante mi obligada ausencia del país durante casi una década, mantuve permanente contacto con la filosofía jurídica argentina de orientación analítica. La mayoría de mis amigos de Buenos Aires viajaron en esos años con frecuencia a Europa recurriendo al más variado repertorio de recursos: becas, invitaciones a congresos y generosas financiaciones en las que ha jugado un papel significativo la España democrática. Tal vez la más clara expresión de mi contacto con la filosofía del Derecho argentina sea el libro *Argentinische Rechtstheorie und Rechisphilosophie*

heute, que editara recientemente en Berlín (Oeste) con Eugenio Bulygin.

2. -En el número 1 de DOXA, en tu contestación a la encuesta planteada allí, y a propósito de tu trayectoria como filósofo del Derecho, expones cuáles son los temas abordados y los resultados alcanzados, pero omites cualquier referencia de tipo biográfico, como por ejemplo, tus relaciones con los dos grandes «maestros» de la filosofía del Derecho argentina del siglo XX (Cossio y Gioja), etc. ¿Podrías completar ahora estos datos de tu «ficha personal» como iusfilósofo?

No es fácil precisar las motivaciones que le impulsan a uno a trabajar en un campo determinado del conocimiento. Cuando se mira hacia atrás, se tiene la sensación de que uno podría haber hecho las cosas mucho mejor pero no que hubiera hecho otras muy diferentes. Nunca dudé que quería estudiar Derecho y que lo que más me interesaba era el aspecto teórico de esta disciplina. La profesión de abogado me atraía poco o nada; sólo la ejercí durante un año con un desastroso resultado económico. En España, a comienzos de los 50, la influencia sobre todo de Xavier Zubiri y de Enrique Gómez Arboleya, reforzaron mi vocación por la filosofía y las ciencias sociales. Los años de Madrid (1951-1953) fueron para mí decisivos. Había salido de Córdoba al día siguiente de recibirme de abogado, en diciembre de 1950, asfixiado por el clima de una universidad en la que imperaban lemas tales como «Alpargatas sí, libros no» o «Haga patria, mate un estudiante». Mario Bunge ha descrito cabalmente el ambiente académico de aquella época: «Un amasijo de mentiras, trivialidades, cursilerías, rosismo y catolicismo...».

No obstante las limitaciones del régimen franquista, el ambiente intelectual del Madrid que yo viví era incomparablemente más abierto y estimulante que el que había vivido en Córdoba bajo el segundo gobierno de Perón: en 1951 fue designado ministro de Educación Nacional Joaquín Ruiz Giménez, con lo que se inició un período de liberalización universitaria. Rector de la Universidad de Madrid era Pedro Laín Entralgo y de la de Salamanca, Antonio Tovar. Xubiri dictaba cursos privados en cuya organización se turnaban Laín y Gómez Arboleya. Al referirse a esos años, Elías Díaz ha señalado con razón: «Era indudable que, a pesar de las muy desfavorables circunstancias del país... se había comenzado a producir una vida intelectual de considerable importancia y de un digno nivel científico en la España de esos años». (*Pensamiento español 1939-1975*, Madrid 1978, 100 s.).

Luego vinieron los seminarios de Karl Engisch en Munich (1954-1956) y así, poco a poco, me vi transitando una vía que me parecía tan natural que creo no podría haber elegido otra.

Justamente por haber salido de la Argentina apenas recibido, a Carlos Cossio lo conocí mucho después de haberlo leído: a mediados de los

sesenta. Mis contactos personales con él fueron cordiales pero esporádicos. Con Gioja, en cambio, mantuve desde mi regreso a la Argentina en 1964 hasta su muerte en 1971, una fecunda relación intelectual y humana. Su liberalidad, su disposición a aprender también de sus discípulos, a corregir los propios errores, creo que influyeron decididamente en mi actitud como profesor universitario.

3. -En tu reciente trabajo sobre El concepto de estabilidad de los sistemas políticos utilizas el concepto hartiano de regla de reconocimiento como «criterio supremo de la identidad del sistema» político y hablas de «cambio de la regla de reconocimiento» para referirte a aquellos hechos a los que, en la terminología política corriente, se suele aludir como «cambio de régimen político». Es de suponer que lo haces así no sólo porque, como dices en tu trabajo, cuando «hablamos de sistemas políticos necesariamente tenemos que referirnos a enunciados que describen reglas y formas de comportamiento que están vinculadas entre sí por criterios de índole normativa», sino también porque el concepto de «regla de reconocimiento» tiene, pese a su complejidad, un grado de precisión mayor que el concepto de «régimen». Concordamos, desde luego, contigo en que la regla de reconocimiento «en ningún caso se agota en las disposiciones de una norma constitucional, sino que incluye también principios, máximas, criterios para la aplicación de las reglas del sistema». Pero, aun así, parece que has ampliado el contenido de la regla de reconocimiento para abarcar elementos que, al menos en el contexto de uso originario de esta expresión, el de la teoría del Derecho, no son tomados en consideración. Por ejemplo, refiriéndote a la regla de reconocimiento correspondiente al sistema político costarricense incluyes en el contenido de la misma «un modelo de desarrollo que responde al esquema de un capitalismo de Estado-benefactor» y, respecto al sistema político venezolano, incluyes en un listado de los «elementos esenciales» de su regla de reconocimiento «la aceptación de la necesidad de diversificar las exportaciones y de una industrialización que permita sustituir las importaciones y reducirla dependencia del petróleo». Quizá podría objetarse que tu intento de hacer operativo el concepto de regla de reconocimiento en un contexto de problemas distinto de aquél para el que fue pensado ha tenido como precio la desnaturalización del propio concepto, con lo que la ventaja de su mayor precisión respecto al de «régimen político», u otros análogos, se habría perdido. ¿Estarías de acuerdo con ello? ¿Hasta dónde, y bajo qué condiciones, son en tu opinión utilizables en el campo de la teoría política conceptos típicos de la teoría del Derecho? Y, más en general, ¿cómo ves la relación entre estas dos disciplinas?

En mi trabajo sobre el concepto de estabilidad de los sistemas políticos, lo que me interesaba era encontrar un criterio que me permitiera identificar el sistema del que había que predicar su estabilidad o inestabilidad.

Cuando uno analiza la literatura sobre este tema, no puede menos que quedar sorprendido ante la falta casi absoluta de criterios de identificación. En el mejor de los casos, suele recurrirse a criterios puramente formales como la Constitución del país en cuestión o más o menos vagos, como la ideología dominante. En ambos casos resulta difícil establecer una distinción clara entre los conceptos de estabilidad, legitimación y legitimidad, que en mi trabajo juega un papel fundamental.

La concepción hartiana del «punto de vista interno» (estrechamente vinculada con la de «regla de reconocimiento») me pareció sumamente útil para explicar lo que entiendo por «legitimación». Es verdad, como también lo he señalado, que este «punto de vista interno» no es muy diferente de lo que Max Weber llamaba «creencia en la legitimidad»; me pareció, sin embargo, que la expresión hartiana tenía la ventaja de una menor carga emotiva, y que ello permitía evitar más fácilmente la confusión entre «legitimación» y «legitimidad».

Tenéis desde luego razón cuando afirmáis que quizás he extendido el campo de denotación de la «regla de reconocimiento». Pienso que esto era inevitable si se quería hablar de sistemas políticos y no estrictamente jurídicos. Pero creo que el sentido sigue siendo el mismo. Por ejemplo, cuando en el caso venezolano digo que su «regla de reconocimiento» incluye «la aceptación de la necesidad de diversificar las exportaciones», esto podría reformularse en un lenguaje más estrictamente hartiano diciendo que entre los principios o máximas de la «regla de reconocimiento» figura el rechazo de aquellas normas que tiendan a establecer una relación de dependencia total con respecto a ciertos mercados. Quienes desearan imponer tales normas entrarían en contradicción con la «regla de reconocimiento» del sistema. Creo que estaríais dispuestos a aceptar que a la «regla de reconocimiento» del sistema español, por ejemplo, pertenece, como enfáticamente lo ha señalado Gregorio Peces Barba en sus publicaciones sobre el tema, el principio del Estado social de derecho, de acuerdo con el artículo 1,1 de la Constitución de 1978. Pero la fórmula «Estado social», implica, desde luego, la aceptación de un sistema de seguridad social, de la vigencia de deberes positivos de asistencia, que responden también a una concepción de las estructuras económicas del país. Que se trate de un modelo de «capitalismo de Estado-benefactor» (como en el caso de Costa Rica) o no, es algo que me parece irrelevante para la cuestión que aquí nos ocupa. Y si queréis otro ejemplo de disposiciones constitucionales que describen con lujo de detalles un determinado modelo de desarrollo podéis tomar el artículo 27 de la Constitución mexicana de 1917 referido a los derechos de propiedad de las tierras y aguas. Dicho con otras palabras: si se está dispuesto a aceptar que las disposiciones constitucionales tienen alguna relevancia para la formulación de la «regla de reconocimiento», no veo por qué han de resultar tan extrañas precisiones como las que formulara con respecto a los sistemas costarricence o venezolano que, en verdad, sólo glosan artículos de las respectivas Constituciones.

Concedo, sin embargo, que a un jurista, la expresión «regla de reconocimiento», utilizada en el contexto de la politología, puede provocarle ciertas dudas. Este suele ser el inconveniente del traspaso de expresiones

acuñadas en una determinada disciplina al campo de otros campos del conocimiento, por más afines que estos puedan ser.

La obra de Max Weber y, si se quiere recurrir a ejemplos actuales, el libro de Norman P. Barry *An Introduction to Modern Political Theory* (Hong Kong, 1981) demuestran la posibilidad de utilizar con éxito conceptos jurídicos para explicar fenómenos políticos e ilustran la fecundidad de un trabajo interdisciplinario entre la teoría del Derecho y la de la política.

4. -Recientemente has escrito diversos trabajos adscribibles al campo de la filosofía política y en los que abordas problemas vinculados con la realidad política latinoamericana. Uno de ellos, La democracia argentina actual: Problemas ético-políticos de la transición, puede entenderse que constituye -aunque en él están presentes los instrumentos conceptuales y la destreza argumentativa del filósofo- una mera intervención qua ciudadano en el problema capital del debate político de tu país. Pero otros -el referente al concepto de estabilidad de los sistemas políticos, del que hablábamos antes, o el dedicado al paternalismo en las relaciones internacionales- parecen obedecer a motivaciones menos circunstanciales. ¿Podría interpretarse esto como un propósito deliberado de cultivar la filosofía política, después de haber hecho lo propio con la filosofía del Derecho y con la filosofía moral? ¿Qué papel ocupa en tu obra la reflexión sobre Latinoamérica? Dejando por un momento al lado la teoría, ¿cómo te definirías desde el punto de vista ideológico-político? ¿Cuál es tu actitud, en cuanto ciudadano, respecto a los problemas políticos básicos?

En 1975, poco antes de ser designado profesor en el Instituto de Politología de Maguncia, conversando con Joseph Raz en Oxford, le expresé mis dudas acerca de la conveniencia de dedicarme a la filosofía política pues pensaba que ello me alejaría fatalmente de los temas que hasta entonces había cultivado. Raz se limitó a preguntarme: ¿crees que los temas son realmente tan distintos? Y la verdad es que cuando uno analiza las cosas más de cerca no es difícil comprobar que se trata de una problemática muy afín en la que los conocimientos del jurista pueden ser útiles para evitar que la politología se transforme en una especie de periodismo con notas al pie de página, que tan sólo se limita a combinar alguna descripción de la realidad con una buena dosis de ideología casi siempre cargada de emociones circunstanciales. En mi trabajo sobre lo que llamara la «paradoja de Johnson» intenté ilustrar la insuficiencia de aquellos análisis politológicos que pretenden formular predicciones de comportamientos políticos con total prescindencia de aquella precisión conceptual a la que solemos estar acostumbrados los juristas.

La actitud de distanciamiento analítico no significaba desde luego que uno pueda escapar al contexto vital que le ha tocado en suerte. No conozco filósofo del derecho que, por más objetivo que pretenda ser, no deje entrever su posición política básica. Basta pensar en nombres

como Kelsen, Ross, Bobbio o Hart. Por lo que a mí respecta, me definiría como socialdemócrata que acepta los principios del liberalismo político pero no su versión económica. La expresión «liberalismo» puede inducir a error, sobre todo en los países hispánicos. Por ello una breve precisión: tal como he procurado demostrarlo en mi artículo sobre la fundamentación de los deberes positivos generales, pienso que quien está dispuesto a aceptar la vigencia de deberes negativos como condición necesaria para la convivencia de seres racionales y autónomos, no puede quedarse a medio camino y negar la obligatoriedad ética de los deberes positivos. En este sentido, justificar el Estado de derecho significa también justificar el Estado social de derecho. Si se acepta que tal es el caso, el reconocimiento de estos valores éticos no puede limitarse a una reflexión teórica sino que debe expresarse en la vida cotidiana como ciudadano. La experiencia del exilio me ha enseñado que adoptar actitudes de una cierta coherencia entre lo que uno piensa y la forma como uno actúa es mucho más fácil que lo que suele creerse. Salvo casos extremos, ello no requiere esfuerzos heroicos sino un mínimo de evaluación de lo que está en juego.

Suele decirse en la Argentina que en Córdoba comienza América Latina. Tal vez haya algo de cierto en esta afirmación. En todo caso, siempre me he sentido profundamente latinoamericano. La convivencia con latinoamericanos en Madrid posiblemente reforzó en mí esta actitud. En los últimos años, también por razones universitarias, he tenido que dedicarme a temas latinoamericanos. Y debo admitir que el estudio de la historia y la realidad de América Latina no suele contribuir a estimular mi optimismo. La esperanza de mejoras substanciales creo que es menor a fines del siglo XX que a su comienzo. La esperanza no es ahora fácil, como diría Borges. Descripciones de la sociedad latinoamericana escritas en el siglo XVI, como las crónicas del Inca Garcilaso, o en el XIX como las de Flora Tristán, no se diferencian mucho de las más recientes de Carlos Fuentes o de Juan Uslar Pietri. Esta persistente actualidad de los rasgos distintivos de una sociedad no deja de ser desalentadora y a quienes nos dedicamos a temas de filosofía política y jurídica nos impone el deber de asumir los problemas con la mayor objetividad posible pero también con una buena dosis de compromiso político-social. Algo de esto he procurado expresar en mis trabajos sobre las clases medias en América Latina, sobre la función del derecho en ese continente y sobre el fenómeno de la emigración argentina a partir de la década de los cincuenta. Se trata, pienso, de una tarea que consiste en ir eliminando los velos con que solemos encubrir nuestra precaria situación y en asumir la cuota de responsabilidad que a cada uno le incumbe. Ello por cierto no es fácil dadas las condiciones objetivas de dependencia externa que padece América Latina. Pero hay un campo de actitudes subjetivas en el que sí es posible introducir cambios relevantes. Se trata aquí de intentar superar las inconsecuencias causales que están presentes en casi todos los modelos de desarrollo político-social que se han formulado en el subcontinente. Los ejemplos que expongo en mi libro sobre el concepto de estabilidad ilustran esta desarmonía básica entre lo que queremos ser y los medios que utilizamos para obtener nuestros fines. Vistas así

las cosas, el subdesarrollo de América Latina no es sorprendente sino más bien la consecuencia inevitable de una relación de dependencia a la que se suma la pretensión de querer fines sin estar dispuesto a cumplir con las condiciones necesarias para alcanzarlos. Y querer algo sin querer al mismo tiempo aquello que es condición necesaria para obtener lo querido puede ser en muchos casos una prueba clara de irracionalidad.

5. -Probablemente no haya ningún otro intelectual que conozca tan bien como tú la vida cultural -en particular en el sector de las ciencias sociales- alemana, española y argentina. ¿Podrías trazarnos un cuadro comparativo entre estos tres países desde el punto de vista de las instituciones universitarias? ¿Cómo valoras en particular la situación actual de la filosofía jurídica y social?

Una respuesta más o menos precisa a esta pregunta implicaría superar ampliamente el marco de esta entrevista. Me limitaré pues a algunas consideraciones puntuales.

Con respecto al caso alemán, pienso que desde hace algunas décadas, una gran parte de la intelectualidad alemana, a veces a través del rodeo anglosajón, ha vuelto a recuperar lo mejor de una tradición interrumpida por la barbarie nazi. Que esta recuperación no es total lo demuestra la llamada «polémica de los historiadores» motivada por un intento de trivializar o relativizar los crímenes del nacional socialismo a través de la comparación con otros regímenes como el impuesto por Stalin en la Unión Soviética. Pero también la reacción ante esta empresa por parte de filósofos como J. Habermas o E. Tugendhat, pone de manifiesto que hay una corriente de pensamiento -por lo demás la más significativa de la Alemania Federal- que toma muy en serio la responsabilidad del intelectual ante los problemas de su sociedad. En el caso concreto de la filosofía del Derecho, esta disciplina se ha beneficiado enormemente del trabajo de filósofos no especializados en temas jurídicos pero que en creciente medida se ocupan de problemas de filosofía práctica y por ello también de cuestiones vinculadas con la justificación de los sistemas normativos. Basta recordar los nombres de Günther Patzig, Eike von Savigny, Karl O. Appel, Jürgen Habermas, Hans Lenk, Hermann Lübbe, Ernst Tugendhat, Hans Albert o Hartmut Kliemt. Al hablar de la filosofía del derecho alemana, no puedo dejar de señalar el interés de muchos de sus representantes por la filosofía del derecho de habla hispana. Werner Krawietz, desde *Rechtstheorie*, promueve constantemente la publicación de autores del mundo hispánico: en los últimos años han aparecido en esta prestigiosa revista artículos, por ejemplo, de Elías Díaz, León Olivé, Antonio Enrique Pérez Luño, Carlos S. Nino, Albert Calsamiglia y muchos otros.

Cuando se habla de la filosofía jurídica española actual no es posible dejar de mencionar la labor de docencia e investigación de por lo menos tres profesores: Elías Díaz, Juan Ramón Capella y Gregorio Peces

Barba, ni tampoco olvidar la obra de orientación científica de Felipe González Vicén. La recuperación de la tradición liberal y socialista española, impulsada sobre todo por Elías Díaz, Francisco Laporta, Virgilio Zapatero y Eusebio Fernández, así como la recepción de autores fundamentales como Alf Ross (Liborio Hierro), Norberto Bobbio (Alfonso Ruiz Miguel) y H. L. A. Hart (Juan Ramón de Páramo) han contribuido a ampliar los horizontes de la discusión iusfilosófica, que también ha ido acompañada de estudios sobre los problemas jurídico-políticos de la transición, como los de Luis García San Miguel.

Superadas las limitaciones del régimen franquista, es innegable la presencia en España de todo un grupo de jóvenes jusfilósofos que han asumido con rigor científico el tratamiento de los problemas de la teoría y la filosofía del Derecho a la vez que mantienen una actitud de franco rechazo de todo provincianismo intelectual. También en muchos casos la provincia española ha dejado de ser provinciana: el hecho de que en Alicante se edite «Doxa», desde Zaragoza Juan José Gil Cremades dirija el «Anuario de Filosofía del Derecho» o en la Universidad del País Vasco, por iniciativa de Miguel Sánchez Mazas, se celebren periódicos coloquios sobre teoría de la ciencia en el que participan figuras de relieve internacional son sólo dos ejemplos de esta superación de falsos centralismos. La filosofía del Derecho -no sólo la española- resulta también beneficiada por la presencia de iusfilósofos en instituciones claves; no es difícil percibir la fecunda labor de promoción científica que realiza Francisco Laporta desde el Centro de Estudios Constitucionales. Los contactos con América Latina se manifiestan en un permanente diálogo que incluye valiosas investigaciones monográficas, como en el caso del libro de Manuel Atienza *La Filosofía del Derecho argentina actual*, o en la publicación de autores latinoamericanos propiciada por Albert Calsamiglia en Barcelona, por Elías Díaz en Madrid o por Nicolás López Calera en Granada. Otro elemento que a mí personalmente me parece auspicioso es la, en algunos casos, estrecha vinculación intelectual entre iusfilósofos y filósofos de la moral; nombres como los de Javier Muguerza, Victoria Camps, Adela Cortina y Esperanza Guisán pueden ilustrar esta afirmación. Y creo que también es importante el hecho de que en los últimos años se haya ido imponiendo una forma de discutir los problemas que me recuerda el estilo de diálogo polémico que viví en Buenos Aires en la década del 60 y al que me he referido más arriba. Esta afirmación no responde a una arrogancia nacionalista sino a mi convicción de que sin una crítica despiadadamente racional no es posible el progreso científico.

En el caso argentino, SADAF permitió mantener la coherencia del grupo de orientación analítica. Recuperada la democracia, las universidades nacionales comienzan a reconquistar el prestigio perdido durante la dictadura militar. Esto, desde luego, en un marco de penuria financiera, que también afecta a la investigación en ciencias económicamente «poco exigentes» como suelen ser las filosóficas. En un reciente viaje a la Argentina, Robert Alexy me comentaba, con no poca admiración, la fuerza de voluntad y capacidad de sacrificio que significa para el universitario argentino dedicarse exclusivamente a la cátedra con sueldos que no

guardan ninguna relación con el trabajo invertido. Si se piensa en la excelente dotación de medios materiales con que cuenta la universidad alemana, no es difícil comprender el comentario de Alexy.

Los problemas ético-políticos que plantea el paso de la dictadura a la democracia son objeto de discusión por parte de los filósofos del derecho, al igual que los temas de la reforma constitucional (Carlos S. Nino y Martín D. Farrell son buenos ejemplos al respecto). Esto me parece saludable pues invita a la coherencia y a la revisión de las relaciones entre ética y política. Como los políticos suelen tener la tendencia a plantear toda decisión éticamente significativa como una «elección trágica», pienso que no está de más mantenerse alerta a fin de evitar que extiendan demasiado el campo de estas últimas y tengamos que conformarnos con hacer las cosas a medias cuando pueden hacerse por entero, como solía decir Larra. Un exponente claro de un filósofo analítico en actitud de control y rechazo del imperio de argumentos exclusivamente prudenciales en la política es Jorge Bacqué, juez de la Corte Suprema de Justicia; su voto en disidencia con respecto a la constitucionalidad de la llamada «ley de la obediencia debida» es una pieza ejemplar de honestidad intelectual y ética.

Los tres países: Alemania, Argentina y España han sufrido dictaduras prolongadas y cruentas. Los tres padecen no sólo los daños emergentes de las mismas sino también el lucro cesante (para emplear términos jurídicos). Si los primeros pueden ser evaluados con relativa facilidad, los últimos sólo pueden apreciarse contrafácticamente. Por ello es difícil saber cuál hubiera sido la historia de la filosofía del derecho alemana sin el advenimiento del nacionalsocialismo o de la española sin la guerra civil o de la argentina sin Videla y sus cómplices. Lo que sí es claro es que en los tres casos se produjo la interrupción de una tradición intelectual, al menos a nivel institucional, y que estas interrupciones no se recuperan de la noche a la mañana. Tal vez no sea aventurado pensar que el «éxito» de la investigación ético-filosófica en el mundo anglosajón se deba en no poca medida a la continuidad de la tradición democrático-liberal y al aporte intelectual de quienes fueron expulsados por las dictaduras de la Europa continental.

6. -¿Cuál te parece que es la situación actual de la filosofía moral? ¿Cómo caracterizarías la teoría ética de los años 80? ¿Dónde te situarías tú en el panorama actual de la ética?

Quizás una buena vía para comprender el cambio de actitud por parte de los filósofos con respecto a la reflexión moral experimentado en las últimas décadas sea comparar los escritos que sobre estos temas se escribían todavía en la década de los cincuenta con algunos textos actuales; en 1958, por ejemplo, A. J. Ayer decía: «... las sentencias que simplemente expresan juicios morales no dicen nada» (en la pág. 133 de la edición castellana de *Lenguaje, verdad y lógica*, Buenos Aires, 1965).

En 1984, David Gauthier sostenía que «elegir racionalmente es elegir moralmente» (*Morals by Agreement*, Oxford, pág. 4). Creo que ahora sería difícil sostener posiciones tan extremas como las de Ayer, sin que ello signifique que haya que caer en la equiparación de lo racional con lo moral. El movimiento que en Alemania se ha llamado «rehabilitación de la razón práctica» y al que están vinculadas diversas corrientes tales como las representadas por J. Habermas, K. O. Apel o G. Patzig, y en el mundo anglosajón el «reconstructivismo moral» de un J. Rawls, procura ofrecer un intento de fundamentación racional de la ética que entronca con enfoques de tipo kantiano. También en las ciencias económicas es claramente perceptible un vuelco hacia los problemas éticos del mercado. El ejemplo más claro en este sentido es la obra de James Buchanan: basta comparar sus libros *The limits of Liberty* (1975) y *Liberty, Market and State* (1986) para comprobar un desarrollo que avanza desde una posición claramente no cognoscitivista hasta una línea que se asemeja a la mantenida por los neocontractualistas de origen kantiano. Esta preocupación por ofrecer fundamentos racionales de las normas éticas es sin duda la nota distintiva de la filosofía moral en la actualidad. En lengua castellana el representante más significativo de esta corriente, en la que también me incluyo, es Carlos S. Nino.

7. -En tu obra escrita hay un desplazamiento temático importante. En general, tus primeros trabajos abordaban problemas de teoría del Derecho, mientras que los de tu última fase versan principalmente sobre cuestiones de ética normativa. El desplazamiento, además, no se ha limitado a lo meramente temático. Aun a riesgo de simplificar, parece que puede decirse que mientras el background filosófico-moral de tus primeros trabajos era claramente no cognoscitivista (pensamos concretamente en tus críticas a las teorías basadas en la «naturaleza de las cosas»), en la actualidad sostienes posiciones en materia de ética (o de metaética) que tú mismo calificas de absolutistas. ¿Podrías explicar el proceso que te llevó a este cambio? ¿Hasta qué punto y en qué sentido te consideras en la actualidad un cognoscitivista en materia de ética? ¿Cómo te parece que se puede salvar el reproche usual que se suele dirigir al absolutismo ético, en el sentido de que va ligado a la defensa de concepciones políticas antiliberales?

Cuando comparo lo escrito en *Derecho y «naturaleza de las cosas»* con trabajos más recientes, llego a la conclusión de que en verdad no se trata tanto de un cambio de posición cuanto de temas. En aquel libro intentaba una crítica de posiciones que me parecían (y me siguen pareciendo) insostenibles por la simple razón de que violaban reglas lógicas elementales como es la que prohíbe inferir el deber ser desde el ser o se basaban en supuestos teológicos que difícilmente podía aceptar. Pero también ya en un trabajo remoto («Die Beziehungen zwischen Sein und Sollen», 1965), señalaba la importancia de los límites negativos que la realidad

impone al legislador. La aceptación de la regla humeana no requiere ignorar el principio kantiano según el cual el deber ser presupone el poder ser o hacer. Esto significa que también en un intento de fundamentación racional de las normas éticas hay que tener en cuenta características antropológicas elementales como puede ser la autonomía individual de la persona. Los últimos trabajos que he publicado continúan esta línea de pensamiento.

Es verdad que la elección de los temas puede obedecer a motivaciones personales. El exilio, la ocupación profesional con temas de América Latina y la sensación de que el mundo en general parece acercarse cada vez más a situaciones éticamente insoportables ya que ponen en peligro la supervivencia del género humano, son sin duda factores que deben haber influido en la preocupación por ciertos problemas.

Si por cognoscitivistas se entiende la aceptación de criterios racionales que permiten designar a un comportamiento como éticamente correcto o no, me declaro cognoscitivista. Pienso que esto no es contradictorio con mi posición democrática-liberal. Por el contrario, una mala defensa de la democracia es sostener que ella presupone el relativismo ético. La tolerancia, por ejemplo, no puede ser la condescendencia boba que permite al nazi o al partidario del apartheid llevar a cabo sus propósitos o la indiferencia cínica que nos lleva a abstenernos de todo juicio de ética normativa con respecto a las costumbres morales de otros pueblos o épocas aduciendo que cada pueblo tiene su propia moral positiva y que ella debe ser éticamente aceptada. Es verdad que el principio de no dictadura, tal como fuera formulado, por ejemplo, por Arrow, es un elemento de la vida política democrática; pero este principio vale para el campo de lo negociable y no para lo que en algún trabajo he llamado el «coto vedado» de los derechos fundamentales. La defensa de ese «coto vedado», de lo no negociable, requiere éticamente la intolerancia o si se quiere la «dictadura» contra quienes pretendan invadirlo. Si no aceptamos este «coto vedado», no entiendo cómo puede asegurarse la vigencia de principios presupuestos por la democracia liberal como son los de la autonomía y la igualdad de coparticipación en la formación de la voluntad política. Si esto significa «absolutismo ético», no tengo nada que objetar en su contra. Pero esto en realidad no es nada nuevo ni patrimonio exclusivo de los llamados «cognoscitivistas»: basta leer el conocido escrito de Kelsen *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929) para encontrar allí argumentos similares a los aquí expuestos. Juan Ruiz Manero, que edita actualmente en castellano los escritos políticos de Kelsen, podrá quizás querer matizar mis afirmaciones pero pienso que coincidirá conmigo en que no es casual que Kelsen inicie su estudio haciendo referencia a postulados de la razón práctica y que explique el funcionamiento del principio de la mayoría parlamentaria recurriendo a la protección de la minoría como «función esencial de los llamados derechos básicos y de libertad o derechos humanos y civiles, contenidos en todas las constituciones modernas de las democracias parlamentarias...» (pág. 53). La única fundamentación racional y la única defensa efectiva de la democracia representativa ha de partir pues de la aceptación de valores

«absolutos» cuya protección requiere justamente el rechazo de un relativismo que sólo tiene cabida cuando se trata de la negociación parlamentaria de los deseos secundarios de la gente y no de aquellos bienes primarios, en el sentido de que son necesarios para la realización de todo «plan de vida» como diría J. Rawls o de toda «estrategia de felicidad personal», para usar una fórmula de O. Höffe.

Si se quiere buscar otro principio «absoluto» de la democracia, puede pensarse en el valor de la publicidad de los actos de gobierno sostenida por Kant y que recientemente ha expuesto con gran claridad Javier de Lucas.

8. -Durante estos últimos años has ido publicando trabajos que abordaban problemas centrales de la ética contemporánea, como el tema de la desobediencia civil, de las relaciones entre Derecho y moral, de los deberes positivos y del paternalismo. Por otro lado, tu formación en el campo del Derecho y de la teoría política te sitúa en una condición «privilegiada» para abordar un tipo de trabajo de carácter más «sintético» y «generalista». ¿Está entre tus proyectos elaborar una teoría ética que integre todos esos problemas (que pudiéramos considerar de la «parte especial») y perspectivas? ¿Consideras que ha llegado el momento en tu obra de dar el paso de la «parte especial» a la «parte general»? ¿Sobre qué bases tendría que descansar, en tu opinión, un proyecto semejante?

Lo dicho precedentemente pienso que indica cuál es el enfoque que juzgo adecuado para el tratamiento de los problemas de ética normativa, que posiblemente me seguirán preocupando en los próximos 60 años (que no dudo viviré, justamente por fumar -violando las prohibiciones de Manolo Atienza- y no hacer demasiada gimnasia -desoyendo los consejos de los fanáticos del deporte, como Harmut Kliemt-). Es algo difícil de predecir si los trabajos puntuales pueden desembocar alguna vez en una «teoría general». Como creo en la labor eficiente de la hormiga y acepto el continuum de los granos y el montón, tal vez la coherencia que procuro mantener me permita formular consideraciones de tipo «general». Dentro del contexto de una realidad éticamente tan deficitaria como es la de los pueblos hispánicos, considero, por otra parte, que es conveniente analizar problemas concretos y tratar de proponer soluciones a los mismos. Esta pienso que ha sido la actitud asumida en otras latitudes por quienes realmente se han ocupado de cuestiones de ética normativa, tanto en el campo de la política como del Derecho.

B I B L I O G R A F Í A

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN ESPAÑA (1986)

Esta sección ha sido coordinada por Josep Aguiló Regla y Francisco López Ruiz. Las reseñas que no aparecen firmadas han sido elaboradas por los propios autores de los artículos o libros objeto de las mismas.

AARNIO, Aulis.

Persona jurídica, ¿una ficción?

Doxa, Alicante, n.º 3, 1986, págs. 85-91.

En la ciencia jurídica la discusión del problema de la persona jurídica ha generado respuestas y opiniones divergentes. La «hereditas iacens» del Derecho romano venía a evitar un concepto de propiedad sin propietario difícil de concebir. La teoría del «patrimonio con un fin específico» hace referencia a la posibilidad de que al patrimonio perteneciente a una persona jurídica le falte un titular, y según las teorías realistas de la persona jurídica las diversas personas que forman una entidad dan origen a una persona colectiva, un sujeto de derecho que sólo existe en el mundo jurídico y que se separa de los miembros que la componen.

Recientemente se ha insistido en que la personificación de la organización (atribuyéndosele una existencia, un objeto o una voluntad propia) es una mera forma alegórica de hablar, considerándose la asignación de personalidad a la persona jurídica como una teoría de la ficción sentada sobre la creencia de que, junto a la persona física, existe realmente algún tipo de personalidad individual jurídica.

Para el autor, el problema de la persona jurídica debe reconducirse del plano metafísico, en el que no ha sido posible alcanzar un acuerdo en la doctrina acerca de sus requisitos conceptuales, al lógico, pues el significado del concepto «persona jurídica» se manifiesta en la forma en que estos términos son y puedan ser usados en conexión con el lenguaje jurídico. El problema tiene que ver con las reglas del lenguaje que usamos.

Desde un punto de vista semántico, Lahtinen señala que en el caso de una comunidad bien organizada las personas jurídicas no son descritas con nombres de personas físicas sino con la ayuda de un símbolo especial («Kennzeichung») que, en cada caso, defina sin ambigüedad el fenómeno (organización) sin ser el nombre del fenómeno. El uso de este símbolo exige una organización que permita la traducción en nombres de personas físicas para poder hablar de persona jurídica. De este modo, el significado de la descripción, del «Kennzeichung», coincide con el de los nombres de personas y no se produce la sublimación de la persona jurídica por encima de los individuos que la componen. Para el autor, Lahtinen no aclara qué es lo que implica llamar a una colectividad un «Kennzeichung». Para ello será preciso el estudio del proceso de traducción de este símbolo a nombres personales, proceso que, a través de la lógica de enunciados, realiza Aarnio llegando a la conclusión de que si la proposición «la sociedad de responsabilidad limitada X posee el patrimonio r» puede reemplazarse por «los socios A... A (n) poseen el patrimonio r» la interpretación de la sociedad de responsabilidad limitada no está de acuerdo con las leyes en vigor.

Para salvar estas dificultades, con Moritz, se señala que cuando hablamos de una persona jurídica tratamos con un fenómeno único: derechos y obligaciones «boomerang», que, siendo propios de personas físicas, integran una conjunción de proposiciones por la que se ha de reemplazar una expresión colectiva. Con este modo de proceder se destruye la tradicional objeción hecha a la persona jurídica de que no es aplicable a todos los tipos de personas colectivas. Ya no se crea un sujeto en cada caso, sino que el problema consiste en traducir una proposición en otra.
En su construcción, Lahtinen hacia referencia a Carnap. Con Wingenstein podemos hablar de «juegos del lenguaje» (Sprachspiel) que se aplican a esta rama del Derecho. «Se trata sólo de que usamos el lenguaje de una forma relativamente especial, diferente del lenguaje cotidiano».

(Antonio Doval Pais)

ALMOGUERA CARRERES, Joaquín.

Acerca de la ambigüedad del Derecho moderno.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, n.º 4, 1986-1987, págs. 11-28.

Uno de los problemas más importantes que se presentan en el estudio del Derecho es el de su concepto y naturaleza. El autor del artículo va a destacar entre las razones de esa problemática la crisis de la metodología jurídica, consecuencia de la ambigüedad del Derecho. De esta manera, se va a centrar en tres autores, Umberto Cerroni, Alf Ross y Giuseppe Capograssi. Para el primero, el Derecho se presenta al mismo tiempo como real y como ideal, como fenómeno y como norma. Así la función de la Ciencia del Derecho será el construir un concepto de Derecho donde estén fundidas las nociones de realidad y validez. Alf Ross se mueve en el terreno de la metodología y propone una «ciencia realista del Derecho» por la que las ideas normativas se entienden como expresión de experiencias psicológicas. Por último, Capograssi también destaca la ambigüedad del Derecho; pero a diferencia de los otros dos, para él ésta es consecuencia de las distintas necesidades o exigencias que conviven en las sociedades modernas; conectando así ambigüedad del Derecho y crisis del Derecho.
Como se ve se trata de tres autores que se centran sobre una problemática común pero entendida de modo diferente; fruto esto, según el autor, de la crisis de la metodología jurídica. Así estas distintas concepciones van a repercutir no ya en el propio concepto del Derecho sino también en las distintas categorías jurídicas (por ejemplo, es indudable que cada uno de los autores examinados tiene una concepción distinta de los derechos fundamentales), en la interpretación y en la aplicación del Derecho.

(Rafael de Asís Reig)

ÁLVAREZ, Norberto.

La función de la Filosofía del Derecho como disciplina académica.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n,º 3, 1986, págs. 451-458.

La constatación de la precaria situación de la Filosofía del Derecho como disciplina académica («hostilidad» de ciertos alumnos, «incomprensión de que exijamos en la misma por parte del profesorado de otras disciplinas de la carrera», «no aceptación de la materia por parte de la sociedad...»), y el descontento que ello supone para el autor, llevan a éste a proclamar la necesidad de enfocar la materia hacia temas cargados de utilidad, de acentuar su «dimensión práctica, cual es la referida, por ejemplo, a la transformación social».
En la búsqueda del sentido social y académico de la disciplina, el autor constata, en primer lugar, la insatisfactoria sustitución de los clásicos «temas bizantinos de la antigua concepción del Derecho natural por otros más modernos, pero igualmente carentes de trascendencia práctica»; «tan teórica resulta -dice, a modo de ejemplo- la concepción de la norma en Santo Tomás como en Kelsen».
La elaboración del concepto y temas de la Filosofía del Derecho como disciplina académica debe partir, según el autor, de la determinación previa de su *función*, que ha de ser la de explicar aspectos del Derecho no presentados por las disciplinas particulares. El autor llegará a la conclusión de que «la Filosofía del Derecho tiene siempre una función *crítica*, ya de fundamentación, ya de búsqueda de criterios que permitan construir un mejor Derecho y una mejor forma de estudiarlo», lo cual conduce a una reorientación en sentido práctico y crítico de tres conocidos conjuntos temáticos de nuestra disciplina: la Axiología, la Teoría y la Metodología jurídicas, respectivamente. En el primer caso, el autor defiende el sentido que sigue teniendo hoy el estudio de la fundamentación de la norma, que ha de verse en el *interés* que protege. Frente al desinterés que hoy se detecta ante este tipo de estudios, tanto para conservadores (porque el Derecho natural en el que los ordenamientos de determinada concepción se inspiran se encuentra ya consolidado) como para reformistas (porque la perspectiva de cambio apenas existe), el autor propugna una Axiología Jurídica que se centre en valores de mayor actualidad y relevancia práctica, a través del análisis de temas como el aborto, el divorcio, la libertad sexual, el derecho al medio ambiente, etc., orientando así al alumno hacia temas que suponen la innovación del sistema vigente y, sobre todo, educando al futuro jurista para la crítica a la ley e incluso al sistema.
En segundo lugar, el jurista requiere un estudio autonomizado del soporte y de los medios técnico-jurídicos para hacer realidad sus propuestas innovadoras: conceptos como el de ley, relación jurídica, derecho, persona, etc. Esta parte de la Filosofía del Derecho se distingue, según el autor, de la Teoría General del Derecho positivista, pues los conceptos con los que aquélla opera son trascendentales (por su generalidad), pero también críticos, «porque responden», no a una inducción fotográfica de la realidad normativa, sino a una reelaboración desde la perspectiva de lo que es su fin, y los medios de que dispone el Derecho».
Igualmente presenta un carácter trascendental y crítico el estudio de los diferentes métodos de estudio del Derecho, que constituiría el tercer sector de la disciplina según el diseño del autor.
El artículo finaliza reflexionando acerca de la función ideológica conservadora, defensora del «interés de la clase dominante», que en su opinión subyace al desprestigio actual de la Filosofía del Derecho, que la mantiene ajena a la critica y relegada a la simple «descripción histórica, la retención de conceptos de Santo Tomás o de Kelsen, pero siempre anodinos, y nunca lesivos, para las actuales estructuras». «Tal es la presentación ideológica de nuestra disciplina -afirma el autor-, que tendría un reverso ideal y revolucionario si los grandes problemas de la Jurisprudencia que están en su esencia se supieran conectar con las exigencias histórico-concretas de la lucha de clases». En este sentido, el autor propugna, en el ámbito de la docencia, orientar al alumno hacia posiciones criticas de la sociedad en que vive, de modo que éste «vea -mejor sienta- el valor indescriptible de saber criticar».

(Juan Antonio Pérez Lledó)

AÑON, María José; LUCAS, Javier de; y VIDAL, Ernesto J.

Notas sobre una legislación amenazante.

Cuadernos de Política Criminal, Madrid, n.º 29, 1986, págs. 269-291.

En el contexto de la reflexión sobre los límites y/o la crisis de la democracia representativa, no es infrecuente encontrar análisis sobre lo que HABERMAS denomina «legalismo autoritario», sobre las manifestaciones de «autoritarismo constitucional» que llevan a lo que se ha denominado democracia protegida (SCHMINCK-GUSTAVUS), especialmente por lo que se refiere a la RFA. En este artículo, los autores examinan tres supuestos de restricción de derechos que pueden encontrarse en línea con lo mencionado: la Ley de extranjería, la legislación antiterrorista y el nuevo Código Penal Militar. Se trata de disposiciones legales de nuestro país que suponen, en opinión de los autores, restricciones de derechos que afectan a quienes no son ciudadanos, a quienes han perdido -al menos en parte- esa condición, y a quienes han renunciado -siquiera parcialmente- a ella. Efectivamente, aunque entre nosotros no han faltado estudios críticos de la legislación antiterrorista, no ha sido frecuente el análisis del carácter discriminatorio de la condición negativa del extranjero (el no-nacional) respecto al ejercicio de libertades y derechos fundamentales, es decir, restricciones al ejercicio de lo que el precepto constitucional (el Art. 13) establece al respecto, por el predominio de un tratamiento «gubernativo». Tras analizar algunos aspectos concretos de dicha ley (por cierto, recientemente declarada inconstitucional en ciertos extremos) y de la legislación antiterrorista, el trabajo concluye con el estudio de la regulación de la pena de muerte en el Código Penal Militar, del que se destaca la arbitrariedad y ambigüedad -defectos especialmente graves cuando se trata de una restricción capital de un derecho fundamental- del mencionado texto legal.

Apuntes de clase de «Clarín». Recogidos por José María Acebal.

(Comentarios de Luis García San Miguel y Elías Díaz)

Ed. Caja de Ahorros de Asturias, Oviedo, 1986, 325 págs.

Este libro consta de una *Introducción* de José Manuel Castañón, unos comentarios de Luis García San Miguel y Elías Díaz. Luis García San Miguel bajo el epígrafe *«El pensamiento de Leopoldo Alas "Clarín"»*, describe la biografía intelectual de Leopoldo Alas destacando las distintas etapas evolutivas de su pensamiento (católico ortodoxo, krausista, krausopositivista y por último su período idealista) y como éstas incidían tanto en su magisterio desde la cátedra como en su obra escrita.
Por su parte, Elías Díaz, bajo el rótulo *«La filosofía jurídica de los krausistas españoles: Giner y Clarín»*, hace especial énfasis en dos fenómenos: a) la influencia de Francisco Giner de los Ríos en el pensamiento filosófico de Clarín quien se manifiesta ya en su tesis doctoral -«El Derecho y la moralidad»-, influencia explícitamente reconocida por Clarín; b) y de otra parte, Elías Díaz, subraya un hecho, ya estudiado por él mismo en otros trabajos: la filosofía krausista penetra en España a través de la filosofía del Derecho. En este mismo estudio, Elías Díaz expone las bases de la filosofía jurídica de Francisco Giner de los Ríos que indudablemente influyó en el pensamiento iusfilosófico posterior hasta los años treinta.
Finalmente, se encuentran los *«Apuntes de Derecho Natural»*, sistematizados por Luis García San

Miguel a partir de las notas de clase de José María Acebal. Estos apuntes se estructuran en sesenta conferencias (impartidas por Clarín en el año 1896) heterogéneas entre sí pero que permiten dilucidar la opinión de Clarín respecto a los temas no sólo iusfilosóficos sino también de filosofía general. Así, a la idea de ciencia y de método, el problema de la verdad y a la teoría del conocimiento se les dedican siete conferencias. Otras seis están dedicadas al concepto de Derecho; en ellas se puede rastrear la confluencia de las distintas concepciones filosóficas y jurídicas que están detrás de su concepto de Derecho. Concretamente, en la conferencia 45 se puede leer: «el Derecho es en el ser una propiedad de relación; una relación determinada por la condicionalidad; una condicionalidad que se refiere al orden de la actividad, la actividad en su relación al bien, el bien no en todo sentido, sino el bien cuando es en la aplicación del medio al fin y la utilidad que depende de la acción de los seres libres» (p. 269 in fine). La distinción entre Moral y Derecho comprende las conferencias 47 y 49. Consideraciones de índole teológico-religiosa se encuentran en varias conferencias (56, 57, 58 y 59), concluyendo el libro en la conferencia 60 que lleva el siguiente título: «Individuo y sociedad. El fin científico y la universidad».

(Francisco López Ruiz)

ARA PINILLA, Ignacio.

Consideraciones en torno a la Teoría de la Justicia y a los derechos humanos.

Revista de las Cortes Generales, Madrid, n.º 7, primer cuatrimestre, 1986, págs. 205-232.

Este artículo constituye un extenso comentario al libro de Eusebio Fernández *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Para ello, el autor, en primer lugar, procede a realizar una valoración global de la obra en la que destacan las siguientes consideraciones positivas: a) la propia elección del tema que sortea la acusada tendencia hacia «los temas monográficos», pues esta obra «afronta directamente algunos de los temas nucleares» de la disciplina; b) el «espíritu abierto y dialéctico» del autor que, «en más de una ocasión, le ha permitido, en la mejor prueba del compromiso con la autosuperación que caracteriza y dignifica al auténtico investigador, revisar sus propias posturas»; y c) el hecho de que la obra ha surgido con la intención de ofrecer un lugar de encuentro de posiciones enfrentadas y, de este modo, el autor «confesando humildemente, en ocasiones, sus deudas intelectuales, y apoyándose explícitamente, en otras, en citas de autoridad, ha sabido, sin embargo, mantener posturas autónomas, en su estimulante intento por mejorar los términos de la antítesis iusnaturalismo-positivismo huyendo así del fácil expediente que supone la adscripción a alguna de las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico».
A continuación, el artículo prosigue analizando y comentando cada uno de los cinco capítulos del libro de Eusebio Fernández; para, finalmente, concluir: «En este utópico marco de la lucha por la libertad y en este realista anhelo de consecuencia de la mejor (más libre e igualitaria) de las sociedades posibles, se mueven las páginas de este libro que si sólo por la audacia de sus objetivos merece ya el decidido elogio de los estudiosos de la filosofía del Derecho, el rigor y meticulosidad en sus análisis y la sutileza de sus propuestas convierten a su lectura y a su consideración en imprescindibles».

(Josep Aguiló Regla)

ATIENZA, Manuel.

Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico.

Ed. Civitas, Madrid, 1986, 187 págs.

El libro parte de la constatación de que «la noción de analogía es de difícil o imposible definición, en cuanto no existe *un* concepto de analogía, sino una pluralidad de conceptos o más exactamente, una «familia de conceptos»: todos ellos parecen tener en común un cierto «aire de familia», que se concreta en la idea de semejanza o similitud. Así, el autor distingue tres nociones de analogía: a) como proporción, es decir, como semejanza de relaciones; b) como argumento que permite pasar de lo particular a lo particular; y c) como atributo que se predica de ciertos términos que no son ni unívocos ni equívocos (la analogía de atribución de los escolásticos). Ahora bien, el objeto central de este trabajo lo constituye el razonamiento por analogía (noción b) que entra en juego en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho, refiriéndose sólo de pasada al papel que este argumento desempeña en la creación legislativa o en la descripción y explicación del Derecho (en la Ciencia del Derecho). Para ello, el autor, procede a analizar una serie de concepciones («las más características de este último medio siglo») sobre el razonamiento jurídico por analogía. Así, el capítulo segundo se dedica a la analogía en la obra de Bobbio; el tercero, a la concepción de la analogía en la lógica jurídica de Klug; el cuarto, a los aspectos normativos del razonamiento por analogía (Peczenik y Alexy) y, en particular, a la manera de plantear el problema desde el campo de la lógica deóntica

(Kalinowski) y de la lógica de relaciones (Alchourrón); el quinto, al papel de la analogía en una teoría no formal de la argumentación jurídica, haciendo especial referencia a la concepción de Perelman; y, el sexto, a exponer las líneas generales de la nueva teoría de los subconjuntos borrosos y su posible aplicación al razonamiento jurídico por analogía.
Finalmente, debe resaltarse el capitulo séptimo que incluye veintidós conclusiones relativas no a los autores analizados en los capítulos precedentes sino al tema objeto de estudio, lo que suministra al lector una visión global y totalizadora de la problemática que plantea el recurso a la analogía en el campo del Derecho. De entre estas conclusiones pueden resumidamente resaltarse las siguientes: 5.ª La analogía permite resolver uno de los problemas básicos de cualquier ordenamiento jurídico: la innovación del sistema conservando su estructura. 6.ª El razonamiento por analogía no tiene una naturaleza estrictamente lógica, pues en ella entra siempre un componente axiológico que es imposible reducir a un sistema de lógica, bien se trate de lógica formal general, deóntica, inductiva, de probabilidad o de lo borroso. 9.ª La relación de semejanza, que es el nervio del razonamiento jurídico por analogía, es una relación reflexiva y simétrica, pero no necesariamente transitiva; por lo que no puede reducirse a una relación de equivalencia. 14.ª El recurso a la analogía no supone *necesariamente* la existencia de una laguna. 15.ª El uso de la analogía implica creación o innovación del Derecho, pero la analogía no es fuente de Derecho; lo que aquí puede considerarse fuente es la norma o principio que se crea a través del procedimiento analógico. Y 18.ª, no es posible establecer una distinción neta entre el recurso, a la analogía y a los principios generales del Derecho, pues el uso de la analogía implica siempre la *generalización* a partir de una o varias normas del ordenamiento, es decir, presupone la creación o el reconocimiento de un principio general.

(Josep Aguiló Regla)

ATIENZA, Manuel.

Una clasificación de los derechos humanos.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, n.º 4, 1986-1987, págs. 29-43.

La elaboración de una clasificación de los derechos humanos plantea, según el autor, dos problemas fundamentales. El primero es el de elegir un determinado criterio clasificatorio entre los diversos posibles. El segundo deriva de la dificultad y complejidad del concepto «derechos humanos» que se hace notar, especialmente, cuando se trata de efectuar una clasificación de los mismos que atienda a la estructura de la relación normativa subyacente.
Para resolver este segundo problema, el autor desarrolla la tipología de los conceptos jurídicos fundamentales de Hohfeld y elabora, a partir de ahí, una clasificación «estructural» de los derechos humanos. Distingue así cuatro modalidades de derechos subjetivos en sentido estricto *(claim)*, según que el deber correlativo consista en una acción positiva o en una omisión, y según cuál sea el status deóntico de la acción del titular del derecho; tres tipos de libertades *(privilege)*, según que la libertad se presente como facultad unida al ejercicio de cierto tipo de derechos *(claim)* o bien como facultad desligada de ellos; cuatro tipos de potestades *(power)*, según que su ejercicio sea o no facultativo y corresponda a particulares o a órganos públicos; y un único tipo de inmunidad. De todas estas modalidades se ofrecen ejemplos extraídos de la Constitución española.

(Ángel Samall)

ATIENZA, Manuel; AGUILÓ REGLA, Josep; CALSAMIGLIA, Alberti; LUCAS, Javier de; LÓPEZ RUIZ, Francisco; RUIZ MANERO, Juan; y VIDAL, Ernesto.

224 preguntas de introducción al Derecho.

Ed. Ariel, Barcelona, 1986, 109 págs.

Este libro de preguntas (y respuestas) de introducción al Derecho viene a ser una segunda edición -ampliada y revisada- del que publicó la Universidad de Alicante en 1985 con el título de *173 preguntas de introducción al Derecho* (ver reseña en el n.º 3 de Doxa).
Los autores, profesores de las Universidades de Alicante, Barcelona y Valencia, pretenden contribuir con este libro a alcanzar diversos objetivos. El primero es el de ofrecer a sus estudiantes un material que les facilite la adquisición de una serie de conceptos que puedan manejar en el resto de la carrera como instrumentos de análisis y de critica. El segundo objetivo es el de renovar los métodos de enseñanza dominantes en las Facultades de Derecho españolas y que resultan disfuncionales en relación con cualquier modelo de enseñanza que uno pueda imaginar. Finalmente, el tercer objetivo es el de contribuir a la institucionalización en nuestras Facultades de Derecho de una nueva y necesaria asignatura de primer curso que debería sustituir al Derecho natural. Los autores estiman que aunque quienes van a impartirla son filósofos del Derecho, la asignatura en cuestión no debería ser una filosofía del Derecho (cuya ubicación en quinto curso es el ejemplo a seguir, no a suprimir), sino una introducción amplia al Derecho (la estructura del Derecho, las funciones sociales del Derecho, los valores jurídicos, los saberes sobre el Derecho) que, entre otras cosas, sirviera para llenar -o para evitar- los muchos huecos que en la formación del jurista dejaría un plan de estudios que atendiera exclusivamente al estudio dogmático del Derecho.

ATIENZA, Manuel. *Entre la pesadilla y el sueño*.

CAPELLA, Juan Ramón. *Un comentario a la lectura de «Entre Sueños» por M. Atienza*.

ATIENZA, Manuel. *Sobre incomprensiones. Comentario al comentario de un comentario*.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 3 (Nueva época), 1986, págs. 639-656.

Estas notas recogen una polémica iniciada por Atienza a propósito del libro de Capella *Entre Sueños* (ver reseña en el n.º 3 de Doxa). Atienza, tras caracterizar el pensamiento político de Capella (procedencia marxista del entramado teórico que vertebra su filosofía política, si bien se separa de Marx o de los marxistas en algunos puntos; crítica radical al sistema representativo; y conciencia de que estamos inmerso, en una profunda crisis civilizatoria que condiciona toda la reflexión y la práctica política y ética, señala siete puntos de discrepancia: la interpretación que hace Capella de Marx en relación con la tesis de la extinción del Estado; su planteamiento en relación con las libertades políticas; su critica de las instituciones del Estado político representativo; su propuesta de configuración del poder político del periodo de transición; su caracterización del fascismo; la distancia de sus análisis en relación con las circunstancias políticas españolas de la última década; y el concepto de racionalidad que maneja. Finalmente, Atienza entra a valorar la alternativa política que Capella formula en su obra y -después de afirmar-, por un lado, que no puede considerarse como el proyecto político de un extremista, un revolucionario o un reformista y, por otro, que se sitúa entre el nihilismo político y la necesidad de la lucha social y política- dice que la conclusión última «es una cierta perplejidad: ninguna de las opciones políticas existentes o que se dibujan como posibles en un horizonte próximo parece aceptable, pero al mismo tiempo tampoco parece aceptable no tomar opción,

esto es, no participar en la práctica social».
La réplica de Capella comienza comentando la que considera inútil y sospechosa defensa de su caso ante la «Policía del Pensamiento» por parte de Atienza. A continuación, entra a valorar los puntos de discrepancia. Considera que Atienza trivializa... el papel del Estado en el proceso de formación de la sociedad moderna» y sostiene que no vale la pena darle muchas vueltas filológicas a la cuestión de la extinción del Estado; pues, «no deja de ser un ideal para algunos irrenunciable. Su realizabilidad es, en función de las condiciones de existencia, en parte una cuestión de más o menos astucia de la razón, pero lo es inevitablemente también de *poiesis*. Quizá esta especie no consiga acabar nunca con la explotación y el consiguiente dominio político de unas personas por otras; si así fuera habría que convenir que la capacidad intelectual de los seres humanos es un viaje equivocado de la naturaleza». Asimismo, se detiene en las cuestiones del cambio tecnológico («que Atienza -dice- valora directamente como progreso») para concluir que «no hay que despreciar la aportación tecnológica, pero tampoco arrobarse ante el discurso sobre la modernización, intelectualmente bastante primario y etico-políticamente semejante al del limosnero rico». Finalmente, rechaza la toma de posición que -dice- le atribuye Atienza: «No voy por ahí. Desde mi punto de vista el sueño o proyecto socialista... elaborado desde 1848 está agotado. El sueño o proyecto que integre sus realizaciones pendientes con los problemas actuales de la humanidad, o sea, un proyecto de relaciones armoniosas no sólo entre las gentes, sino también entre éstas y la Naturaleza se está empezando a elaborar...».
En su réplica final, Atienza, tras otorgar a la incomprensión un papel importante en esta polémica, sostiene que la asunción de un punto de vista rigurosamente externo con respecto al sistema socio-político establecido lleva a Capella a suponer en él un grado de aceptación del mismo que está lejos de ser real y que se manifiesta en la valoración que Capella hace de sus tesis sobre el progreso tecnológico y sobre los derechos humanos. Finalmente, se pregunta si el proyecto esbozado por Capella no requiere algo parecido a un acto de fe y -dice- «si fuera así me permito recordar que entre las formas enajenadas de las relaciones sociales... no se encuentra únicamente la forma mercancía y la forma Estado -como indica Capella-, sino también -yo en esto sigo siendo marxista- la forma religiosa».

(Josep Aguiló Regla)

BARCIA MARTÍN, Luciano.

Moral, Derecho y Libertad. Paz.

Anuario de Filosofia del Derecho, Madrid, n.º 3, 1986, págs. 459-469.

Muchos de los conflictos sociales se deben a motivos de orden ideológico, a la defensa de ideales, incluidos los religiosos. La confusión entre lo moral y lo jurídico, la falta de distinción de obligaciones morales y jurídicas pueden haber sido en ocasiones causa de tensiones y de luchas. Se hace necesario profundizar más sobre las relaciones entre lo moral y lo jurídico, con el fin de promover la paz.
Lo moral y lo jurídico están relacionados entre sí, a la vez que se relacionan con la idea y realización de la libertad. Así lo ha reconocido el pensamiento filosófico.
El seguimiento de la propia conciencia, unido al respeto que se merecen los derechos de los otros en razón a su legítima libertad, deben contribuir a la concordia, a la Paz entre los hombres.
No se ha llegado a soluciones definitivas en el problema de las relaciones entre la Moral y el Derecho, a pesar de los numerosos esfuerzos, meritorios, habidos al respecto.
El campo de lo moral no se identifica con el campo de lo justo, siendo éste más limitado que aquél, dentro del cual está enmarcado. También es diverso en ambos campos el ejercicio de la libertad individual y de la social. *Moral y Libertad*. Entiendo por *Moral*, tanto el conjunto de normas que regulan la actividad total del hombre al logro de su perfección espiritual, como la conducta humana

dirigida a la consecución de su perfección espiritual, que para mí ha de entenderse de acuerdo con la doctrina católica. Debe distinguirse la libertad a) *Psicológica*, b) *Civil o social* y c) *moral*, del hombre. La libertad *psicológica* es dominio de los propios actos, facultad interna de elección de fin y de medios. Dice relación con lo Moral, que manda respetar la libertad psicológica propia y ajena. La libertad *civil* o *social* es la capacidad de actuar o de pensar sin ser impedidos por los demás tanto individuos como sociedades o poder del Estado. El juicio moral del ejercicio de tal libertad, incluido el campo de lo religioso, dependerá de su conformidad con la recta conciencia. La libertad *moral*, considerada con relación a las normas de conducta y a la ética, no puede ser reconocida.

Derecho y Libertad. Ante la libertad *psicológica* del hombre el derecho tiene una respuesta: Debe respetarse tal libertad, puesto que es propia y exigida por la dignidad de la persona humana. El derecho exige el respeto a la libertad *civil y social*, como propia de todo hombre, en razón también a su dignidad, con las limitaciones que el bien común o los derechos de los demás impongan. Ante la libertad *moral*, el derecho responderá reconociendo a todos su facultad de decidir. Del orden subjetivamente aceptado es responsable cada uno en el ámbito de su propia conciencia, que no puede imponerse a los demás. El respeto a la legítima libertad de los otros es camino para la *paz*.

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

LAPORTA, Francisco. *Algunos problemas de los deberes positivos generales. (Observaciones a un artículo de Ernesto Garzón Valdés)*.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Algunos comentarios críticos a las críticas de Juan Carlos Bayón y Francisco Laporta*.

Doxa, Alicante, n.º 3, 1986, págs. 35-69.

Este conjunto de artículos recogen una polémica suscitada a propósito del artículo de E. Garzón Valdés. *Los deberes positivos generales y su fundamentación* (ver reseña en el n.º 4 de Doxa).
El comentario crítico de J. C. Bayón se divide en tres partes. En la primera, que tiene -dice- un carácter más bien técnico, se ocupa «de algunas cuestiones conceptuales que tienen que ver con las nociones de daño y beneficio, de deberes imperfectos y, en relación con todo ello, la definición misma de 'deberes positivos generales'» y aunque se muestra «en desacuerdo con varios puntos concretos del análisis de Garzón» no cree que ninguno de ellos prejuzgue el fondo del problema. En la segunda parte, aborda el problema central de la determinación de los límites de los deberes positivos generales, argumentando en favor de lo que, en contraposición a la postura de Garzón, llama «altruismo más que mínimo», «reconociendo que implica una desviación considerable de nuestras convicciones morales ordinarias y que, por lo tanto, seguimos en cierta forma prisioneros de un dilema». En la tercera, y a modo de conclusión, se ofrecen algunas consideraciones sobre la naturaleza de este dilema.
F. Laporta en su escrito se ocupa, por un lado, de la cuestión del status causal de las omisiones y de su relación con los juicios de responsabilidad, y, por otro, «de la necesidad postulada por Garzón de *organizar* las prestaciones con objeto de poder evacuar el cumplimiento de los deberes positivos generales». «Mi propósito -escribe al final- no ha sido negar la existencia de deberes positivos generales, sino contemplar algunas dificultades en que se pueden encontrar cuando se les invoca frente a problemas de gran envergadura. Sigo creyendo que tenemos el deber moral de ayudar a aquellos que, en el curso de nuestras relaciones cotidianas, encontramos amenazados o necesitados, pero creo también que el esquema que sustenta este deber 'natural' es demasiado frágil como para encargarle trabajos como la fundamentación de la lucha contra el hambre. Creo que problemas como ese no acaban de encajar bien con los presupuestos o principios de una moralidad interindividual, sino que deben ser enfrentados a partir de una moralidad pensada para las instituciones. Muchos autores, entre ellos el mismo Garzón, vinculan esos problemas [...] con la estructura del Estado social de Derecho. Esto me parece una dimensión fundamental que nunca habría que olvidar, porque hoy puede advertirse fácilmente una poderosa tendencia a la 'reprivatización' de ciertas demandas básicas de ética social y política que parece tener como objetivo desplazar las responsabilidades de la estructura institucional de los gobiernos [...] para reubicarlas en la esfera de las actitudes individuales. Sin perjuicio del alcance que puedan tener estas nuestras actitudes, ese desplazamiento es incoherente con una teoría moral que quiere dar cuenta de la realidad de los hombres en la 'aldea global'».
Finalmente, E. Garzón contesta a las que considera objeciones centrales de los dos artículos anteriores. Respecto de Bayón se detiene en la puesta en duda que éste hace de su distinción entre 'daño' y 'beneficio' y del contenido mismo del deber positivo general. Respecto de Laporta se detiene en las críticas que éste le dirige a propósito de la vinculación causal que pueda existir entre el no cumplimiento del deber positivo general de prestar ayuda y situaciones tan graves como la del hambre, por un lado, y de la existencia misma de los deberes positivos generales ya que éstos en realidad se diluyen en deberes positivos especiales, por otro.

(Josep Aguiló Regla)

BERGALLI, Roberto.

Memoria colectiva y derechos humanos. Una componente peculiar en el derecho y la justicia de la transición a la democracia argentina.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, n.º 26-27, 1986-1987, págs. 83-111.

Mediante el análisis del proceso de enjuiciamiento de los miembros de las Fuerzas Armadas implicados en graves violaciones de los derechos humanos, el autor desea mostrar «cómo y hasta qué punto el discurso de los juristas ha contribuido de manera absoluta y terminante para que un régimen democrático ayude a sepultar -una vez más- de la memoria de los argentinos una etapa de su historia, quizá la más bárbara y dramática». Después de ocuparse de la exposición del concepto de conciencia colectiva en Durkheim y del delito y de la pena en el sistema durkhemiano, así como de la socialización de la memoria en Halbwachs, se señalan los puntos en que el tratamiento jurídico-penal de los responsables militares argentinos ha mostrado un retroceso respecto de lo que debiera haber sido un verdadero análisis del pasado con el reconocimiento y la determinación de las responsabilidades: de la confirmación del papel de la justicia castrense para intervenir en el conocimiento de los hechos se siguió una dilación de las investigaciones, una actitud reticente o una retirada del cargo; la sentencia de 9 de septiembre de 1985 puso las bases de la posterior justificación o exclusión de responsabilidades mediante el recurso a la figura de la obediencia debida y al error insalvable sobre la legitimidad de las órdenes recibidas por los militares y policías subordinados, además de considerar las actuaciones de los militares y policías como respuesta a un estado de guerra revolucionaria; la ley «de punto final», por la que se disponía «la extinción de la acción penal contra miembros de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, imputados por delitos cometidos en el marco de la represión contra la subversión», supuso un régimen excepcional de caducidad de las acciones penales y la aplicación del principio de la obediencia debida encontró pronto respaldo en una ley.
La pretensión política ha podido con la «generalidad» de la ley como rasgo más característico de la sociedad democrática. El ordenamiento jurídico, así, no ha participado en la determinación de las responsabilidades exigibles, abandonando los intereses de los que es expresión.

(Antonio Doval Pais)

CABALLERO, Francisco Javier.

Naturaleza y Derecho en Jean Jacques Rousseau.

Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 1986, 188 págs.

El autor comienza el libro analizando los distintos sistemas filosóficos en los que se ha inscrito tradicionalmente el pensamiento de Rosseau (iluminismo, naturalismo, romanticismo), y extrae la conclusión de que existe un desacuerdo absoluto entre los estudiosos de la obra roussoniana a la hora de adscribirlo a una u otra línea de pensamiento. Continúa el libro analizando el punto de partida de Rosseau, lo que implica tener en cuenta los problemas que suscita «el hombre en estado natural» que en virtud de un pacto, pasa a vivir en la sociedad civil. Según el autor, en la obra de Rosseau subyace «el dogma bíblico-cristiano» de la caída en el pecado original como una posible explicación de la dicotomía sociedad natural / sociedad civil y a partir de aquí, se podría explicar la idea roussoniana de la perfectibilidad del hombre en la sociedad civil.

La concepción que del hombre tiene Rousseau contiene, a juicio del autor, similitudes con las de Buffon y Condillac. En el campo de la metafísica hay una semejanza entre las concepciones de Rousseau y Condillac: ambos reniegan de la metafísica -pues ésta no ha hecho sino sembrar la filosofía de absurdos- y, sin embargo, Rousseau simultanea este rechazo con una pieza de recambio, «la segunda metafísica», centrada en la búsqueda del «estado natural de las cosas». En el hombre se distingue una parte instintiva y otra racional sustentada esta última en la libertad. La interrelación entre el entendimiento y las pasiones es la raíz determinante de las necesidades humanas.

Rousseau no rechaza la existencia de una ley natural en «el estado de naturaleza», rechaza el que ésta sea un dictado de la razón, sosteniendo que sus fuentes se encuentran en el corazón. Su concepto de Derecho Natural se asienta sobre dos principios anteriores a la razón: 1) «el amor de sí» al que atañe nuestro bienestar y conservación; 2) la «piedad» consistente en la repugnancia natural al ver padecer o sufrir a nuestros semejantes. Todo este edificio no podría sustentarse más que en la idea de la bondad intrínseca de la naturaleza humana.

(Luis Aurelio González Prieto)

CALSAMIGLIA, Albert.

Introducción a la Ciencia Jurídica.

Ed. Ariel, Barcelona, 1986, 155 págs.

Este libro que trata, no de responder a la cuestión de si el saber jurídico es un saber científico ni tampoco de proponer un nuevo proyecto de verdadera ciencia jurídica, sino, más bien, de describir cómo es y cómo se desarrolla la jurisprudencia, se estructura del siguiente modo: Capítulo I: *La cuestión metodológica en la filosofía de la ciencia* (Introducción; El método racionalista clásico; El método empirista; La aportación de Kant; La crisis del racionalismo epistemológico; El empirismo lógico; El falsacionismo de Popper; y El fracaso de la metodología). Capítulo II: *El estatuto científico de la dogmática* (Introducción; Algunos obstáculos importantes: La crítica de los juristas: Kirchmann; Algunas conclusiones provisionales; La dogmática desde la perspectiva de la filosofía de la ciencia; y ¿Existe una concepción científica de la ciencia?). Capítulo III: *La dogmática jurídica: caracterización general* (Un saber... ¿dogmático?; ¿Es arbitraria la dogmática?; La dogmática, entre ciencia y política; Sobre los métodos de la dogmática; y Algunas conclusiones provisionales). Capítulo IV: *Las reglas de juego de la dogmática* (Algunas precisiones sobre la neutralidad; La abdicación valorativa; El modelo de legislador racional; Funciones del modelo de legislador racional; El supuesto de sujeción a la ley; El supuesto de justicia del caso; El conflicto entre reglas; El derecho es un sistema; y Algunas conclusiones). Capítulo V: *Las funciones sociales de la dogmática* (Introducción; Funciones cognoscitivas de la dogmática; Funciones prescriptivas de la dogmática; La distinción entre el derecho y la ciencia del derecho; La función ideológica; y conclusiones).
Finalmente, las principales conclusiones a que llega el autor pueden resumirse del siguiente modo: a) «La dogmática jurídica es dogmática en algún sentido en que la ciencia también lo es». b) «La dogmática jurídica no es arbitraria [...]. La comunidad posee un termómetro de valoración de las teorías y éstas están sujetas a unos procedimientos preestablecidos». c) La comunidad dogmática acepta como presupuestos la abdicación valorativa (aunque ésta no es absoluta) y el modelo de legislador racional. d) Las principales reglas de la dogmática son: La sujeción a la ley; la justicia del caso; y La sistemacidad del derecho. e) «Las reglas de juego de la dogmática pueden ser contradictorias. En caso de contradicción no existe un metacriterio que permita decidir cuál es la adecuada. Pero en ese caso la solución tampoco se encuentra en la irracionalidad subjetiva del intérprete [...]. La comunidad ejerce la función del control de las teorías dogmáticas». f) «A pesar de que existen diversas tendencias doctrinales a la hora de interpretar las reglas de la dogmática, la comunidad acepta las reglas del juego». g) «Los conflictos entre reglas de juego suponen conflictos entre valores importantes y fundamentales. La tensión entre seguridad jurídica y justicia material se encuentra en el seno de la comunidad dogmática. h) La dogmática cumple funciones cognoscitivas y funciones prescriptivas. i) La comunidad dogmática no ha aceptado mayoritariamente la distinción entre el derecho y la ciencia del derecho. j) «La comunidad dogmática constituye un auténtico filtro entre la creación y la aplicación del derecho. Su poder no está legitimado y por esa razón oculta su verdadera función. En este sentido la dogmática cumple una función ideológica».

(Josep Aguiló Regla)

CALSAMIGLIA, Albert.

Sobre la ciencia jurídica.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, n.º 4, 1986-1987, págs. 45-53.

Este artículo constituye una reflexión sobre la ciencia jurídica postpositivista y postula una ciencia jurídica que rechace el monismo metodológico. Entre los problemas de la ciencia jurídica destacan, según el autor, la ambigüedad, vaguedad y emotividad del término; su multiplicidad de concepciones; y lo problemático de la consideración científica del Derecho.
El análisis del modelo de ciencia jurídica de Austin, le va a servir de apoyo para demostrar las deficiencias del positivismo centrándose en el fracaso de la separación entre ciencia de la legislación y jurisprudencia. La consecuencia más importante de la crisis del positivismo va a ser la superación del dogma de separación entre el Derecho y los valores. Así, una teoría de la legislación debe ocuparse de analizar los valores, la legitimidad y los medios más adecuados para conseguir los fines propuestos. Junto a la teoría de la legislación, dentro de la ciencia del Derecho, debe existir una teoría de la función judicial que se ocupe de temas relativos a quienes, por qué y dentro de qué limites pueden juzgar, y una teoría de la obediencia al Derecho. Estos tres temas deben ir relacionados con otros como pueden ser el de la lógica, la filosofía del lenguaje, el lenguaje moral y la economía.

(Rafael de Asís Reig)

CALSAMIGLIA, Albert.

Sobre la utilidad de las metodologías externas para la jurisprudencia.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 3, 1986, págs. 75-99.

«Los filósofos del derecho y los metodólogos de la ciencia jurídica han tratado el problema de la cientificidad de la jurisprudencia desde una perspectiva externa. No se han preocupado tanto de describir cuáles son los presupuestos y las principales reglas de juego de la actividad dogmática como de justificar o criticar el conocimiento dogmático [...]. El presente trabajo no pretende valorar la jurisprudencia desde fuera de las disciplinas jurídico-positivas. La pregunta acerca de la cientificidad de la jurisprudencia puede ser muy interesante desde perspectivas ideológicas o políticas, pero desde un punto de vista cognoscitivo carece de interés. Si bautizamos la jurisprudencia con el agua de la ciencia no conocemos más y mejor sino simplemente tratamos de justificar una actividad determinada. Por tanto, aquellos que se preguntan si la jurisprudencia es o no es una ciencia se preocupan de problemas de justificación y no de problemas de conocimiento [...]. En este trabajo voy a tratar de argumentar por qué las cuestiones metodológicas no pueden afrontarse desde fuera de las disciplinas. Sugeriré que el fracaso de las metodologías externas no significa el fracaso de la metodología y para conocer la metodología jurídica debemos acercarnos a lo que hacen los juristas y olvidarnos de ciertas recetas metodológicas impuestas por los filósofos que tienden muchas veces a confundir en vez de aumentar nuestro conocimiento». A partir de este planteamiento, el autor se detiene en los siguientes epígrafes: Malestar en la Filosofía de la Ciencia del Derecho; La Ciencia Jurídica como objeto de la Filosofía del Derecho; El problema metodológico en la Filosofía de la Ciencia; El método racionalista clásico; El método empirista; La aportación de Kant; La crisis del racionalismo epistemológico; El empirismo lógico; El falsacionismo de Popper; El fracaso de la metodología.

(Josep Aguiló Regla)

CALVO GARCÍA, Manuel.

La voluntad del legislador: genealogía de una ficción hermenéutica.

Doxa, Alicante, n.º 3, 1986, págs. 113 a 127.

En este artículo, el autor analiza la génesis y ulterior desarrollo de la ficción hermenéutica de la «voluntad del legislador». Para ello, analiza las aportaciones que sobre este tema, han hecho directa o indirectamente autores como S. Agustín, H. Grocio, T. Hobbes y J. Bentham. Para el autor, San Agustín «perfila eficazmente el norte apropiado para un talente hermenéutico que pretende ser al mismo tiempo, la flexibilidad racionalizadora de la interpretación y el respeto a libertad del texto». Es con Hobbes, sin embargo, cuando al consolidarse la concepción contractual voluntarista sobre el origen del Estado y del Derecho (por oposición al aristotélico tomista), cuando la ley aparece como mandato del soberano. «La importancia del positivismo hobbesiano radica, principalmente, en el hecho de que se reorganiza definitiva y automáticamente la idea de un legislador racional que sintetiza, poder, voluntad y razón». Las propias palabras de Hobbes son ilustrativas en este sentido: «La voluntad de otro no puede ser advertida sino por sus propias palabras o actos o por conjeturas tomadas de sus fines y propósitos, lo cual en la persona del Estado debe suponerse siempre en armonía con la equidad y con la razón». La definición que Bentham da de la ley como «conjunto de signos declarativos de una voluntad concebida y adoptada por el soberano en un Estado», significa para el autor el rescatar la vieja idea del «alma de la ley», la racionalidad se desplaza «desde el texto a la hipótesis de un legislador racional», que como tal se comportará, quedando en manos del intérprete determinar lo que en cada momento la comunidad jurídica considera racional. Concluye el autor poniendo de relieve la función que cumple esta ficción de la voluntad del legislador. La función de este postulado lleva a la admisibilidad de la «flexibilidad dogmática», lo que se traduce en que el intérprete no podrá llegar a una conclusión temática que se aparte de los cánones de racionalidad aceptados dentro del orden dogmático, pudiendo «acomodar el significado de la ley a las necesidades históricas y al contexto de su aplicación».

(Francisco López Ruiz)

CALVO GARCÍA, Manuel.

Metodología jurídica e interpretación: El postulado de la racionalidad del legislador.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, nº 3, 1986, págs. 101-132.

Este artículo tiene por objeto analizar los problemas hermenéuticos que suscita el «postulado de la racionalidad del legislador». En primer lugar, se analiza la concepción tradicional del legislador racional que se desprende de las obras de Savigny y Austin, para poner de manifiesto las funciones que cumple este postulado dentro de la teoría de la interpretación. En ésta el intérprete «sobrecodifica la expresión superficial», lo que «permite superar las imprecisiones, los silencios e incluso las contradicciones de la expresión textual con las creencias autorizadas del intérprete sobre lo que debe ser pensado o querido por un legislador que se presume racional». Posteriormente, señala el autor, cómo el postulado de la racionalidad del legislador permite estructurar una red unitaria de significados dotados de flexibilidad. Para que esto sea posible, es preciso establecer unas reglas de interpretación jurídicas fundamentadas en «principios racionales que conciernen al legislador», de tal manera que el jurista opera siempre admitiendo implícitamente que el legislador real es racional. Siguiendo a Bobbio, el autor señala los atributos del «buen legislador», que son: 1) atención al principio de justicia

basado en los criterios de generalidad e igualdad; 2) la coherencia; 3) la adecuación medios-fines y 4) la ausencia de redundancia.
En segundo lugar, bajo el epígrafe «La concepción sistemática de la racionalidad del legislador y sus consecuencias», el autor analiza la relación establecida entre la idea del legislador racional y el ideal de sistematicidad del ordenamiento jurídico. Esta relación facilita la *integración* de las normas del sistema, y ésta es posible porque descansa en la idea de la existencia de una voluntad unitaria detrás del texto legal. Igualmente, la consideración sistemática del ordenamiento permite presumir la consistencia y la plenitud del mismo, si se entiende que existe un legislador racional como soporte del sistema jurídico. Concluye finalmente el autor, diciendo que la vaguedad e incertidumbre de la ley ante un supuesto concreto no puede llevar necesariamente a la conclusión de que «el ordenamiento no tiene una solución concreta para el misino, dado que esto resultaría incompatible con la presuposición sobre la racionalidad del legislador. Por ello, cuando esa solución no existe en la superficie del texto, el intérprete ha de acudir al espacio racional, omnicomprensivo y perfecto, de una función autor ideal, para así atribuir sentido al texto superficialmente opaco o incompleto. No es otra cosa lo que se conoce en la teoría del Derecho como interpretación integradora, un forzar el principio de legalidad que tendría pleno reconocimiento en nuestro sistema jurídico».

(Francisco López Ruiz)

CALVO GONZÁLEZ, José.- *Bienestar en el Estado Social de Derecho. Dintorno y contorno de una crisis. (A modo de análisis económico en torno a las disfunciones operativas del Welfare State)*.
En M. J. Peláez y otros (Com.), *Fundamentos culturales de la Paz en Europa*, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986, págs. 749-761.
Aprovechando las aportaciones que para una investigación «filosófica», es decir, compleja y ecosistémica, de la experiencia jurídica pueden hallarse en los enfoques normativo, descriptivo y positivo del análisis económico del derecho, se pasa examen de las disfunciones del Estado Social de Derecho, tanto en su configuración interna como en el perfilamiento exterior, por las claves de la filosofía individualista-posesiva y utilitarista que informan su noción de bienestar, convivencia y paz y otorgan a este modelo estatal su peculiar identidad. Se advierten así un número y calidad de pretensiones fundamentales insatisfechas cuya evidencia se prueba a través de la inoperatividad de los procesos electivos y de elección (y-y, o-o) con los que todavía se pretende resolver la tensión demanda-oferta social y política y que como fórmulas de decisión más propias del viejo Estado liberal o del socialista colectivista representan parámetros en los que medir el actual nivel de su crisis. Epígrafes: 1. Derecho y Economía. La nueva perspectiva del Análisis Económico del Derecho. 2. Estado Social de Derecho y Bienestar. 3. Dintorno en la crisis del Welfare State. Un apunte para la aplicación del análisis económico a la Filosofía del Estado. 4. En el contorno de la crisis.

CALVO GONZÁLEZ, José.

Contribución doctrinal y política de Manuel Giménez Fernández en el moderno Derecho Electoral español.

Revista de Estudios Políticos, Madrid, n.º 51, mayo-junio 1986, págs. 213-262.

En la dirección de estudio del pensamiento político español contemporáneo, el A. enfoca las diferentes contribuciones teóricas y prácticas de Giménez Fernández en materia de Derecho Electoral desde el año1922, fecha de presentación de la tesis doctoral a ella dedicada, hasta los intentos llevados a cabo en el propósito de elaborar la finalmente non nata Ley electoral de 1935. Se destaca especialmente la defensa del sistema de representación proporcional y su significado político frente a grupos y tendencias partidarios de la representación mayoritaria. El trabajo contiene también referencia a documentación inédita-archivo de recomendaciones, correspondencia política, diario ministerial, contenido de discusiones en Consejos de Ministros- y a consultas hemerográficas que han permitido establecer el comportamiento de diversos grupos de presión y opinión. Sumario: *A modo de planteamiento*. Parte 1.ª: 1. *Giménez Fernández y la modernización del Derecho Electoral en España*; 1. 1. *Ocasión*; 1. 2. *Contenido*; 1. 3. *Actualidad*. Parte 2.ª: 2. *Giménez Fernández y la defensa del sistema de representación proporcional en la República*; 2. 1. *Ley Electoral y Constituyentes*: a) Legislación electoral preconstitucional en la convocatoria y celebración de elecciones a Cortes Constituyentes. b) Discusión de la Ley Electoral y sistema de representación proporcional en las Cortes Constituyentes durante los debates del proyecto constitucional, c) Discusión en las Cortes Constituyentes del proyecto de Reforma Electoral; 2. 2. *Ley Electoral y sistema de representación de 27 de Julio de 1933*: a) Voto particular de Giménez Fernández al proyecto Samper de Julio de 1934, b) Perfiles e incidencias sociopolíticas del proyecto de Reforma de la Ley Electoral. Enero-Diciembre de 1935.

CALVO GONZÁLEZ, José.

La institución jurídica.

Ed. Depto. de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la Universidad de Málaga, 1986, 141 págs.

Esta monografía consta de una breve introducción y tres capítulos bien diferenciados. En el primero, *El término institución: problematicidad analítico-lingüística*, el autor, en la línea del análisis crítico de los conceptos jurídicos fundamentales «que se ha revelado como una fecunda orientación en el área temático-investigadora de la Filosofía del Derecho», se propone categorizar el uso de la expresión «institución jurídica» y alcanzar un significado común. Para ello el autor recorre los siguientes apartados: a) aproximación etimológica y estructura semiótica; b) aproximación sociológica y análisis de contenido por unidades de base gramatical y no gramatical; c) aproximación léxico-jurídica, multivocidad y plurivalencia; d) naturaleza proteica y denotación jurídica de «institución»; y e) significado de «institución jurídica».
En el capítulo segundo, titulado *Institución y concepción institucional del Derecho*, el autor, haciendo «una aplicación instrumental o práctica» del capítulo anterior, examina el término institución «en el espectro disciplinario de la fundamentación filosófica aportada desde el institucionalismo jurídico», ciñéndose al análisis de las teorías más representativas. De este modo, se detiene principalmente en la escuela francesa (M. Hauriou, G. Renard y J. T. Delos) y en la escuela italiana (Santi Romano y W. Cesarini Sforza).

Por último, en el capítulo tercero, *La recepción en España de la concepción institucional del orden jurídico*, el autor trata de componer un panorama completo de las repercusiones que dicha concepción institucional ha tenido en nuestro país. Así, se centra en el estudio de la «institución» en los ámbitos del Derecho Público (Político, Administrativo, Procesal y Público Eclesiástico y Canónico), del Derecho Privado (Civil, Inmobiliario Registral, Agrario, Mercantil y del Trabajo) y de la Filosofía del Derecho (Corts Grau, Medina Echevarría, Lissarrague Novoa, Ruiz Giménez, Rodríguez-Arias Bustamante y Peidró Pastor).

(Josep Aguiló Regla)

CAUSABÓN, Juan Antonio.

Las etapas del Derecho, según el marxismo.

Persona y Derecho, Pamplona, n.º 14, 1986, págs. 88 a 117.

El autor diferencia cronológicamente, tres etapas en las que se desenvolvería el Derecho según la teoría marxista: 1) El Derecho en la sociedad capitalista. En esta etapa el Derecho aparece como un elemento superestructural en clara dependencia de la infraestructura económica. Se vislumbra aquí una clara concepción instrumental del Derecho pues éste aparece en todo momento, dentro de este período como un arma de las clases dominantes para perpetuar su sistema de dominación política. El contraargumento del autor a las tesis marxistas consiste en señalar que han existido cambios infraestructurales sin que se diese un correlativo cambio superestructural; del mismo modo que se han dado históricamente cambios superestructurales que han afectado profundamente a la infraestructura económica. 2) «El Derecho en la etapa de la dictadura del proletariado»: en el que reaparece una concepción instrumental del Derecho, éste se convierte en un instrumento al servicio del pueblo para doblegar a los sectores hostiles de la burguesía y el gran capital. 3) El Derecho en la etapa anárquico comunista, en este período, tanto la «vis coactiva» como la «vis directiva» del Derecho sufren una clara atenuación transformándose en una especie de «reglas sociales» necesarias para la vida común. En todo caso, parece desprenderse de los textos de Marx y Engels con respecto al Derecho en esta etapa que éste puede perder su «vis coactiva» mas no su «vis directiva», de lo que extrae el autor la conclusión de que esa llamada moral o Derecho sin «vis coactiva» es análoga a la ley natural. Finalmente, el autor sostiene que no es posible hablar de una desaparición del Derecho, mientras que sí cabe hablar de una mutación en sus funciones y en sus técnicas de creación, aplicación y ejecución.

(Luis Aurelio González Prieto)

CARPINTERO, Francisco.

Naturrecht y Rechtsphilosophie (Los inicios del positivismo jurídico en Alemania).

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 3 (Nueva época), 1986, págs. 343-397.

En este extenso artículo, estructurado en seis partes *(Introducción; El primer desarrollo kantiano; Las primeras críticas al kantismo; La escuela kantiana en el siglo XIX; Los enemigos de Kant a comienzos del siglo XIX; La discusión enfriada. ¿Qué quedó de Kant?*, y *A modo de conclusiones)*, el autor, ciñéndose en su investigación al último período de vida de la escuela kantiana (la época comprendida entre 1792 y 1840), trata de mostrar las insuficiencias de la conocida tesis del profesor González Vicén de que la Filosofía del Derecho es un concepto histórico. En este sentido concluye que «el Derecho natural, en tanto que doctrina que mantiene que existe una ley jurídica más o menos inmutable por encima del Derecho positivo, no quedó afectada ni mucho ni poco por el cambio de mentalidad que hemos estudiado en estas páginas. Lo que cayó doctrinalmente a comienzos del s. XIX no fue la idea del Derecho natural, sino el "iusnaturalismo" propio de la Edad Moderna, que es una realidad muy distinta [...]. Lo que desapareció [...] no tiene nada que ver con lo que la mayor parte de la Historia ha entendido como *ius naturale*... Hubiera sido más preciso González Vicén si hubiera mantenido que el conjunto de la filosofía jurídica kantiana es lo que realmente constituye un "concepto histórico", absolutamente ligado al destino del Estado liberal en su versión más primitiva». Y, por otro lado, añade: «...la "filosofía del Derecho positivo" sí constituye un concepto histórico, referido a los inicios del siglo XIX, pero la "Filosofía del Derecho" no. Esta última denominación aparece a lo largo de todo el siglo XIX usada por aquellos que en oposición a la *Philosophie des positiven Rechts*, recaban una ciencia filosófica del Derecho, un Derecho natural [...]. Debe quedar clara, pues, una idea: el iusnaturalismo o la "Filosofía del Derecho", como tales, es decir, en su concepto mas general, no desaparecieron con la irrupción del Positivismo: murió, en cambio, la deducción del derecho a partir exclusivamente de la libertad o arbitrio del hombre, y con él, los mitos del iusnaturalismo concreto que se desarrolló en la Edad Moderna, a saber, los "estados de naturaleza", los pactos sociales...».

(Josep Aguiló Regla)

CARRIÓN WAN, Roque

Reconocimiento jurídico y fundamentación filosófica de los derechos humanos en América Latina.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, n.º 26-27, 1986-1987, págs. 13-43.

Los derechos humanos han sido incardinados en Latinoamérica en la teoría del derecho constitucional y el derecho procesal como áreas que representarían, respectivamente, el reconocimiento jurídico positivo de esos derechos fundamentales y el instrumento jurídico eficaz para su protección. Subyace a esta tendencia «judicialista» la convicción de que la vigencia exige un medio jurídico que haga valer el derecho protegido: la acción procesal, susceptible de ser ejercitada a través de unos medios procesales indirectos (proceso ordinario y justicia administrativa), complementarios (juicio político y responsabilidad de altos funcionarios, por ejemplo) y específicos (configurados para otorgar una rápida y eficaz protección a los derechos fundamentales de manera directa). Sin embargo, como señala Haba Muller, la letra de las disposiciones jurídicas positivas no significa sino un «momento» más en el camino para conseguir hacer los derechos humanos realidad. Desde una posición realista-crítica, la interpretación de este «momento» depende de otros muchos: principios jurídico-hermenéuticos, mentalidad de los jueces, ideologías políticas, etc. Para que la aplicación del derecho protector de los

derechos humanos, del derecho constitucional, sea eficaz se precisa una dogmática iushumanista, una interpretación de tipo humanista diseñada «sobre la base de un cierto cuerpo de criterios y soluciones relativas a las bases doctrinarias y en general a la interpretación de los textos normativos oficiales de los derechos humanos».
Pero en el lenguaje de los derechos humanos se encuentran con frecuencia conceptos indeterminados que, estudiados desde los ámbitos lógico-semántico, semántico social, semántico real y desde la interpretación autorizada, ejercen alguna presión emotiva e intelectual, convirtiéndose más en «fórmulas semi-vacías» que en «fórmulas vacías».
Por otra parte, atendiendo a las constituciones positivas vigentes, se ha de ver si existen los órganos estatales que hagan valer los derechos humanos, para lo cual Haba Muller toma estos cinco indicadores: garantías procesales, responsabilidad de los funcionarios, estados de excepción, libertad de expresión y derechos económicos. Pero todo ello no es suficiente. Con C. S. Nino, el autor señala que es necesario ir más allá y alcanzar la formación de una conciencia moral de la humanidad; plano de la fundamentación moral que tropieza con el dogmatismo ético y el escepticismo ético, sus tradicionales enemigos. Frente a este pretendido construccionismo moral de carácter absoluto, Miró Quesada plantea una fundamentación relativa de los derechos humanos basada en el ideal de vida racional («ninguna actividad racional puede ser arbitraria») y en que «siempre hay un núcleo significativo perfectamente claro que permite aplicar la norma en la mayoría de los casos».
Últimamente, desde la «Teología de la Liberación» los derechos humanos -indica el autor- son vistos en un contexto político-religioso comprometido con la realidad social.

(Antonio Doval Pais)

CESARINI SFORZA, Widar.

El Derecho de los particulares. (Trad. y nota introductoria de J. Calvo González)

Ed. Cívitas, Madrid, 1986, 176 págs.

Con ocasión de haberse cumplido en el año 1986 el centenario del nacimiento de W. Cesarini Sforza, se presenta la traducción castellana de su «*Derecho de los particulares* (1929) -la reimpresión y 2.ª edición italianas databan de 1942 y 1963, respectivamente, la última con prefacio a cargo de Salvatore Romano- facilitando así el conocimiento de una de las obras clave en el institucionalismo jurídico italiano, bien que en parte independiente y ajena a la más difundida construcción jurídica, esto es, la representada por el institucionalismo ordinamental de Santi Romano. La versión castellana va precedida de un estudio sobre el proceso de generalización de las producciones jurídicas de los particulares y su conexión o permeabilidad respecto de los estratos consuetudinarios y estatal que configuran la estructura de la realidad jurídica. En él no se oculta sin embargo como a pesar de todo las posibles conclusiones quedan miniaturizadas en un esquema lógico-formal por imposición del estatalismo fascista, siempre reacio y adverso a cuanto signifique real y efectiva multiplicidad y autonomía de ordenamientos jurídicos «menores». La presentación, finalmente, se rubrica ensalzando la temática de la obra con los planteamientos desarrollados con posterioridad, en especial en la *Filosofía del Derecho* (1955, trad. castellana 1961) y acerca de la noción de institución como «usanza social» e institución jurídica como resultado de la transformación de aquélla en regularidad coordinada, organizada.

(José Calvo González)

COHEN, Marshall.

Escepticismo moral en las relaciones internacionales.

Doxa, Alicante, n.º 3, 1986, págs. 243-256.

En el campo internacional las mentiras no son mentiras y los asesinatos no son asesinatos (Croce). Esta concepción ha encontrado, después de la segunda guerra mundial, un gran reconocimiento en escritores como Morgenthau, Niebuhr y Kennan, conocidos como «realistas políticos». La doctrina de que las relaciones internacionales no son aptas para los juicios morales parte, en la versión de los teóricos americanos de posguerra, de que el hombre de Estado tiene como función propia la persecución del interés nacional, la maximización del poder. Para Hobbes, en el estado de naturaleza, estado al que se asemeja, en la concepción de los escritores hobbesianos la «comunidad» internacional, los juicios morales son inaplicables. En la doctrina de las morales especiales se argumenta que hay una única moral que gobierna las relaciones internacionales, pero que es una moral especial (moral pagana, para I. Berlin; ética de la responsabilidad, para Weber; morales «nacionalistas», para otros escritores). Se critica esta postura alegando que los juicios basados en estas morales especiales son identificables de hecho con los que se fundamentan en standars morales organizados directamente o adaptados convenientemente a las circunstancias alteradas de las relaciones internacionales. La más moderada versión de este escepticismo se encuentra en la llamada «moral de los príncipes» de D. Hume, según la cual «los príncipes actúan típicamente de acuerdo con standards morales e, incluso, en su mayor parte, las reglas ordinarias de moral les son aplicables pero con menos fuerza que en los casos de ámbito no político». Señala el autor que Hume identifica las convenciones recibidas con las exigencias de justicia y llega a inaceptables conclusiones al pretender que lo que resulta ser de interés mutuo de dos partes muestra por ello ser justo.

La concepción de unos principios morales universales y sin excepciones conduce a los realistas a su escepticismo moral, cuando, sin embargo, existen situaciones en el ámbito internacional en las que los hombres de Estado puedan tener razones para mentir o usar la violencia (lo que no significa que se puedan justificar muchos de estos actos que caracterizan la vida internacional). Una acción moralmente aceptable puede basarse en un principio que, sin embargo, está en conflicto con otro. En estos casos, según el autor, se debe actuar según el principio que tenga mayor peso y, al hacer esto, violar el más débil.

Morgenthau señala que lo mejor que cabe desear en el ámbito internacional es el «equilibrio de poder», al que se llega cuando se logra un acuerdo de poder que resulte favorable al orden mundial o que frustre los intentos de hegemonía por parte de poderes especialmente fuertes. Pero esta situación conduce a la tendencia a maximizar el propio poder por parte de todos los Estados ante la obscura noción de poder y la dificultad existente para realizar comparaciones entre el poder de un Estado y el de otro. Así las cosas, muchos escritores consideran que la realidad internacional se aproxima al estado de naturaleza de Hobbes.

Aun cuando la tesis de esta similitud presente algunos puntos de duda, en la era nuclear la afinidad se hace más precisa entre «orden internacional» y estado de naturaleza. Ello no obstante, se puede seguir defendiendo a obligación moral de establecer un régimen nuclear en que se construyan solamente armas defensivas (de «segundo golpe»). La necesidad de pensar, hablar y actuar moralmente se impone en esta situación con más claridad y urgencia que nunca.

(Antonio Doval Pais)

COLOMER MARTÍN-CALERO, José Luis.

De Kant a Marx: Ilustración, Praxis y Derecho.

Sistema, Madrid, n.º 70, enero 1986, págs. 125-134.

Este trabajo constituye unas notas a propósito del libro de Felipe González Vicén *De Kant a Marx (Estudios de historia de las ideas)* (ver reseña en el n.º 3 de DOXA) en el que el autor, tras pasar por los diferentes estudios que allí se incluyen, concluye: «Las aportaciones de Vicén son más que una buena disección de una etapa del pensamiento jurídico. Los cultivadores de la "independencia" de la ciencia del Derecho pueden reconocer, a través de este análisis de su precedente más caracterizado, los supuestos y motivaciones, de todo tipo, sobre los que se asientan sus construcciones conceptuales y técnicas. Esta conciencia del sentido histórico de los propios esquemas es la gran lección del Vicén historiador. En sus escritos hace algo más que señalar los "precedentes": pone de manifiesto que la "historia" de los conceptos con que entendemos el Derecho y el Estado posee para los juristas un significado distinto y más importante del que tiene para los ingenieros la historia de la máquina de vapor».

(Josep Aguiló Regla)

CORREAS, Óscar.

Democracia y derechos humanos en América Latina.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, n.º 26-27, 1986-1987, págs. 1-12.

Ante la situación actual de los países de América Latina parece cobrar interés un replanteamiento de los derechos humanos. Se ha de realizar esta división desde una perspectiva que no sólo tenga en cuenta factores éticos y filosóficos, sino también y especialmente -al menos en Latinoamérica- políticos, mostrándose como objetivo de quienes luchan por los derechos humanos la implantación de una democracia socialista.
Cobra relevancia desde esta perspectiva la crítica de Marx como crítica a los derechos humanos de la burguesía, pero sin que signifique que no se deba luchar «por la vigencia de tales bienes que aparecen como derecho». El autor considera que «toda aspiración humana es pensada actualmente como *derecho*, sea que esté establecida en el Derecho-objetivo y por lo tanto se reclame su efectivización, sea que no sea legal y lo que se reclame sea su reconocimiento jurídico». Esta aspiración se ve potenciada por los productos que ofrece la sociedad moderna («viviendas construidas con todo lujo y revestidas de preciosas maderas tropicales, videocaseteras y hornos de microondas... Porque no hay ninguna razón mejor que otra que permita pensar que el derecho de un periodista a escribir lo que quiera es mayor y mejor que el de un ama de casa a tener un homo especial»). Por ello ya que son irreconciliables estas aspiraciones con la escasez que sufre la mayoría de la población en América Latina se ha de proceder, desde la democracia, a una «planificación de la austeridad», porque para el respeto a los derechos humanos se debe tener en cuenta «la cuestión de la inmoralidad de una sociedad que produce bienes relativamente superfluos, mientras las mayorías carecen de bienes mucho más cercanos a su subsistencia física», realizándose una jerarquía de los derechos humanos que no olvide este punto. En definitiva, los derechos humanos son, en opinión del autor, relativos.

(Daniel González Lagier)

CORTINA, Adela.

Ética Mínima. Introducción a la Filosofía Práctica.

Ed. Tecnos, Madrid, 1986, 281 págs.

Este libro está estructurado en cuatro capítulos. En el primero, «El Ámbito de la Ética», la autora trata de delimitar el marco de la Ética. Para ello, analiza el panorama ético contemporáneo, deteniéndose especialmente en el análisis del utilitarismo, del marxismo y de la Ética dialógica, mostrando una clara preferencia por esta última. La autora precisa los caracteres de la dimensión moral de la siguiente forma: 1. Los juicios morales tratan de regular la conducta humana, por lo cual se les puede considerar prescripciones; 2. Éstas se refieren a actos libres y, por tanto, responsables e imputables; 3. El discurso moral, en contraposición a los imperativos dogmáticos, se expresa como contenido razones para avalar sus mandatos; «se debe» significa aquí «hay razones en favor de»; pero la razonabilidad no es exclusiva de las prescripciones morales, lo especifico de estas últimas serían, según la autora: a) la auto-obligación, es decir, la prescripción ha de surgir del hombre mismo y no emanar de una autoridad distinta de la propia conciencia; b) quien se siente sujeto a este tipo de obligación llamada moral, la extendería a todo hombre; esto es lo que se ha dado en llamar el principio de la universalizabilidad de los juicios morales.
Si se admite la razonabilidad como una nota distintiva de la moralidad, hay que defender entonces un modo de razonar no exclusivamente deductivo. Es a esto, entre otras cosas, a lo que se hace referencia cuando se habla de la existencia de la razón práctica.
En el capítulo segundo, la autora aborda el problema de la fundamentación de la Ética, manteniendo en él una polémica con el Racionalismo Crítico, manifestando sus preferencias por la fundamentación transcendental de la ética en la línea propuesta por K. O. Apel.
En el capítulo tercero, «Ética y Política. Una moral para la Democracia», se abordan los siguientes temas: la moral civil en una sociedad democrática; el pluralismo moral como realidad social que sirve de base para una reflexión sobre la actitud que se puede tomar frente a cuestiones morales cotidianas; la conexión entre religión y moral; y la fundamentación ética del Derecho.
En el capitulo cuarto, «¿Ética sin religión?», analiza las siguientes cuestiones: la actitud «ilustrada» frente a la religión; las relaciones que guarda la fe, «como forma de conocimiento», con la razón, preguntándose si el acto de fe posee una base racional para buscar «un marco de racionalidad que pueda ser interlocutor válido para la fe».
En el epílogo, la autora estudia el proceso de escisión entre el obrar bien y el ser feliz, que en la Grecia Clásica solían ir unidos, y cómo en el transcurso de la Historia han ido separándose paulatinamente.

(Francisco López Ruiz)

DÍAZ, Elías.

Pensamiento socialista durante el franquismo.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, n.º 4, 1986-1987, págs. 55-86.

El artículo recoge la historia de las ideas socialistas durante una etapa tan oficialmente hostil para las mismas como pudo ser el franquismo. Desde una perspectiva comprometida, a la vez crítica dentro de la objetividad que puede exigirse a quien no sólo ha estudiado un contexto determinado sino a quien lo ha vivido y en no pocas ocasiones padecido desde la militancia, el autor hace un recorrido

sugerente.
Parte de una historia de las opciones partidistas, centrando la visión sobre el P. S. O. E., desde diferentes ópticas. Una de ellas la relevancia de un partido que se ha visto posteriormente como inexistente en los años del franquismo y que el autor rescata desde la historia y desde los documentos. Describe así las visicitudes de un partido que enfrenta sus visiones sobre la forma de afrontar el compromiso político ante la derrota bélica del 39.
Una critica a la dificultad de la lucha clandestina en un tipo de partido no habituado a ella y la evolución de la perspectiva de cambiar una organización de cuadros dirigido externamente por una dirección interna con los peligros que ello conllevaba.
Anota los pormenores de este giro con la trayectoria personal de sus militantes, los orígenes ideológicos-culturales de muchos de ellos y las tareas que debieron realizar, todo ello desde una perspectiva más o menos socialista. Toda una generación que según el autor hace posible una transición casi treinta años después; una transición casi milagrosa si se obvia el trabajo lento de la reflexión ideológica.
Se describirá la evolución del pensamiento socialista a través de las diferentes etapas deteniéndose en algunas especialmente como la que hace protagonista al ministerio de Ruiz Giménez por su particular aperturismo. La dialéctica teoría-praxis afecta no sólo a los tecnócratas emergentes que adoptan el progreso para encubrir las miserias sociales e ideológicas desde el poder sino a los propios intelectuales que se escinden en diferentes grupos bajo un pensamiento socialista común en un amplio margen. Y una evolución personal en Salamanca en el grupo que se forma en torno a Enrique Tierno Galván, primitiva célula del P. S. P. También se describe el proceso de evolución del grupo que políticamente se fusionará con el P. S. O. E.
Toda una serie de señas de identidad que pasan por la comprensión de los matices históricos que el autor apunta en un artículo repleto de nombres y apellidos que fueron definiendo una época que se extendió a lo largo de más de cincuenta años.

(Ángel Llamas Cascón)

ENGISCH, Karl.

Sentido y alcance de la sistemática jurídica. (Trad. M. Rodríguez Molinero).

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 3, 1986, págs. 7-40.

Este artículo se publicó originariamente, como nos advierte el traductor, en la revista «Studium Generale» en1957 siendo reeditado en 1984, en un volumen que incluye otros trabajos del autor. El artículo se vertebra entorno a la idea de sistema y su proyección en el terreno de la Jurisprudencia. Se parte del supuesto de que el sistema y la sistematización son un requisito necesario para que un saber alcance el estatuto de ciencia. Se centra el autor en primer lugar, en la idea de sistema axiomático y en los problemas que este sistema lleva aparejados si se trata de realizar en la Jurisprudencia. Dos son las objeciones que Engisch formula a la aplicación de este tipo de sistema en la Jurisprudencia: 1) La labor de ordenación de los conceptos de un sistema jurídico de manera que unos sean situados al principio y los demás se definan a partir de ellos como derivados lógicos, ignora que «en cada nuevo concepto jurídico se aglutina nueva materia que no puede ser determinada por medio del resultado conceptual preexistente», todo lo más que se puede lograr es una «coordinación de esta nueva materia con un grupo de elementos conceptuales. Con esto se tiene un punto de apoyo para la sistematización, pero el método axiomático no se habrá realizado». 2) La construcción de un sistema axiomático de enunciados y la deducción de otros nuevos a partir de los primeros, choca con la dificultad de que en la Jurisprudencia «ha de dominarse tanta materia en cada paso lógico, que lo puramente deductivo pasa a un segundo plano en relación con los actos cognoscitivos exigibles». Esto no significa que la idea

de sistema no se puede realizar en la Jurisprudencia, más bien no se puede realizar una determinada confección del sistema, la del sistema axiomático. Sin embargo, si cabe hablar de un sistema que se realiza «dentro del orden jurídico como tal», el «sistema interno», y de un «sistema externo». El «sistema interno» vendría dado por la ordenación que el legislador establece a través de principios e ideas fundamentales, al establecer las normas jurídicas individuales, y sus conexiones, sin embargo, esta sistemática «no obliga a ninguna consecuencia vinculante». Dentro del «sistema interno» merece especial consideración lo que Engisch llama sistema «sistema teleológico», es decir, aquel sistema estructurado a través de la conexión de las ideas fundamentales con fines predeterminados. En tal sistema, las normas están armonizadas entre sí como un sistema de medios para la realización de fines. Este sistema ha de ser coherente, consistente y flexible. «El sistema externo reflejará hasta cierto grado, el sistema interno. Pero precisamente porque el sistema interno no se manifiesta en parte a la mirada que se queda en la superficie, el sistema externo, las más de las veces, sólo puede hacer patente aspectos particulares de la sistemática interna». El «sistema externo» es un complejo de preceptos jurídicos estructurados en libros, partes, secciones, títulos, etc., que comprenden, según los casos, grupos mayores o menores de normas agrupadas por materias afines. El «sistema externo» reflejará, hasta cierto punto, el «sistema interno». Las imperfecciones de la sistemática interna y externa pueden ser subsanadas por la «sistemática científica», que tiene dos posibles manifestaciones: normativa o conceptual. Tras analizar la concepción de Stammler sobre el sistema jurídico, el trabajo concluye mostrando la necesidad de combinar la idea de sistema con la de flexibilidad en los tipos de sistemas mencionados... «La ciencia del Derecho es una ciencia práctica. El Derecho y su conocimiento están al servicio de la vida. También el sistema tiene valor vital. El sistema interno aporta una relación plena de sentido entre los principios, la armonía de los valores y la ausencia de contradicciones entre normas. El sistema externo del orden jurídico sirve de orientación, pero también ayuda a la recta comprensión de cada una de las normas jurídicas. El sistema científico está al servicio de los mismos fines. Al respecto, se esfuerza por profundizar, y poner de manifiesto las ideas básicas que en el propio orden jurídico no están a la vista o no lo están claramente».

(Francisco López Ruiz)

Enrique Tierno Galván: el hombre, el intelectual y el político.

Sistema, Madrid, n.º 71 y 72, junio 1986, 214 págs.

Los números 71 y 72 de la revista Sistema constituyen un homenaje al profesor Enrique Tierno Galván. Las contribuciones a este volumen se estructuran del siguiente modo:
1. INTRODUCCIÓN GENERAL: Raúl Morodo, Elías Díaz.
2. EL INTELECTUAL.
2. 1. *Ciencia política y teoría del Estado*: Carlos Ollero, Pablo Lucas Verdú, Antonio Truyol, Francisco J. Bobillo, Manuel Medina, José Enrique Rodríguez-Ibáñez, Andrés de Blas Guerrero, Antonio Rovira, Manuel Pillado Rivadulla.
2.2. *Cultura, filosofía y religión*: Juan Marichal, Gonzalo Puente Ojea, José Luis Abellán, Luis Jiménez Moreno, Enrique Miret Magdalena.
3. EL POLÍTICO.
3. 1. *Proyectos y compromisos políticos*: Joaquín Satrústegui, Francisco Bustelo, Luis García San Miguel, Sergio Vilar, Jordi Solé Tura.
3. 2. *Tierno Galván, Alcalde de Madrid*: Joaquín Leguina, Manuel Ortuño, Manuel Mella Márquez, Marcelino Lobato.
4. SEMBLANZAS Y RECUERDOS: Manuel Tuñón de Lara, Joaquín Cerdá Ruiz-Funes, Amaro González de Mesa, Salvador Giner, Javier Muguerza, Aurora de Albornoz, Vicente Girbau León.

(Josep Aguiló Regla)

ERRAZURIZ MACKENNA, Carlos José.

La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen (Visión Crítica).

Ed. Eunsa, Pamplona, 1986, 602 págs.

El autor presenta este trabajo como una toma de contacto con la Teoría Pura en su conjunto, y una propuesta de línea de superación crítica que, aprovechando cuanto de valioso se encierra en las ideas kelsenianas, nos haga posible avanzar en la elaboración de una auténtica teoría científica general acerca del derecho.
De este modo, el libro se divide en dos partes: una de exposición y otra de crítica, seguida de un epílogo y una bibliografía general. En la primera parte, adoptando en sus grandes líneas la sistemática de la segunda edición en alemán de *Reine Rechtslehre* de 1960 (incluido el apéndice de esta edición sobre la justicia y el derecho natural), se ofrece una síntesis clara y bien tratada de los principales contenidos de la obra kelseniana. Dos caracteristicas de esta exposición la valora de modo particular. Por una parte intenta demostrar la evolución interna de las posiciones del jurista vienés -teniendo en cuenta lo más relevante de su abundantísima bibliografía, desde *Hauptprobleme der Staatsrechtslehere* (1911) hasta su obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen* (1979)-. Si bien esta evolución se lleva a cabo dentro de una substancial continuidad de planteamientos de fondo, su estudio -no siempre puesto suficientemente de relieve- permite conocer la formación histórica del tejido de la teoría kelseniana, y los esfuerzos reiterados de su autor en orden a precisarla y clarificarla. Por otra parte, la exposición da a conocer la íntima armonía de las diversas tesis que componen ese tejido, y la manera en que ellas se completan y apoyan entre sí.
La parte crítica se abre con un capítulo dedicado a las diversas posiciones ante la teoría pura y al problema de la unidad y coherencia del sistema kelseniano. Para el autor, a pesar de algunas fisuras

detectables en el interior del sistema, éste presenta «un alto grado de coherencia interna, lo que se debe a una lógica derivación a partir de unos pocos principios capitales, y a la intima armonía entre estos». Por eso, piensa que la crítica ha de centrarse precisamente en esos principios, que serían «la separación entre ser y deber ser, el método trascendental kantiano, el positivismo y el consiguiente relativismo, y el concepto de derecho como norma coactiva autogenética pública». En cambio, el autor fundamenta su visión crítica en las siguientes «piezas conceptuales»: «el realismo, la apertura al nivel metafísico de captación de lo jurídico, la disolución de la antítesis ser-deber ser, una conceptualización del derecho opuesta al normativismo, y una afirmación del derecho natural como parte realmente integrante de los órdenes jurídicos concretos».
En el epílogo se intenta un balance crítico de la teoría pura, que concluye en los siguientes términos: «no obstante sus aciertos técnicos parciales (se refiere, por ejemplo, a la teoría de la estructura jerárquica del ordenamiento) y las valiosas enseñanzas que se desprenden de su estudio (previamente resumidas en el epílogo), su mérito principal consiste en haber llevado al extremo el positivismo jurídico, y así haber mostrado que, sobre sus presupuestos de fondo, no es posible llevar a feliz término su objetivo primordial: una teoría general sobre el derecho que logre ser cabalmente fiel al ser del derecho».

ESSER, Josef.

La interpretación. (Trad. de M. Rodríguez Molinero).

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 3, 1986, págs. 41-73.

Este texto constituye el capítulo V del libro que bajo el título «Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtstfidung» («Precomprensión y elección del método en el hallazgo del Derecho aplicable») publicó el autor en 1970. El trabajo se estructura en cinco partes: 1) Racionalidad y responsabilidad; 2) Canon de métodos y pluralismo metódico; 3) Elementos objetivos y subjetivos; 4) La previa vinculación de la valoración judicial a la ley; y 5) La precomprensión.
El apartado primero, plantea los problemas de interpretación o «hallazgo del Derecho aplicable», teniendo como parámetro la teoría de Luhmann, así se afirma que los problemas interpretativos surgen siempre en un contexto de «retroinformación obtenida del proceso de aplicación» que opera a través de un proceso de selección. En cuanto a la responsabilidad del intérprete se señala que «comienza con su preenjuiciamiento de la situación de hecho y de Derecho» en relación con el problema que se intenta resolver, este preenjuiciamiento, advierte el autor, predetermina ya las posibilidades de interpretación por el horizonte histórico social del intérprete. En el apartado segundo, estudia las dificultades inherentes a la elección de métodos interpretativos. En este punto, el autor sostiene que la elección metódica ha de ser racionalmente controlable y propone que la elección del método se realice «partiendo de un control teleológico de justicia del resultado y desde el punto de vista de su aceptabilidad en un orden social dado». Hay, sin embargo, otro requisito que hay que tener en cuenta a la hora de realizar la elección metódica, la no-contradicción de los métodos interpretativos, es decir, la coherencia es un elemento en el momento en que hay que elegir entre métodos interpretativos. El apartado tercero, versa sobre los problemas que suscita la interpretación dogmática como mecanismo de selección de características jurídicamente relevantes de los supuestos de hecho. Aquí se hace especial referencia a la idea de «institución» como objetivación, con la que ha de vérselas el intérprete y el margen de discrecionalidad interpretativa controlable racionalmente. En este sentido es de destacar el papel fundamental que desempeña la interpretación sistemática. El cuarto apartado, estudia en qué medida las valoraciones del intérprete están predeterminadas por la fidelidad al tenor literal de la ley, o bien por el horizonte histórico social del que interpreta, o por otras interpretaciones ya realizadas lo que remite al tema de la precomprensión. Este es el tema del quinto y último apartado,

la precomprensión como expectativa de sentido del intérprete. La precomprensión debe llevar aparejada el desvelamiento de los prejuicios tratando de que éstos sean controlables intersubjetivamente. Finalmente, el autor advierte que la decisión resultante de la interpretación debe estar sometida a un doble control de racionalidad: control de concordancias (compatibilidad con el Derecho positivo) y control de corrección, es decir, control de la racionalidad del discurso relativo al «caso» de que se trate.

(Francisco López Ruiz)

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier.

El argumento a contrario en la jurisprudencia constitucional.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 3, 1986, págs. 133-149.

El objetivo del artículo es estudiar el comportamiento del Tribunal Constitucional español ante uno de los argumentos interpretativos clásicamente utilizados en el discurso jurídico: el *a contrario*.
Con esa finalidad el trabajo se inicia con una breve exposición del concepto del argumento y de sus caracteristicas. Según la doctrina y la jurisprudencia consultada, por medio del instrumento *a contrario* se rechaza cualquier otra hipótesis distinta a la expresamente contemplada por el legislador. En cuanto a sus características, puede decirse que es un argumento al servicio de la interpretación lingüística o literal; que sirve para motivar o proponer la denominada «interpretación restrictiva»; que impone como condición para su utilización el silencio de la ley; y que se basa en la voluntad presunta del legislador.
El análisis de la utilización del argumento *a contrario* en las sentencias del Tribunal Constitucional muestra que en esa jurisdicción puede hablarse de un uso típico y de otro atípico de este instrumento interpretativo. El uso típico sería aquel en el que se aplica a situaciones en las que se da una *duda* respecto a la inclusión o no de una hipótesis en la previsión legal; y en las que se *presume* que el *silencio legal* es muestra de la *voluntad* del autor del texto de excluir de la regulación legal toda hipótesis no expresamente mencionada.
El uso atípico del argumento se detecta en aquellos casos en los que el Tribunal Constitucional lo emplea para enunciar un principio constitucional, como el de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables a partir del art. 9.3 de la CE (STC de 7 de mayo de 1981, f. j. 7); o asociado con el argumento *ad absurdum* de dos formas distintas; cuando el *a contrario* enmascara lo que en realidad es una reducción al absurdo (por ejemplo, STC 1/1982, de 28 de enero, f. j. quinto) y cuando el significado obtenido por medio del argumento *a contrario* se justifica a través del *ad absurdum* (por ejemplo, STC 114/1984, de 29 de noviembre, f. j. séptimo).

FARREL, Martín D.

La justificación ética de los derechos humanos.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, n.º 26-27, 1986-1987, págs. 171-177.

Frente a las posturas puramente deontologistas o consecuencialistas en la fundamentación de los derechos humanos el autor propone construir una teoría ecléctica que aproveche lo positivo de las dos anteriores, considerando a los derechos humanos como derechos *prima facie*. Los derechos humanos desde esta perspectiva, ya no se consideran como absolutos, independientemente de sus consecuencias (lo que plantea el insoluble problema del conflicto de derechos absolutos), como ocurría con las posturas deontologistas. Tampoco pueden ser desplazados alegremente tras un cálculo de consecuencias en aras de ciertos objetivos que se consideran más convenientes. El derecho *prima facie* «debe ser respetado a menos que las circunstancias obliguen a desplazarlo por fuertes consideraciones de utilidad». De esta forma, el cálculo de consecuencias se convierte en un medio para resolver conflictos de derechos y las consideraciones de utilidad sólo desplazan al derecho cuando no sea posible otra alternativa.

(Daniel González Lagier)

FARRELL, Martín D.

Sobre la justificación de la democracia.

Sistema, Madrid, n.º 74, septiembre 1986, págs. 107-113.

En esta nota, que supone «una reflexión sumaria» sobre algunos puntos de vista sostenidos por Elías Díaz en un reciente artículo sobre la justificación de la democracia (ver reseña en el n.º 3 de DOXA), el autor expresa opiniones que en la mayoría de casos coinciden con las allí expuestas, «aunque muestran -tal vez- un modo diferente de enfocar las mismas cuestiones».
De este modo, el autor se detiene a tratar los siguientes temas: A) Distingue entre democracia y democracia liberal y sostiene que la democracia de que habla E. Díaz es, aunque éste no lo diga, una democracia liberal, pues se caracteriza por la aplicación de la regla de la mayoría, y por la ubicación de ciertos derechos en una situación jerárquica tal que queden fuera del alcance de esa regla. B) Analiza la relación entre justicia y legitimidad y sostiene que «la democracia no es condición suficiente de la justicia de los resultados que se obtengan. Pero, en cambio, resulta una condición necesaria; no es indiferente conseguir un resultado adecuado por procedimientos democráticos o conseguirlo por procedimientos antidemocráticos». C) Estudia la relación entre libertad positiva y libertad negativa y se plantea la cuestión de si la segunda es condición necesaria de la primera para un grupo social. D) Discute el problema de la obediencia al Derecho y, en particular, la cuestión de por qué y cuándo hay que obedecer las leyes promulgadas por la mayoría. Y E) Finalmente, partiendo de la consideración de que E. Díaz tiene razón cuando rechaza la identificación de la democracia con un determinado modo de producción, en este caso el capitalista, el autor plantea ciertos problemas no resueltos relacionados con la distribución de recursos en una sociedad.

(Josep Aguiló Regla)

FERNÁNDEZ, Eusebio.

Neocontractualismo y obediencia al Derecho.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, n.º 4, 1986-1987, págs. 87-110.

Hay razones que expresan la necesidad y la justificación del Estado (influencia social, sustracción de violencia privada, protección de bienes e intereses fundamentales de los hombres), de las que se derivan la necesidad de la existencia de las leyes y de su obediencia. Pero esto no es predicable de cualquier tipo de Estado y de leyes, lo que lleva a plantear el problema de la legitimación de uno y otras.
Partiendo de la distinción de Luchio Levi entre el significado genérico de legitimidad (sinónimo de justicia y razonabilidad) y el específico (relacionado con la idea del consenso), el autor va a utilizar este último, si bien precisa que es necesario que ese consenso sea la respuesta a intereses generales y generalizables y que sea manifestado por hombres autónomos y libres en situaciones de auténtica libertad.
El principio de legitimidad que va a hacer posible estas ideas es el contractualismo, y las razones que se pueden dar para defender al contrato social como base de legitimación social, política y jurídica se pueden reducir a cinco: la relación contrato social-consentimiento (el consentimiento produce una sociedad y mínimamente justa); la conexión entre los valores de autonomía individual, libertad e igualdad y el principio de legitimidad contractualista; el principio de legitimidad contractual fundamenta las ideas de obligaciones moral, política y jurídica, la obediencia al Derecho, participación ciudadana y, en algunos casos, la desobediencia civil; la estrecha relación entre la legitimidad contractual y el sistema de democracia liberal (si bien combinando la democracia representativa con la directa y prestando interés en lo referente a las desigualdades sociales y económicas); el principio de legitimidad contractualista consagra la supremacía del individuo y la sociedad sobre el Estado.
Resuelto el problema de la justificación del Estado, se plantea el tema de la obediencia al Derecho. Hay tres tipos de razones: legales, prudenciales, y morales, siendo estas últimas las interesantes para este tema ya que pueden considerarse como el fundamento más fuerte de la obligación política. La tesis del autor es que pueden encontrarse razones morales para obedecer al Derecho y que, por lo tanto, en estos casos, hay una obligación moral de obedecer al Derecho justo derivada de la obligación moral más general que tenemos como agentes morales de ser justos. Pero resulta difícil precisar cuándo un Derecho es justo, aunque las vías adecuadas para ese logro se encuentren en la legitimidad contractual y en el reconocimiento, estímulo y garantía del ejercicio de los derechos humanos fundamentales.

(Ralael de Asís Reig)

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan.

Los derechos humanos como barrera de contención y criterio autoregulador del poder punitivo.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, n.º 26-27, 1986-1987, págs. 135-169.

De cuantas notas caracterizan al moderno Estado (de Derecho, social, liberal, democrático...) es la de «liberal» la que impone unos limites a la intervención estatal, entendida como la que otorga contenido humanitario y personalista al Estado material de derecho. Se trata de un liberalismo que significa el amparo del individuo frente a la arbitrariedad y el autoritarismo, frente al abusivo ejercicio de los poderes del Estado.

La dogmática penal actual -basada en «una concepción subjetivista del injusto, una concepción de la culpabilidad como reproche ético-social de los motivos de la formación de la voluntad y una concepción del Derecho penal como instrumento de conformación de la vida espiritual del pueblo»- debe redefinirse en términos objetivos; el objetivismo penal ha de erigirse en principal baluarte de los derechos fundamentales del individuo en sus relaciones con el poder punitivo de los Estados latinoamericanos. Este Derecho penal supone una regulación menos drástica y traumática, más próxima al principio de intervención mínima, exigencia insoslayable al reconocer la pena como un mal a infligir únicamente como «última ratio».
Frente a la dogmática positivista tradicional, que presupone la existencia de una armonía previa entre la verdad lógico-formal del discurso jurídico y la justicia de las consecuencias (justicia formal), se plantea la urgente necesidad de una dogmática político-axiológica basada en los derechos humanos, esto es, de que los derechos humanos sean incorporados a la dogmática penal como «criterios preponderantes de valoración», al interior del sistema y de cada uno de los conceptos fundamentales, dejando de ser utilizados como -exclusivamente- pautas político criminales de corrección. Los derechos humanos han de integrar el contenido esencial del Estado (material) de derecho, pues no cabe hablar de un derecho injusto y, menos aun, de un «Estado de Derecho-sin Derecho).

(Antonio Doval Pais)

FISHKIN, James, S.

Las fronteras de la obligación.

Doxa, n.º 3, 1986, págs. 69-82.

En este artículo parte el autor de un breve análisis de lo que llama consecuencialismo sistemático imparcial (SIC) en el que, en su opinión, «se ha basado el restablecimiento de la filosofía política liberal durante la última década». Este tipo de teoría es sistemática porque los principios deducidos del procedimiento se aplican rigurosamente, es imparcial porque garantiza una igual consideración a los intereses de cada cual y es consecuencialista porque la ordenación se aplica directamente a los estados de cosas.El SIC no deja lugar para dos tipos de exigencias centradas en el agente: las obligaciones especiales y los límites plausibles a las demandas morales.
Respecto a la primera exigencia, Fishkin apunta que «dentro del paradigma del SIC no hay una base fundamental para algo distinto de las obligaciones generales»; los vínculos especiales, con la familia, por ejemplo, aparecerían como favoritivismo; lo mismo ocurre entre los diversos países, donde la asunción de la imparcialidad tiende a ignorar las fronteras nacionales.
Por otra parte el SIC no proporciona bases para los límites a las demandas morales que normalmente son asumidas, como son «el límite del heroísmo» y «la robustez de la zona de indiferencia». Cuando un agente emplea el SIC para determinar sus obligaciones individuales, cualquier consideración admisible de intereses le lleva a rebasar estos límites: por un lado, si un número lo suficientemente amplio de actos, que impliquen un sacrificio trivial, caen bajo el mismo principio, se dará la sobrecarga; y por otro lado el SIC es capaz de exigir acciones de costos significativos. En relación con el nivel de elección social se plantean los mismos límites, que, a su vez, serían superados por una coherente aplicación del SIC: se llegaría a enormes exigencias morales relativas a la redistribución y otros sacrificios, produciéndose también la sobrecarga para los Estados al encontrarse aislados en un mundo de imperfecta colaboración moral entre ellos.
El SIC podría aplicarse sin dar a estas exigencias morales que deja fuera (las obligaciones especiales y los límites de las demandas morales) ningún peso moral independiente, pero ello conduciría a resultados cuya «aplicación coherente [...] parece moralmente impensable». Si, por el contrario, se otorga a estos factores una fuerza moral independiente, se introduce un agente ajeno al paradigma, al

cual, por tanto, no se le puede atribuir rigurosamente un determinado peso frente a los resultados del SIC; se pueden conseguir soluciones persuasivas para casos individuales, pero entonces ya no se tratará de una teoría sistemática.

Concluye Fishkin apuntando que el SIC no puede aplicarse sistemáticamente a las relaciones internacionales; para alcanzar un resultado plausible habría que equilibrar las conclusiones del consecuencialismo imparcial con factores morales inconmensurables, ya que no se encuentran dentro de dicho paradigma.

(Isabel Lifante Vidal)

FORTIN, Waldo.

Autoritarismo, derecho y derechos humanos.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, n.º 26-27, 1986-1987, págs. 45-67.

El autor pretende en este artículo determinar «cuál es la función del derecho frente a regímenes que operan al margen de los principios del Estado de Derecho» y, en concreto, frente a la violación por estos regímenes de los derechos humanos.
Tras detallar las formas que a su juicio puede revestir la violación de tales derechos analiza la protección internacional y los posibles usos del Derecho Internacional de los derechos humanos en América Latina. Hay que observar que el Derecho Internacional no tiene por objetivo reemplazar el sistema de protección interno. Por el contrario ha sido concebido como un sistema subsidiario que opera solamente cuando el Estado, a quien corresponde en primer lugar otorgar la protección, falla en hacerlo, o bien procede de él mismo la violación. Así, ante la violación de hecho de un derecho humano que el Estado no reconoce como suya el Derecho Internacional debe «probar la existencia de la violación, otorgar protección a las víctimas y demandar la responsabilidad del Estado en los foros apropiados». Si la violación deriva de la legislación del país, el Derecho Internacional debe «demostrar que la legalidad interna es contraria a la legalidad internacional y, en la medida en que esa legalidad internacional obligue al Estado violador, éste está desconociendo sus compromisos internacionales» (y a este respecto hay que señalar que casi la totalidad de los países latinoamericanos se encuentran obligados por uno u otro Tratado sobre esta materia); otra forma de violación puede venir a través del uso indiscriminado y abusivo de los estados de excepción o emergencia. El Derecho Internacional debe regular las limitaciones a las normas sobre suspensión de derechos: casos en que proceden, derechos que -en todo caso- no pueden suspenderse, requisitos... Analiza el autor en concreto las normas en este sentido del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana.
Por último se tratan las relaciones entre Derecho y política en la preservación de los derechos humanos y el papel de la democracia en esta misma tarea.

(Daniel González Lagier)

GALINDO AYUDA, Fernando.

El derecho. ¿habla o lenguaje? Una aproximación a su carácter a través de la informalización de una disposición jurídica.

En Carlos Martín Vice (Comp.), *Lenguajes naturales y lenguajes formales*, 1986, págs. 284-292.

En el trabajo se parte de la consideración de que el derecho, en cuanto conjunto de disposiciones que regula a la sociedad, puede ser estudiado como un instrumento de comunicación expresado en signos: lingüísticos o de otras clases. De hecho es lo que se hace por las «teorías jurídicas» desde hace tiempo: se intenta construir un lenguaje jurídico desde el momento en que, modernamente, el derecho tomó la forma de ley o de disposición escrita. Aunque esta tradición es antigua, se remonta a los comienzos del siglo pasado, este tipo de reflexión jurídica cobré arraigo en el momento en el que, en el período entreguerras, Kelsen elaboró la que denominó «teoría pura del derecho». Por medio de esta teoría y la elaboración liberal, dogmática, de las figuras e instituciones jurídicas, el derecho legislado, las disposiciones jurídicas en general, pese a que por mandato constitucional deben ser accesibles a todos los ciudadanos, quedaron integradas por un conjunto de términos jurídicos (técnicos) y los

propios del habla ordinaria de difícil acceso para los no especialistas. Este proceso ha corrido en buena medida paralelo al experimentado por los lingüistas y demás estudiosos de la lengua a lo largo del presente siglo con respecto al estudio del habla corriente. Análogamente a como los lingüistas han construido «lenguajes naturales», los juristas han producido construcciones jurídicas constitutivas de un «lenguaje jurídico natural», el cual ha encontrado reflejo, en ocasiones, en las disposiciones.
Frente a este tipo de consideraciones, se proclama desde hace algún tiempo la necesidad de efectuar estudios sobre el derecho que tengan por objeto, ante todo, expresar, aunque sea de forma aproximativa, las características de «habla» corriente y lenguaje técnico presentes en las disposiciones jurídicas. De ello trata la segunda parte del trabajo. La finalidad de estos estudios es la elaboración de teorías más ambiciosas que las «tradicionales» al fijarse en el contexto «sistémico» o «global» de las referidas disposiciones. Esto supone un cierto cambio de perspectiva en las reflexiones sobre el derecho, al originarse teorías que comprueban las peculiaridades y características de las disposiciones jurídicas al mismo tiempo que procuran unas construcciones del derecho más accesibles.
Desde esta última perspectiva, sólo que mediante el auxilio de ordenadores, se quiere comprobar la adecuación o no de lo dicho. De ello trata la tercera parte del trabajo. La existencia de potentes ordenadores, más preparados para el manejo de bases de datos que los antiguos ordenadores, permite observar si lo que es producto de las teorías del derecho reflejadas en la segunda parte del trabajo (una reconstrucción del derecho ajustada a sus características complejas -norma, comportamiento, valores-, moderada por el hecho de que la reconstrucción es realizada por medio de un instrumento como el ordenador que es limitado desde la perspectiva de que no puede tratar a la complejidad sin reducirla), puede llegar a los ciudadanos o al menos facilitar al jurista la resolución de los problemas jurídicos por medio del incremento de la información jurídica que facilita un uso «complejo» del ordenador. Con esto se quiere avanzar en la respuesta a la pregunta que encabeza el estudio, ofreciendo así un sugerente punto de partida para la orientación de futuras explicaciones sobre las características del derecho como medio de comunicación accesible a todos los hombres, atendiendo a los imperativos del Estado democrático.

GALINDO AYUDA, Fernando.

Filosofía del derecho, sociología y psicología jurídicas.

Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas, n.º 12, 1986. Págs. 171-176.

Se trata de la respuesta, personal, a una encuesta del Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas que contenía la siguiente pregunta: «¿cómo trabajar en común juristas y sociólogos en España, mirando hacia el futuro?». La respuesta queda centrada en exponer la actitud del filósofo del derecho que la firma en los últimos años. En concreto, la de reflexionar sobre, al mismo tiempo que exponer, «métodos», o hacer epistemología jurídica, considerando, en concreto, varias de las actividades llevadas a cabo por algunos juristas. En especial las de aquellos a los que se considera dogmáticos o juristas científicos. También las de aquellos juristas que se consideran «teóricos» del derecho. En concreto, precisando más, la actitud ha sido la de discurrir sobre el grado, y características, de la expansión de los principios de justicia que promueven aquellos juristas que por su hábito de trabajo están más próximos a los hábitos o métodos de trabajo propios de los sociólogos o psicólogos del derecho. Coincidencia que facilita mostrar en la respuesta algunas pautas para desarrollar la sociología y psicología jurídicas que son necesarias en España a las alturas del último tercio del siglo XX, si se quiere atender a lo que prescribe el ordenamiento constitucional o la satisfacción de la trilogía de principios vinculados que se encuentra recogida en nuestro derecho: la «democracia», la «razón» y el «derecho».
La respuesta señala, atendiendo a lo que se manifiesta en determinados escritos o costumbres

profesionales, algunas peculiaridades o características más destacadas del trabajo de dogmáticos, teóricos del derecho, sociólogos del derecho y filósofos del derecho, sin olvidar constatar su aproximación o no a convicciones sobre la justicia que se extienden en nuestra sociedad, según lo prescrito por nuestras leyes, los principios del ordenamiento o las convicciones jurídicas de nuestros ciudadanos.

GALINDO AYUDA, Fernando.

Thesaurus jurídico inteligente.

Segundas Jornadas españolas de documentación automatizada, Málaga, 1986, págs. 471-482.

El trabajo presenta la situación de un proyecto de investigación que para el diseño, desarrollo y experimentación de un «thesaurus jurídico inteligente», fue comenzado en el año 1985 por un grupo interdisciplinar de la Universidad de Zaragoza. El objetivo «final» del proyecto es el de construir programas de ordenador, comprobando su eficacia a lo largo de tres años, que permitan a cualquier jurista, primeramente, a cualquier ciudadano, después, el acceso a través de ordenador a las normas que contiene la Compilación Foral Aragonesa. Al mismo tiempo, el de señalar un modelo metodológico que ejemplifique el procedimiento preciso para elaborar un thesaurus jurídico que, convenientemente organizado, posibilite emitir tanto documentación como respuestas a las consultas sobre algunas de las interpretaciones que con respecto a determinado problema puedan derivarse de cualquier texto jurídico. Desde una perspectiva informática se trata de construir un sistema experto. Todo ello como efecto de la adecuada conjunción, estipulada por el grupo de trabajo, de todas aquellas, filosofías/teorías jurídicas, lógicas, informáticas, documentalísticas y lingüísticas que posibiliten la obtención de estos resultados.
En síntesis, los objetivos concretos del proyecto, alcanzados ya en cierta medida, son los siguientes. Análisis de la Compilación Foral Aragonesa desarrollando su estructura jurídica en lenguaje corriente en la medida de lo posible. Obtención de las palabras claves o descriptores que integran la Compilación Foral Aragonesa: a través del estudio hecho por la dogmática y la teoría o la filosofía del derecho y a través de la experimentación de lo que ofrece su tratamiento informático por varios programas de bases de datos. Desarrollo de la Compilación Foral Aragonesa en enunciados normativos (formación de una lista, lo suficientemente completa, de enunciados normativos relacionados sistemáticamente). Transformación de los enunciados normativos, vinculados, en lenguaje simbólico (composición de una lista de enunciados normativos expresada en forma de proposiciones -fórmulas bien formadas-). Codificación simbólica (lógica de primer orden) de la Compilación Foral Aragonesa. Composición de la Compilación Foral Aragonesa en un banco de datos, formateada su entrada en virtud de lo recogido en su codificación simbólica. Desarrollo de la programación correspondiente para el uso de la base de datos, a través de un «interfaz», en lenguaje corriente (en la medida de lo posible). Y comprobación rectificación del thesaurus, del modelo metodológico desenvuelto en su realización y de las posibilidades y eficacia de las teorías que los sustentan, averiguando si su puesta en práctica facilita a cualquier jurista, de un modo automático, rápido y eficaz, los textos jurídicos y ciertas interpretaciones de los mismos que sean aplicables al caso sobre el que verse la propuesta.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio.

Del método jurídico a las teorías de la argumentación.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, 1986, págs. 151-182.

Se parte de la crisis de la teoría metodológica del positivismo jurídico, con su pretensión de garantizar un ámbito de racionalidad lógica o científica para la práctica jurídica. Una serie de doctrinas han tratado, desde mediados de este siglo, de rescatar la teoría metodológica del escepticismo sobre la posibilidad de alguna forma de control racional de las valoraciones concurrentes en la aplicación del

derecho. Coinciden en situar este problema en el marco de la razón *práctica*, y desarrollan las reglas de un proceder metódico consistente principalmente en la reglamentación del discurso jurídico, como vía para alcanzar la racionalidad de sus resultados y sustraer éstos a la arbitrariedad y el subjetivismo. Son las llamadas *teorías de la argumentación jurídica*.
Son sus precursores Perelman y Viehweg, y se aprecia en conjunto un cambio en la perspectiva, que conduce a los siguientes desplazamientos del punto de mira metodológico: de la norma a la decisión, del conocimiento al consenso, y del método a la justificación.
El problema decisivo sigue siendo el de los criterios de referencia para determinar la racionalidad de la decisión jurídica, en tanto que decisión práctica. Se examinan los principales de estos criterios hoy presentes en el debate doctrinal.
Finalmente, se plantea el problema de los límites o el marco último de la racionalidad posible, mediante la remisión a la idea de *Lebensform*, tal como Aarnio la toma de Wittgenstein.

GARCÍA SAN MIGUEL, Luis.

Obra académica de Leopoldo Alas «Clarín», filósofo del Derecho.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, n.º 4, 1986-1987, págs. 111-153.

Clarín termina su carrera de derecho en Oviedo y se traslada a Madrid donde cursa dos años de Filosofía y se hace krausista. Su tesis doctoral puede ser calificada como racionalista armónica; la razón es competente para conocerlo todo y así puede conocer un orden jurídico y moral materiales que son absolutos y eternos. Se concibe al Derecho natural como históricamente cambiante y al Derecho positivo como la solución racional del caso concreto, postulando la no juridicidad de lo injusto y la no coactividad de lo jurídico. En 1881 escribe el prólogo a la «Lucha por el Derecho» de Ihering en el que se abordan dos temas: la revolución y la autonomía. Clarín se opone a todo evolucionismo, posibilismo y jobismo; habla de progreso si bien de un progreso lento y necesario. Por otro lado, desconfía de la democracia parlamentaria, y así propugna el fortalecimiento de los poderes locales y su democratización interna con lo que se produciría el paso de un Estado centralista a un Estado autonómico.
Clarín ingresa en el escalafón por Economía Política de Zaragoza en 1882. De esta etapa destacan principalmente su memoria de oposiciones (Concepción filosófica de la economía que recurre al análisis y la síntesis) y sus artículos sobre el problema social andaluz (trata de combatir moderadamente la concentración de la propiedad). Tras una breve estancia en Zaragoza pide el traslado a Oviedo para ocupar una cátedra de Romano (1883). Hasta la primavera de 1885 está dedicado a la creación de novelas. En invierno de 1885 pronunciará unas conferencias sobre Alcalá Galiano y el período constitucional del 20 al 23 en el Ateneo de Madrid, donde expresa su fe republicana. Más tarde se hace seguidor de Castelar y en 1887, junto a Adolfo Posada, será concejal del Ayuntamiento de Oviedo por el partido posibilista. Poco después publica un ensayo crítico al libro de Víctor Díaz Ordóñez, «La unidad católica», que fue recogido en 1892 en su libro «Ensayos y Revistas», donde se observa un cambio de actitud respecto a la Iglesia católica, mostrándose más cerca de ella aunque guardando las distancias (hay quienes ven en esta etapa una especie de irracionalismo religioso). En esta situación, escribe los prólogos a «Los héroes» de Caryle, algunos de los cuales tienen un evidente sentido irracionalista si bien otros poseen unas características dispares, lo que parece demostrar cierta confusión en su pensamiento. Se mueve en un eclecticismo que concede a la razón, a la experiencia y al sentimiento, un cierto papel. En 1891 pronuncia la lección inaugural del curso de la Universidad de Oviedo, publicada luego como el VIII de sus«folletos literarios» con el título de «Un discurso». En él se hace una reflexión sobre la enseñanza (se muestra partidario de las humanidades clásicas y de la enseñanza religiosa) y una crítica al utilitarismo. Por último, pueden

destacarse los apuntes del curso 1986 en donde se tocan (casi sin modificación respecto de su tesis doctoral y otras publicaciones) temas como las relaciones y diferencias entre Derecho natural y Derecho positivo, el fundamento último del Derecho natural, la libertad, los fines del Derecho, la concepción del Derecho como conducta y no como norma, etc...

(Rafael de Asís Reig)

GARZÓN VALDÉS, Ernesto.

Los deberes positivos generales y su fundamentación.

Doxa, Alicante, n.º 3, 1986, págs. 17-33.

El autor, partiendo de la idea de que los deberes positivos generales «son aquellos cuyo contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) destinatario(s) y tampoco es el resultado de algún tipo de relación contractual previa», estructura el artículo en tres partes. En la primera, que es la más extensa, se detiene a exponer los que considera los cinco argumentos más importantes formulados en contra de la aceptación de los deberes positivos generales y su posible equiparación a los deberes negativos generales: a) la consideración de que mientras que los negativos generales son deberes perfectos (su incumplimiento perjudica a los destinatarios de los mismos y éstos tienen un derecho a exigir su cumplimiento) los positivos generales son imperfectos (su cumplimiento beneficia y nadie tiene derecho a exigir su cumplimiento); b) si los deberes positivos generales fueran perfectos, el deber de ayudar a quien padece hambre, por ejemplo, daría lugar a un derecho genuino cuyo ejercicio «tropezaría, por lo pronto, con dificultades empíricas debido a la escasez de recursos: el deber positivo general de ayuda a los millones de seres que padecen hambre es de cumplimiento imposible y por lo tanto no constituye deber alguno»; c) los deberes positivos generales no pueden equipararse a los negativos generales ya que el no cumplimiento de aquéllos por parte del supuesto obligado deja siempre abierta la posibilidad de que algún otro lo cumpla, evitándose así el mal, mientras que la violación de un deber negativo implica lógicamente un mal (tesis de la opacidad); d) la exigencia del cumplimiento de un deber positivo general, si el número de necesitados es muy elevado, incluso en el caso en que los obligados se comporten como samaritanos mínimamente decentes, se produce un dilema inevitable: es imposible mantener la estructura básica de la moral individual y al mismo tiempo sostener la vigencia de deberes positivos generales; e) los deberes negativos son distintos de los positivos porque los primeros prohíben acciones, mientras que los segundos prohíben omisiones.
En la segunda parte, muestra que las mismas razones que suelen invocarse para la fundamentación de los deberes negativos generales valen también para los deberes positivos generales, de forma que «sería contradictorio aceptar los primeros y rechazar los segundos». Y, finalmente, en la tercera parte, se detiene a mostrar que «los deberes negativos generales tienen que ser complementados con los deberes positivos generales a fin de que un sistema de ética normativa pueda cumplir las funciones pragmáticas que de él se esperan» y, así, dice: los deberes que la ética normativa «importe -sean negativos o positivos- no constituyen un fin en sí mismos sino que tienen un carácter eminentemente instrumental, es decir, asegurar la protección de bienes que se consideran valiosos. Por ello es que la ética no es un lujo o un ejercicio más o menos ingenioso de los filósofos, sino un conjunto de reglas con fines pragmáticos[...]. Pero así como en el plano de la moral individual la creación del Estado lockeano no eximía de la obligación de cumplir los deberes negativos generales, tampoco el establecimiento del Estado social exime de la obligación de cumplir con los deberes positivos generales, cuya justificación es la misma que la de los deberes negativos generales: la protección de bienes que se consideran valiosos. La clase de estos bienes está definida por criterios de coherencia y de equidad; es decir, no es posible excluir de ella arbitrariamente bienes que poseen las características definitorias para ser sus miembros».

(Josep Aguiló Regla)

GINER, Salvador.

La estructura lógica de la democracia.

Sistema, Madrid, n.º 70, 1986, págs. 3-25.

El autor parte, por un lado, del «lamentable estado» en que se encuentra hoy la teoría democrática, caracterizada por una ausencia de acuerdo que no se limita a «lo que cada teórico recomienda para resolver los problemas propios de la democracia, sino que se extiende a su naturaleza misma, así como a las vías propuestas para indagarla y fomentarla» y, por otro, de la conciencia de que el relanzamiento de la teoría democrática «es tarea urgente y en ello va algo más que una satisfacción de tenor académico o estético», pues «la calidad de la vida política real depende en cierta medida de la calidad de nuestro discurso teórico».
En opinión del autor, en la teoría democrática se entrelazan tres distintos universos de discurso: el primero de ellos abarca toda la temática de la teoría clásica de la democracia («conceptos y problemas del poder popular, el gobierno representativo, el individualismo político y la libertad ciudadana» así como «la cuestión de la naturaleza humana y su posible aptitud para la democracia»); el segundo universo, ocupado principalmente por los críticos «realistas» de la teoría clásica, «es aquél en que se relaciona sistemáticamente la teoría democrática con la realidad histórica conocida»; un tercer ámbito, finalmente, «es el que conduce nuestra atención hacia los que podríamos llamar problemas estructurales innatos de la democracia», esto es, «cuestiones inherentes al funcionamiento de toda comunidad democrática, abstracción hecha de condicionamientos externos a la democracia misma». Desde esta perspectiva -en la que se centra la contribución del autor- la democracia aparece «como un sistema de antinomias de cuya solución constante en el proceso político depende su viabilidad». Y ello por cuanto el despliegue práctico de los axiomas básicos en los que se fundamenta el orden democrático genera conflictos entre los mismos que impiden que ninguno de ellos pueda realizarse plenamente. La democracia se presenta, así, como un «haz de contradicciones de lógica política».
Algunas de las contradicciones o antinomias más significativas de «la estructura lógica de la democracia» serían las siguientes: A) *La contradicción del uno y los todos*: es decir, «entre el imperativo de universalidad democrática (la democracia es el gobierno de todos, para todos, por todos) y la necesaria atribución del poder a uno o a unos pocos»; B) *La contradicción del individuo y la coalición*: se trata aquí de la antinomia entre el principio liberal según el cual «el individuo es la unidad componente de la democracia» y «la tendencia natural a la formación de coaliciones» por parte de esos mismos individuos cuando no pueden conseguir individualmente sus fines; C) *La contradicción de la acción colectiva*: la «lógica paradójica» de la acción colectiva reside en que «el individuo racional movido por su propio interés se unirá a una asociación para obtener ciertos beneficios; pero en cuanto ésta alcance cierto tamaño y envergadura, sus propios criterios racionales han de inducirle a dejar esa asociación». De esta forma, los *free riders* tienden a constituir la regla, no la excepción; D) *La contradicción de los intereses fluctuantes*: «la dialéctica entre intereses privados y acción pública domina con sus movimientos pendulares la vida democrática (...). Una fase de compromiso y actividad pública podrá producir otra de retiro hacia la privacidad, pero ésta ha de ser seguida, andando el tiempo, de otra de renovada actividad pública»; E) *La contradicción de la escasez*: el entendimiento de la democracia como «marco adecuado de la igualdad, de la incesante expansión económica y del acceso igualitario de todos los ciudadanos (...) a la naturaleza y a los bienes tecnológicos» entra en conflicto con la escasez de recursos; F) *La contradicción del disenso*, que «proviene del hecho de que la puesta en práctica de la democracia, que es en principio el universo político en el que la expresión de cada cual es equivalente a la de cualquier otro ciudadano, entraña también, y a la vez, la puesta en práctica de la discrepancia universal».

(Juan Ruiz Manero)

La forma de las leyes. (10 Estudios de técnica legislativa)

Ed. Bosch, Barcelona, 1986, 318 págs.

Este libro -el primero de técnica legislativa que se ha publicado en España- trata fundamentalmente los aspectos formales de la técnica legislativa con especial referencia a la legislación catalana. Se estructura en diez capítulos, de los cuales el primero -*Introducción*, elaborado por Pablo Salvador Coderch-, aparte de servir de presentación del volumen, constituye lo que podría llamarse la parte general de la técnica legislativa. Por contra, los nueve restantes están dedicados a la parte especial de la misma y tratan los siguientes temas: *El título de las leyes*, elaborado por Pablo Salvador Coderch; *Preámbulo y disposiciones directivas*, por Miguel Martín Casals; *La promulgación y la fecha de las leyes*, por Carles Viver i Pi-Sunyer; *División de las leyes*, por M.ª Teresa Castiñeira Palou; *La parte final de las leyes*, por Carles Viver i Pi-Sunyer; *Las leyes modificativas*, por M.ª Teresa Castiñeira Palou; *Las remisiones*, por Pablo Salvador Coderch; *Reglas de citas*, por Pedro Kirchner y P. F. Andúgar; y *La publicación de las leyes*, por Pablo Salvador Coderch.
Finalmente, el libro recoge dos últimos apartados: uno, -*Directrices*- compendia, a modo de conclusiones, un conjunto de recomendaciones de carácter técnico (formal y conceptual) que no prescriben nada acerca del contenido de las normas a elaborar, sino, más bien, acerca de su forma, nombre, sistemática, estructura, etc.; otro, suministra el listado de toda la legislación de la *Generalitat de Catalunya* hasta septiembre de 1985.

(Josep Aguiló Regla)

GONZÁLEZ VICÉN, Felipe.

El neokantismo jurídico axiológico.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 3 (Nueva época), 1986, págs. 250-280.

Continuando la serie de trabajos sobre el neokantismo, en este artículo González Vicén se centra en el estudio del neokantismo jurídico axiológico, en «la llamada Escuela de Baden o también Escuela sud-occidental alemana». Así, constata que dicha Escuela comparte con las demás ramas del neokantismo dos rasgos principales: uno, «la consideración de Kant como la cima de la especulación filosófica occidental y el gran indicador de caminos para la reflexión subsiguiente»; otro, «es la lectura, no histórica, sino, pudiera decirse, sistemática de la obra kantiana de tal manera que le sirva de base y punto de arranque para una filosofía propia». Sin embargo, «mientras que la Escuela de Marburgo... ve en la teoría del conocimiento, y consecuentemente en la *Crítica de la razón pura* la esencia y el centro de gravedad de la filosofía kantiana, el neokantismo sud-occidental ve esa esencia y ese centro de gravedad en la idea de una teleología universal a la que Kant dio expresión inacabada en la *Crítica del juicio*».
Más adelante, después de una detallada caracterización de esta Escuela, González Vicén, se detiene en el estudio de sus más notables representantes: Emil Lask, Gustav Radbruch, Fritz Münch y Max Ernst Mayer.
Finalmente, concluye: «La filosofía de los valores es una ideología de la clase dominante en la sociedad actual. La sociedad de nuestros días es una sociedad impregnada éticamente por la tradición secular de un cristianismo moralizante y autoritario, en la que se han apagado hasta los últimos ecos de las grandes revoluciones burguesas del siglo pasado... En esta sociedad la dominación no puede ya fundamentarse en ideologías económicas, pintando como antaño con vivos colores, tal y como si fuera la única posible forma de producción en la que se basaba la explotación. Las ideologías de la dominación tienen ahora que moverse en el campo de las ideas. La clase dominante postula como puntales y fundamentos de su mundo una serie de nociones absolutas a las que se atribuye validez intemporal: la justicia, la bondad, la verdad. No se trata de que tales nociones existan efectivamente, ni menos aún, de que determinen de hecho, reales o pensadas, el comportamiento de la clase que las invoca. De lo que se trata es de rodear a esta clase de un aura superior. Los mismos juicios de valor... se convierten en instrumentos ideológicos decisivos... 'El interés preside todos nuestros juicios', escribía uno de los más agudos filósofos ilustrados, y el interés reside aquí en que la ideología de la clase dominante se haga la forma natural de pensar de toda la sociedad».

(Josep Aguiló Regla)

GONZÁLEZ VICÉN, Felipe.

Entrevista con Felipe González Vicén (realizada por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero).

Doxa, Alicante, n.º 3, 1986, págs. 317-325.

En esta entrevista realizada por M. Atienza y J. Ruiz Manero, González Vicén responde a 7 preguntas que le dan pie para referirse a un conjunto de cuestiones diversas que abarcan temas relacionados con su biografía académica, su preferencia por el pensamiento alemán, el desplazamiento del interés de las nuevas generaciones de filósofos del Derecho del pensamiento alemán al pensamiento anglosajón, la situación actual del pensamiento alemán, la teoría del Derecho a la que se encuentra más próximo, sus tesis sobre la obediencia al Derecho, la influencia de Marx en su obra, la supuesta superación en

la teoría del Derecho del positivismo jurídico, etc.

(Josep Aguiló Regla)

GONZÁLEZ-TABLAS Y SASTRE, Rafael.

Necesidades y valores. Su fundamentación antropológica mediante una explicación heurística.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 3, 1986, págs. 433-447.

En el desarrollo del tema, el autor se detiene en los siguientes puntos: 1) Introducción. 2) La sociabilidad como característica inespecífica. 3) La consecución del lenguaje, auténtico salto diferenciador en la evolución del hombre. 4) El comportamiento instintivo, una necesidad natural. 5) La naturaleza material de las necesidades naturales. 6) La progresiva toma de conciencia de las necesidades naturales. 7) Las necesidades necesarias, un producto cultural. 8) Los primeros principios o universales de una cultura. 9) El sentimiento, la razón y el concepto de «deber ser». Y 10) La filosofía de la experiencia jurídica: el derecho natural como valor.
Finalmente, el autor escribe: «A lo largo de todo el trabajo se ha pretendido dejar claramente señalado la estrechísima relación de dependencia entre el hombre y sus propias creaciones. El Derecho, como los valores, los primeros principios o los principios universales de una cultura tienen su origen y dependen del ser del hombre. De su racionalidad, de la riqueza de su lenguaje que hace posible tanto el discurso como la memoria histórica. «Pero no debemos olvidar que la humana condición depende de la madre Naturaleza, que en continua oposición al incremento de la «entropía», hizo que la casualidad (por ahora no disponemos de mejores explicaciones), condujese la evolución del hombre hacia la sociabilidad. Hacia la adopción de unas conductas que hacen posible la existencia del grupo humano.
«Es un "hecho" incontrovertible que el grupo humano no puede escapar a su ontología. Sus necesidades naturales son el origen y primer fundamento (dicho en sentido diacrónico) del grupo, o lo que lo mismo, de sus necesidades necesarias. De aquí, que el salto se deba también a la ontología del ser humano, cuando su racionalidad (en términos colectivos e históricos), se proyecte y por inducción llegue a concebir el "Derecho justo", el "Derecho de la sociedad ideal", es decir, en la cultura occidental el "Derecho natural" [...]. Como se puede observar, la Naturaleza proporciona el marco y algunas de las condiciones con las que se va a desarrollar el juego; luego, es el hombre y su historia el protagonista. Con ello queda bien sentado que estamos muy lejos de incurrir en la "falacia naturalista", aunque siempre tengamos presente que las leyes descritas por las ciencias físicas afectan a toda la materia y energía existente en el Universo».

(Josep Aguiló Regla)

GUISAN, Esperanza.

Ética y Política en Hobbes.

Revista de Estudios Políticos, Madrid, n.º 50, 1986, págs. 143-178.

La autora propone buscar en Hobbes -a quien considera un «empirista ético no falaz»- las bases para construir una teoría moral que evite «a un tiempo el dogmatismo secular que hemos padecido, y el nihilismo, escepticismo o relativismo metodológico contemporáneo en lo que a valores morales se refiere» y nos permita alcanzar unas cotas mínimas de racionalidad en los planteamientos ético-políticos. Para ello estudia en la obra de este autor, los requisitos que considera que debe reunir una «teoría empirista de la política y/o la moral»:

I. Se parte de un «es» peculiar y específico: Hobbes deriva su ética de una naturaleza *socializada* (aquí radica la peculiaridad). Aunque en ocasiones parece haber subjetivismo en el pensamiento de este autor, esto sólo es así respecto al «estatuto premoral» -es decir, en el Estado de Naturaleza- de los conceptos «bueno» y «malo»; si otras veces parece que esta ética confunde lo que es justo con lo que está mandado, hay que tener en cuenta que Hobbes distingue entre justicia y equidad: el soberano no puede cometer injusticia, pero sí inequidad (la equidad depende de la adecuación a los «mandatos naturales»).

Se ocupa la autora también en este apartado de «las leyes de la naturaleza», que constituyen el primer estadio de la moralidad. Estos «no son meros consejos prudenciales para sobrevivir», en su opinión, sino una moral empírica. Su punto de partida es el autointerés del individuo en sociedad, que le lleva a evitar «la guerra de todos contra todos». Se pueden resumir las diecinueve leyes en el principio «no hagas a otro lo que no quieras que te hagan a ti». Estas leyes requieren el respaldo del poder para asegurar su cumplimiento por todos; así, moral y política se complican en Hobbes, «pero más que de un reduccionismo de la moral a lo legal o lo político, parece que en algún sentido se trata (...) de una subsunción de lo legal y lo político en lo moral».

II. De este «es» se sigue un «debe», ya que existe, para la autora, una «base empírica que en combinación con el principio de imparcialidad, que se desarrolla a través de las diecinueve leyes de la naturaleza, produce normas genuinamente morales». Se plantea si este paso es válido, concluyéndose que no lo es desde un punto de vista estrictamente lógico, pero sí desde el punto de vista más amplio de la racionalidad, ya que las premisas «a) Los hombres tienen ciertos deseos y aversiones para cuya realización es necesaria la paz. b) El establecimiento de la paz requiere pactos de confianza mutua. e) El error y la injusticia moral se derivan de la ruptura de estos pactos»; «proporcionan» una buena razón para que exista el deber de cumplir estos pactos.

Una vez establecida la conexión racional entre naturaleza humana y deberes y derechos, la autora se pregunta por «la validez de los contenidos de la argumentación hobbesiana», concretamente si existe un concepto discernible de naturaleza humana y si éste será universalmente válido. Sea como sea, la visión pesimista que Hobbes tiene del hombre hace que concluya en la necesidad del poder soberano absoluto (cuyos defectos y peligros son «un mal menor» frente a «la guerra de todos contra todos»).

III. Se pretende la objetividad de las normas éticas, lo que distingue el pensamiento de Hobbes de teorías modernas que propugnan una moral pactada. Hobbes creía aplicable el método usado por Galileo, resolutivo-compositivo, que constaba de dos partes: la primera consistente en llegar a proposiciones básicas más simples, y la segunda consistente en construir las más complejas a partir de las más simples».

«Por supuesto -concluye la autora-, el optimista sueño de Hobbes era demasiado bueno para ser verdad», sin que por ello deba menospreciarse su obra.

(Francisco López Ruiz)

GUISAN, Esperanza.

Razón y pasión en Ética. Los dilemas de la ética contemporánea (prólogo de J. Ferrater Mora).

Ed. Anthropos, Barcelona, 1986, 362 págs.

El libro comienza delimitando y caracterizando el ámbito de la Ética. Según la autora, lo «moral» afectaría a «1) aquello que es vitalmente importante; 2) aquello que es fuente de conflictos; 3) aquello que genera conflicto entre deseos interindividuales diversos; 4) aquello que es socialmente modelable; aquello que es susceptible de ser normado en sentidos divergentes; y 6) aquello que es susceptible de crear, hasta ciertos límites, exigencias de responsabilidad de los agentes». Estudia a continuación la autora el tema de «*La libertad y la responsabilidad moral*», teniendo presentes las distintas opiniones que se han propuesto sobre este tema a lo largo de la historia, desde la antigua Grecia hasta el existencialismo.
La segunda parte del libro, bajo el epígrafe genérico «*Posibilidad y límites de la ética*», aborda en primer lugar, el tema del relativismo ético, poniendo especial énfasis en destacar una serie de postulados que tradicionalmente se catalogan bajo esa denominación pero que no necesariamente pertenecen a tal relativismo, entendido éste como una ética normativa. En la oposición absolutismo/relativismo, el punto de vista de la autora es que los valores son una creación social, pero ello no obsta para que si tenemos que vivir en sociedad «es de esperar un mínimo de objetividad y permanencia de un mínimo de valores que se mantengan como sustrato común a través de los cambios históricos coyunturales». «*Ética y Religión*» es otro de los apartados que integran esta segunda parte del libro. Las relaciones de diverso tipo (históricas, ontológicas, etc.) entre ética y religión son analizadas por la autora partiendo de la idea de que «existe una diferencia sustancial entre ética y religión: La primera versa sobre dogmas creídos, la segunda es una disciplina racional que trata de suministrar razones en favor o en contra de los principios que propone». Para la autora, no hay una relación lógica necesaria entre religión y moral. «*Ética y Derecho*» constituye el otro epígrafe que compone esta segunda parte, donde se analiza siguiendo a Hart, aquellos rasgos semejantes que comparten las normas jurídicas y las morales. La autora muestra sus preferencias por el positivismo metodológico de Hart, contraponiéndolo con el iusnaturalismo y con el positivismo ideológico.
La tercera parte del libro, «*El puesto de la razón en la ética*», es un análisis de los planteamientos éticos de los herederos de Comte y Marx, neopositivistas como Carnap y Schlik y marxistas como Kautsky, Bauer o heterodoxos como Habermas. El epígrafe «*Relativismo metodológico*», toma como punto de partida la obra de Moore; revisa luego críticamente el imperativismo de Ayer y el emotivismo de Stevenson. Posteriormente, y como prolongación de este epígrafe y con el título «*Racionalidad y emotividad*», se da entrada a los planteamientos lógico-lingüísticos de Hare y Searle, teniendo como telón de fondo el binomio emotividad/racionalidad. «*Del emotivismo al método de la rectitud cualificada*» es el epígrafe con que concluye la tercera parte del libro. La cuarta parte del libro, «*La base natural de la ética*», gira en torno a problemas que de algún modo, se vinculan a la dicotomía es/debe.
Concluye el libro con un extenso apéndice que bajo el rótulo de «*Utilidad y Justicia*», tiene dos núcleos básicos: «*cómo ser un buen hedonista*», donde tras someter a critica la doctrina de Kant de la «felicidad general», se preconiza «un hedonismo universal» a partir de los supuestos asumidos por la autora; y bajo el título «*la justicia como felicidad*», se subraya el hecho de que tal idea se remonta a la República de Platón.

(Francisco López Ruiz)

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael.

Historia de la filosofía del Derecho contemporáneo.

Ed. Tecnos (Col. Biblioteca Universitaria), Madrid, 1986, 357 págs.

En esta obra se exponen, en el orden en que son mencionadas, las doctrinas de los siguientes autores, escuelas o movimientos: escuela histórica del Derecho, jurisprudencia de conceptos de R. v. Ihering, H. Kelsen, A. Ross, jurisprudencia analítica inglesa, filosofía jurídica neokantiana, jurisprudencia de intereses, movimiento del Derecho libre, realismo jurídico y sociologismo jurídico.
Como se puede apreciar, las exposiciones no siguen el orden cronológico. Las doctrinas están ordenadas en atención, ante todo, a la posición que representan respecto a un núcleo de problemas seleccionados como los más importantes de la filosofía jurídica.
Dichos problemas, de carácter ontológico-jurídico, se agrupan en tomo al tema de la naturaleza del Derecho, siendo la cuestión más básica de todas la de si las normas jurídicas son entidades ideales, o bien entidades factuales. Las respuestas a esta cuestión permiten distinguir dos grandes grupos de doctrinas: idealistas y factualistas, siendo idealistas todas las mencionadas, a excepción de las realistas y sociologistas, que son factualistas.
Para ordenar las doctrinas, también se ha prestado atención a si éstas contemplan o no las normas jurídicas, en relación sea a otras normas jurídicas, sea a entidades no jurídicas.
Doctrinas idealistas que afirman la existencia de relaciones entre las normas jurídicas y conciben, en consecuencia, el Derecho como un sistema son las doctrinas de la escuela histórica del Derecho, de R. v. Ihering (en cuanto representante de la jurisprudencia de conceptos), de H. Kelsen y, en cierto sentido, la última filosofía jurídica de A. Ross. De estas doctrinas, la primera es iusnaturalista y las otras tres iuspositivistas.
También son iuspositivistas la jurisprudencia analítica inglesa, la filosofía jurídica neokantiana, la doctrina de la jurisprudencia de intereses y la del movimiento del Derecho libre, siendo normativista la primera de ellas y no así las restantes.
Las doctrinas realistas contemplan las normas jurídicas como hechos (lingüísticos) relacionados con entidades no jurídicas (económicas, sociales, psíquicas, etc.) y son divididas entre las que contemplan el Derecho como causa de ciertos efectos y las que contemplan el Derecho como efecto de ciertas causas.
Como doctrina sociologista sólo se expone, brevísimamente, la de Th. Geiger, después de rechazar la inclusión de la E. Ehrlich en el sociologismo.
A la luz de estos planteamientos, casi todas las doctrinas son contempladas de forma distinta a como lo había hecho hasta ahora la historiografía filosófico-jurídica.
Los distintos calificativos utilizados para clasificar las doctrinas («iusnaturalismo», «iuspositivismo», «realismo jurídico», «sociologismo jurídico», «normativismo», etc.) son definidos con rigor y, en algún caso (concretamente, a propósito de los términos «positivismo jurídico» y «realismo jurídico») se discuten otras definiciones de los mismos. Se muestra además que cada una de las doctrinas expuestas presenta las características definitorias del calificativo que le ha sido aplicado.
Para realizar las definiciones de dichos calificativos se expone previamente, en los capítulos introductorios, una doctrina ontológico-jurídica, basada a su vez en la doctrina ontológica dominante en la filosofía actual.
Casi cada capítulo contiene un apartado dedicado a realizar observaciones críticas relativas a la doctrina expuesta en el mismo. Y el último capitulo se destina a criticar, desde los puntos de vista de la doctrina ontológica expuesta en el capítulo primero, las tesis compartidas por varios autores o escuelas, mostrando que la única filosofía jurídica acorde con la filosofía actual es la filosofía jurídica realista.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael.

Ficciones jurídicas.

Doxa, Alicante, n.º 3, 1986, págs. 141-147.

La primera parte de este artículo versa sobre las ficciones legales y la segunda sobre las entidades jurídicas ficticias. Respecto a las ficciones legales, la tesis sostenida es que son disposiciones cualificatorias, disposiciones que atribuyen una cualificación a todas las entidades pertenecientes a una clase determinada. La diferencia entre las ficciones legales y otras disposiciones cualificatorias (como definiciones, nombramientos, etc.) consiste en que las ficciones legales, si fueran aserciones (cosa que en realidad no son) serían patentemente falsas.
Después de un análisis de la disposición legal que establece la ficción de que el concebido es nacido para todos los efectos que le sean favorables, se realiza una comparación entre las ficciones legales y las remisiones legales. El primer paso consiste en distinguir dos tipos de remisiones legales: remisiones en el supuesto de hecho y remisiones en la consecuencia. Las primeras no tienen nada que ver con las ficciones, pues, a diferencias de éstas, las remisiones en el supuesto de hecho pueden ser tanto disposiciones prescriptivas, como disposiciones cualificatorias. En cambio, respecto a las remisiones en la consecuencia, se sostiene la tesis de que son una especie de ficciones (una tesis que en la actualidad me parece falsa).
La segunda parte del trabajo comienza con la distinción, debida a J. Bentham, entre dos tipos de entidades jurídicas ficticias: unas, que deben ser eliminadas absolutamente del pensamiento jurídico (como el Derecho natural, los principios jurídicos o el Derecho consuetudinario), y otras (obligaciones, derechos o la intención del legislador), que deben ser eliminadas mediante paráfrasis. El artículo finaliza con la aplicación de la técnica de la paráfrasis a dos ejemplos, mostrando cómo se eliminan, mediante dicho procedimiento, las entidades ficticias de la segunda categoría, concretamente, las obligaciones y la voluntad del legislador. De esta manera, se puede sostener a la vez que las expresiones que (supuestamente) se refieren a dichas entidades carecen de denotación (en contra de lo que tradicionalmente se ha creído y todavía se sigue creyendo por la mayoría de los autores), aunque no por ello hay que concluir que dichas expresiones, o las oraciones en las que las mismas aparecen, carecen de sentido (dicho sea en contra de lo sostenido por los realistas escandinavos).

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael.

Métodos jurídicos.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 3, 1986, págs. 183-190.

El artículo se ocupa del «método jurídico», en algunos de los diversos sentidos en que se usa esa expresión en el pensamiento jurídico: al tratar de la interpretación del Derecho, en el tema de la aplicación del Derecho y a propósito de las denominadas «disputas metodológicas».
La doctrina de la interpretación ofrecida pretende ser *descriptiva*, pretende describir qué es la interpretación. El punto de partida es lexicográfico: interpretar una expresión es atribuirle sentido. Y, según W. V. Quine, atribuimos sentido a una expresión citando un sinónimo de la misma. Luego, un enunciado interpretativo (un enunciado que atribuye sentido a una expresión) es un enunciado asertivo o descriptivo, que afirma la existencia de una relación de sinonimia entre dos expresiones. Así pues, los enunciados interpretativos son aserciones, enunciados susceptibles de verdad o falsedad. Las

consecuencias que se deducen de las tesis anteriores son opuestas a las doctrinas y concepciones usuales en materia de interpretación.
En el tema de la aplicación del Derecho, la tesis defendida no es que la aplicación del Derecho es un proceso racional (deductivo o no), ni irracional, sino que el acto del juez de dictar una sentencia en aplicación de una ley o norma general es una forma de eficacia de las normas jurídicas (aunque habría sido preferible decir «cumplimiento», en lugar de «eficacia»). De ello se deduce que aplicación e interpretación del Derecho son actividades independientes: puede existir una sin la otra.
Respecto a las «disputas metodológicas», el artículo pone de relieve algunos rasgos de la ciencia jurídica, en los que unos u otros de los participantes en la actual disputa de métodos creen ver la peculiaridad científica de ciencia del Derecho (naturaleza normativa o práctica, falta de control empírico de los enunciados de la dogmática jurídica, violación, ignorancia o abandono de la lógica, etc.). Y finalmente se observa que dichos rasgos, no sólo no son garantía de cientificidad, sino que, al contrario, convierten la ciencia jurídica en una actividad, parcialmente al menos, no científica e incluso no cognoscitiva.

HERVADA, Javier.

Escritos de Derecho Natural.

Eunsa, Pamplona, 1986, 677 págs.

El presente volumen, que constituye una recopilación de «artículos y escritos breves» sobre Derecho Natural que el autor ha elaborado a lo largo de más de cinco lustros de dedicación a la «ciencia del Derecho Natural», está integrado por los siguientes trabajos: «Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho Natural»; «Los trasplantes de órganos y el derecho a disponer del propio cuerpo»; «Notas sobre la noción de Derecho Natural en Graciano»; «Derecho Natural, democracia y cultura»; «La identidad del matrimonio»; «Lo nuevo y lo viejo en la hipótesis *etiamsi daremus* de Grocio»; «Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho»; «Esencia del matrimonio y consentimiento matrimonial»; «Consideraciones sobre la noción de matrimonio»; «Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica»; «Diez postulados sobre la igualdad jurídica entre el varón y la mujer»; «Libertad, autenticidad y Derecho natural»; «El matrimonio. Lo que es y lo que no es el amor conyugal»; «El comienzo del derecho a la vida en la Declaración Universal de Derechos Humanos»; «¿Médicos o técnicos del cuerpo humano?»; «El Estado que se creyó golondrina»; «La nueva ley sobre trasplante de órganos»; y «La ley del divorcio es una ley injusta».

(Josep Aguiló Regla).

IGUARTUA SALVAVERRÍA, Juan.

Sobre «principios» y «positivismo legalista».

Revista Vasca de Administración Pública, Oñati, Guipúzcoa, n.º 14, 1986, págs. 25-41.

El objeto de este trabajo se puede delimitar por vía negativa, no se trata de averiguar cuál es el estatuto lógico u ontológico de los «principios», sino de averiguar cuál es su ubicación en el conjunto de un sistema jurídico. Enumera el autor siete usos en los que la expresión «principios del derecho» se ha usado: 1) «para aislar rasgos o aspectos importantes de un orden jurídico que no podrán faltar en una descripción suficientemente informativa de él»; 2) «para expresar generalizaciones ilustrativas obtenidas a partir de reglas del sistema»; 3) «para designar aquellas normas de un sistema de derecho positivo revestidas de un carácter fundamental»; 4) «para referirse a las consecuencias lógicas de un grupo de normas inscritas en el ámbito de un sistema de derecho positivo»; 5) «para calificar a las reglas que formulan algunos objetivos generales a los que sirve el sistema de derecho positivo»; 6) «para identificar reglas de naturaleza suprasistemática que se inducen mediante una comparación generalizante entre distintos sistemas de derecho positivo»; 7) «para aludir a las reglas de derecho natural que se fundan en la aceptación vinculante de criterios de justicia, equidad, etc., no necesariamente extraídas de ninguna investigación comparativa».
El autor centra su atención en lo que considera «principios-normas» dentro de los cuales distingue: principios positivos de derecho (PID), principios implícitos de derecho (PID) y principios extrasistemáticos de derecho (PED), para a continuación distinguir cuatro tipos de sistemas de derecho: «Sistema jurídico de normas emanadas (SJNE); éste se compone «en exclusiva de normas emanadas válidamente. En este sistema tan estricto sólo caben los (PPD)».
«El sistema jurídico de las consecuencias formales (SJCF)» que son las normas que se añaden a SJNE, es decir, las consecuencias formales de las normas válidamente emanadas. «Los (PID) encuentran sitio, naturalmente, en semejante sistema».
«El sistema jurídico de las consecuencias interpretativas (SICI)», supone una ampliación de (SJNE) y de (SJCF); es decir, el sistema jurídico se amplía con la inclusión de las consecuencias interpretativas. Son válidas las normas construidas en el proceso de interpretación de las normas contenidas en (SJNE) y (SJCF); aquí cabría igualmente la integración de los (PID). «El sistema jurídico de principios, políticas y otros estándars (SJPP), lo conforma el sistema de reglas que en (SJNE) y (SJCF) se consignan como obligatorias (moral, costumbres, etc.)». «Aunque por su obviedad parezca inútil», advierte el autor que «a los (PED) no se les reconoce carta de naturaleza en (SJNE), (SJCF), (SJCI) y (SUPP)».
Para el «positivismo legalista», los (PID) podrían ser admitidos dentro de (SJNE)». Advierte finalmente el autor, que un «legalista también estaría dispuesto con la mayor docilidad la teoría que inscribe en el sistema jurídico todos aquellos principios, (SJPP) a que se refieren las normas de los sistemas (SJNE), (SJCF) y (SJCI)».

(Francisco López Ruiz)

JIMÉNEZ REDONDO, Manuel.

Precisiones sobre Rawls.

Doxa, Alicante, n.º 3, 1986, págs. 259-288.

En el número 2 de la revista Doxa publicó Adela Cortina Orts un artículo titulado «La justificación

ética del Derecho como tarea prioritaria de la filosofía política. Una discusión desde J. Rawls» (páginas 129-147). Partiendo de este artículo escribe Jiménez Redondo estas «Precisiones sobre Rawls», a veces en tono de crítica respecto a algunas interpretaciones sostenidas por A. Cortina, pero centrado esencialmente en la perspectiva rawlsiana de la justificación de una concepción de la justicia como «tarea social práctica», antes que como tarea epistemológica o metafísica, y en las consecuencias de tal perspectiva. En definitiva, las cuestiones centrales son: ¿cuál es la tarea fundamental de la ética para Rawls? y ¿por qué es una «tarea social práctica» tal tarea fundamental?.

El propio Rawls nos contesta al primer interrogante: «la de si existe o no existe un procedimiento de decisión para validar o invalidar reglas morales dadas o propuestas y aquellas decisiones tomadas sobre la base de ellas». Se trata, pues, de establecer un procedimiento ético-político de decisión que nos permita formular un concepto de validez, de «objetividad» (en la terminología de Rawls). ¿Por qué es ésta una «tarea social práctica?». Porque la teoría de la justicia de Rawls no pretende ser verdadera, sino que «pretende convencer a los ciudadanos de las sociedades democráticas de que, dada la comprensión que tienen de si como iguales y libres, pese a las diferencias que los dividen acerca de cómo traducir a instituciones básicas tal comprensión, escarbando en ella es posible encontrar una base de acuerdo que pueda resultar aceptable para todos». Se trata de una tarea que podemos calificar de política, «algo que no se presenta con la pretensión de ser verdadero, sino sólo con la pretensión de allanar diferencias».

Al adoptar este punto de vista, Rawls puede prescindir de cualquier teoría de la verdad (sin que ello signifique escepticismo ante ideas religiosas, morales o filosóficas, sino más bien escepticismo acerca de la posibilidad de llegar a un acuerdo sobre ellas). Por ello no puede compararse su obra con la filosofía kantiana contemporánea. Entendiendo así a Rawls, el autor de este artículo comenta el concepto de objetividad en la obra de éste (teniendo en cuenta que la objetividad no puede significar coincidencia con nuestros principios, para no reducirla a «expresión de las convicciones morales de los individuos»), el concepto de equilibrio reflexivo (precisando a A. Cortina que es un estado, no un método) y la consistencia y la adecuación de la construcción de Rawls, es decir, si se encuentra libre de contradicciones internas y si efectivamente traduce los principios de un Estado democrático moderno.

Respecto a la consistencia encuentra el autor incompatible afirmar que uno de los intereses supremos de los «habitantes de la posición original» es el de desarrollar un sentido de justicia y el hecho de que tales habitantes de lo imaginario actúen como «egoístas racionales cuyos cálculos se orientan a la consecución de lo que consideran su bien». Respecto a la adecuación de los principios a los de un Estado democrático el problema radica en que las convicciones y tradiciones de las que parte Rawls como propias de tal Estado son tomadas como dadas («as given»), lo que puede conducir a que sean incompatibles (al menos eso puede sospecharse tras Nozick). Por ello la filosofía política debería partir de una formulación teórica de tales principios. Rawls, no obstante opina que esa no es hoy la labor de la filosofía política. ¿Es factible, entonces, una filosofía política? «Es posible que hoy sólo quepa pensar en una filosofía política dentro de las ciencias sociales, es decir, como sociología crítica».

(Daniel González Lagier)

KAUFMANN, Arthur.

Qué es y cómo «hacer justicia». Un ensayo histórico-problemático.

Persona y Derecho, Pamplona, n.º 15, 1986, págs. 13-30.

Para el autor, las dos preguntas fundamentales de la filosofía del derecho son qué es el derecho justo y cómo podemos reconocerlo haciéndolo realidad. «Durante mucho tiempo -nos dice el autor- se creyó

que estas preguntas [...] podían plantearse y recibir respuestas por separado. El derecho justo -o sea, la justicia, fuera ésta lo que fuese- se presentaba como un objeto substancial que se oponía a nuestro pensamiento y había de ser captado por el sujeto en su pura calidad de ser-en-sí, es decir, sin mezclarse con ningún elemento subjetivo. Tal fue el ideal de la ciencia de la Modernidad, orientada por el modelo de las ciencias naturales».

«Pero la época moderna -continúa el autor- llegó a su fin y en la teoría de la ciencia se reconoce hoy que el mundo no puede ser considerado y juzgado exclusivamente según criterios y categorías científico-naturales. Ni siquiera en dicho ámbito son siempre posibles los resultados objetivos. Esto vale todavía más para las ciencias comprensivas -entre las que se encuentra la ciencia del derecho-; en ellas el esquema sujeto-objeto es erróneo desde el principio. En la ciencia jurídica -y más aun en la filosofía del derecho- no existen conocimientos que no se vean acuñados por quienes se ocupan del derecho, y en ellos interviene siempre (aunque no únicamente) un momento creador: el 'conocimiento' del derecho tiene, pues, siempre algo de 'conformación' del derecho. Más claro aun: el derecho material-positivo surge sólo en un proceso de realización de lo jurídico [...]. Tampoco existe la justicia al margen de los veredictos de justicia, que contienen siempre un momento racional y otro emocional. Desde esta perspectiva, el cómo de nuestro proceso de reconocimiento y de nuestros juicios reviste una importancia incomparablemente mayor que en el modelo substancial-ontológico».

A partir de este planteamiento, el autor entabla una discusión histórico-problemática («No me interesa -dice- la historia de la filosofía del derecho como tal, sino como historia de problemas; lo que nos mueve es un interés filosófico, no un interés histórico-filosófico ni científico-filosófico) que abarca desde autores de la antigüedad hasta autores contemporáneos.

(Josep Aguiló Regla)

LACLAU, Martín.

La problemática de los derechos humanos en la filosofía de Kant.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, n.º 26-27, 1986-1987, págs. 203-215.

Para el autor la filosofía kantiana constituye uno de los campos más ricos para la reflexión sobre los derechos del hombre. La tesis kantiana de la libertad como único derecho innato del hombre debe vincularse a las grandes tesis de su filosofía práctica. La ley universal constituye para Kant el principio supremo de donde podemos deducir los diversos deberes y enjuiciar moralmente un comportamiento. Llega a la conclusión de que para que los seres racionales puedan juzgar sus acciones conforme a máximas que puedan servir como leyes universales esta ley debe ser conectada a la voluntad de un ser racional puro que no puede perseguir fines de naturaleza relativa. Sólo si tiene un valor absoluto puede ser el fundamento de un imperativo categórico. Para Kant si existe un principio práctico supremo y un imperativo categórico debe tratarse de algo que sea un fin para todos los individuos por ser un fin en sí mismo. Los fines subjetivos no son considerados por la moral racional. Para Kant ese fin objetivo no puede ser otro que la naturaleza racional en sí misma. De ahí la definición de imperativo categórico entendido como fórmula del fin en sí. El valor de un ser racional radica en su autonomía. En la medida en que escoge la ley formal universal la voluntad afirma su autonomía, pero si se deja dominar por motivaciones empíricas el arbitrio se toma dependiente de una causalidad derivada de leyes naturales que le son ajenas. Es la posibilidad de escoger entre diversos comportamientos la que posibilita hablar de moralidad en el caso del hombre. En consecuencia, proclama el libre arbitrio como *ratio essendi* de la moralidad. Ello le lleva a formular el imperativo categórico mediante la fórmula de la autonomía y la del reino de los fines. Estas formulaciones del imperativo categórico se refieren a un ser racional puro. El criterio que ha de servir para determinar el valor moral de un comportamiento singular y empírico se halla expuesto en la fórmula del imperativo categórico que se refiere a la ley de la naturaleza.
Kant también establece una diferencia entre libertad interna -propia de la moral- y libertad externa -propia del campo del derecho-. El hombre es libre en sentido moral en la medida que adecua su comportamiento a las leyes que la razón le dicte. La libertad jurídica se refiere a la exterioridad de su comportamiento. Para Kant, un sistema jurídico será justo en la medida en que los individuos posean una esfera de libertad dentro de la cual puedan desarrollar su personalidad. A continuación distingue entre derechos innatos y adquiridos y considera a la libertad como único derecho innato. El Estado de Derecho ha de asegurar la libertad de todos los individuos.

(Francisco Uría Fernández)

LOMBARDI VALLAURI, Luigi.

Las biomanipulaciones: Cuestiones éticas y jurídicas.

Persona y Derecho, Pamplona, n.º 15, 1986, págs. 85-98.

«En el panorama casi ilimitado de las manipulaciones biológicas -dice el autor-, me limitaré a las operadas sobre el hombre antes del nacimiento, problema 'minúsculo', inicialmente casi invisible, pero crucial, porque se refiere muy de cerca a la identidad, no sólo del hombre, sino del universo mismo en el hombre [...]. La biotecnología, de ahora en adelante tendrá siempre más medios para ayudar a la vida, y siempre menos razones para hacerlo; puede hoy organizar el reparto de flecos rosas

o celestes para los nacimientos, y el reparto de flecos negros para los abortos, mañana el reparto de reanimación y el reparto de eutanasia, imparcialmente, en el mismo hospital».
A continuación, sobre este trasfondo, el autor clasifica las manipulaciones biológicas prenatales en torno a los momentos de la fecundación, gestación, paternidad y maternidad, supresión de embriones (aborto, embrionicidio, embriotrofia letal), de la experimentación con los embriones, y del salvamento de embriones, embrioterapia. «Frente a este panorama de manipulaciones pensables, no pocas ya realizadas o fácilmente realizables, el jurista consciente no puede intervenir sin referirse a algún modelo o sistema de valoración ética. Los principales son: a) en lo que concierne al embrión en sí considerado, el nihilismo, el utilitarismo y el humanismo metafísico; b) en lo referente a las relaciones sexuales y de parentesco, el individualismo, el colectivismo y el familiarismo personalista [...]. En la práctica, pero no por casualidad, el humanismo metafísico y el familiarismo personalista han venido reuniéndose en aquél único modelo que desde hace tiempo ha sido llamado 'moral o derecho natural'».
A continuación el autor se detiene en algunos principios que pueden extraerse de este modelo y de las cautelas y mediaciones que deberán instituirse si se quieren traducir dichos principios en normas de derecho positivo.

(Josep Aguiló Regla)

LÓPEZ, Ángeles.

Consideraciones históricas del kantismo en España (Primeras manifestaciones).

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 3 (Nueva época), 1986, págs. 399-415.

El artículo -dividido en dos partes: «Perspectiva histórica» y «Kant en la filosofía española decimonónica»- se inicia con unas notas históricas sobre la introducción de la Ilustración en España destacando, por un lado, el papel jugado en este sentido por Carlos III y mostrando, por otro lado, como la ilustración si bien «afectó sólo a una minoría privilegiada de españoles, vino de la mano de Francia (Enciclopedia, teorías de Rousseau y Montesquieu, el sensualismo, el jansenismo y los fisiócratas), de Inglaterra (Locke, liberalismo económico de Adam Smith, el científico de Bacon y la poesía de Pope y Young) e Italia (ideas políticas, jurídicas de Beccaria, pedagógicas de Pestalozzi)», mientras que la influencia del pensamiento ilustrado alemán fue fragmentaria e insuficiente; y, así, dice, «Sólo hacia 1820, el nombre de Kant y algunas referencias sobre su obra, empieza a sonar a través de la prensa especializada. Sin embargo, será hacia 1870 (fecha en que 'la vuelta a Kant' cobra vigencia en Alemania), cuando, por obra de algunos neokantianos españoles, logra una incipiente difusión en nuestro país». En este sentido, en la segunda parte, la autora, tras aludir a las «Primeras manifestaciones» (es curioso que «la primera mención de Kant en España se realiza a través de la nota necrológica que de su muerte da la revista *Variedades de ciencias, literatura y artes* -Madrid, 1804-»), se detiene fundamentalmente en dos autores kantianos: un filósofo, José María Rey, y un médico, Matías Nieto Serrano.

(Josep Aguiló Regla)

LÓPEZ CALERA, Nicolás María.

Teoría crítica del Derecho.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, n.º 4, 1986-1987, págs. 155-171.

Para intentar salvar las dificultades de demostrar la necesidad de una Filosofía del Derecho como Teoría crítica del Derecho, hay que partir de la consideración del Derecho como obra humana. Una de las principales tareas de la Teoría crítica del Derecho es argumentar sobre lo que debe o no debe ser Derecho, declarando y explicando su propia criteriología. Pero para esto hay que admitir la posibilidad de una razón trascendental relativa, lo que implica la existencia de una realidad que no se ve y que es susceptible de ser comprendida por la razón, que aplicada al Derecho permite al hombre despegarse de la realidad inmediata para cambiarla. Esta razón trascendente no puede ser concebida sin una voluntad trascendente y sin situarla en un marco de referencias onto-dialécticas en la misma sustancia de la historia. Estas referencias onto-dialécticas son: a) Objetividad-subjetividad: se trata de construcciones racionales y dentro de la Teoría crítica del Derecho debe primar la segunda para posibilitar la crítica y el progreso jurídico. b) Razón-fuerza: ninguna de las dos pueden mantener su hegemonía absoluta, así una Filosofía del Derecho como teoría crítica debe elaborarse a partir de dos presupuestos: uno que la razón juega un papel importante en el desarrollo de la historia y que el enfrentamiento dialéctico a nivel real es irreductible). c) Individualidad-sociedad. Sociedad-Estado: la historia humana no puede ser entendida desde una opción unilateral de estas referencias. d) Autoridad, libertad e igualdad: El ideal sería encontrar una autoridad legitimada y la labor de una Teoría crítica debe ser el análisis de las realizaciones del Derecho que han volcado su atención bien en favor de la libertad o bien en favor de la igualdad.
En conclusión, los grandes principios que inspiran esta filosofía jurídico-política son: 1. La fe en la capacidad de la razón humana. 2 La búsqueda de un equilibrio axiológico. 3. Favorecimiento de valores que en determinado momento histórico están amenazados por sus contrarios. 4. Atención preferente al valor libertad.

(Rafael de Asís Reig)

LYONS, David.

Ética y Derecho.

Ed. Ariel, Barcelona, 1986, 220 págs.

Este libro está estructurado en siete partes. La primera versa sobre los juicios morales y el Derecho, y en ella se someten a análisis propuestas éticas tales como el nihilismo ético y el relativismo social e individual. El problema de la justificación de los juicios morales es algo de lo que también se ocupa el autor que, mostrando un claro escepticismo, reconoce el «factum» de que todos hacemos valoraciones morales y que éstas se fundamentan en última instancia en nuestras propias convicciones morales, que no son catálogos cerrados sino abiertos a la experiencia, donde ésta puede actuar reforzando o disminuyendo nuestras convicciones morales.
La segunda parte está dedicada al análisis del concepto de Derecho «como hecho social» y el autor analiza las notas de imperatividad y coactividad y las teorías del Derecho de Austin y Hart.
En la tercera parte, se estudian problemas relativos a las relaciones Derecho-Moral, la diferencia entre obligación moral y obligación jurídica, la moral interna del Derecho, la justificación de las sentencias y el problema de la neutralidad moral del Derecho.

La cuarta parte comienza con el análisis del utilitarismo, para el cual los valores se jerarquizarían en función de los intereses y que estos intereses han de fundamentarse a través del procedimiento de la «universalización». Finaliza esta cuarta parte con un breve análisis de las propuestas de J. Rawls.
La quinta parte versa sobre la problemática del castigo desde el punto de vista utilitarista (análisis de la relación costo/beneficio), rechazando la tesis retribucionista.
En el penúltimo apartado, bajo el epígrafe «Libertad y Derecho», se abordan tres temas distintos: 1. el problema del paternalismo, 2. la imposición de la moralidad, y 3. la moralidad pública y la libertad de expresión. Finaliza el libro con un apartado dedicado al sistema judicial, los valores procesales y el polémico tema de la obediencia al Derecho.

(Luis Aurelio González Prieto)

MALAMUD GOTI, Jaime y ENTELMAL, Ricardo.

La justificación del castigo, los juicios a los militares argentinos, el llamado «punto final» y sus consecuencias políticas.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, n.º 26-27, 1986-1987, págs. 69-81.

El restablecimiento del Estado de Derecho en Argentina hizo al gobierno democrático iniciar el enjuiciamiento -por la justicia ordinaria- de aquellos miembros de las Fuerzas Armadas que cometieron violaciones de los derechos humanos; así, la justicia federal era competente para revisar las decisiones del tribunal militar de más alta jerarquía, que intervendría en primera instancia en todos los casos. A los tres años de gobierno democrático se planteó la alternativa de continuar indefinidamente con los juicios a los militares por las violaciones de derechos humanos o adjudicar los recursos disponibles para evitar el máximo de conflictos, una vez sentadas las bases de la justicia y el derecho. Ponderadas las consecuencias sociales de una tal decisión, por la ley de «punto final» el Estado optó por la afectación de todos los recursos existentes al proyecto de consolidación institucional y pacificación social, estableciendo la caducidad -a los sesenta días- de las acciones penales pendientes contra el personal militar que hubiese delinquido entre 1976 y 1983.
Las críticas pronto se dejaron sentir: «la ley comportaba una claudicación ética, una marcha atrás respecto del sendero transitado y el incumplimiento de compromisos asumidos por el gobierno».
Con el propósito de refutar los argumentos expuestos, los autores analizan la razón para castigar criminalmente a quienes cometieron violaciones de los derechos humanos. Para ellos, la justificación de la pena exige, desde el punto de vista moral, un merecimiento, una culpabilidad, al mismo tiempo que requiere, desde otra perspectiva, que la medida resulte socialmente útil, a través de la realización de la prevención general (disuasión) y especial (reeducación y tratamiento). Ambos extremos son puestos en cuestión en el proceso de enjuiciamiento argentino. No se trató de casos aislados en los que el transgresor presentase especiales signos de desviación ni de «estímulos particulares que lo condujeran a delinquir», sino que quienes perpetraron los más atroces crímenes lo hicieron «dentro de una suerte de cultura que no sólo fomentó su ejecución sino que la alentó, llegando a premiar las consecuencias, cualesquiera fueran». Las instituciones eran las deformadas y por ello eran las necesitadas de un proceso de readaptación o «reeducación» para lograr un cambio en la conducta de sus integrantes.
Pero el restablecimiento de la confianza en el Derecho y la justicia requería un señalamiento de claros límites con el régimen antecedente, delimitación que se realizó mediante la condena de las prácticas criminales de las más alias esferas del poder (aspecto pedagógico de las condenas).
«Una vez afianzadas las instituciones y debidamente resguardados los derechos individuales, continuar con la asignación de responsabilidades es una cuestión política o prudencial, pero nunca ética», concluyen los autores.

(Antonio Doval Pais)

MARÍ, Enrique E.

Derecho y Psicoanálisis. Jeremy Bentham: del «pestilente aliento de la ficción» en el derecho a la teoría del derecho como ficción.

Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas, Barcelona, n.º 12, 1986, págs. 7-27.

En el análisis de las ficciones jurídicas realizado por Bentham el autor distingue dos niveles diferentes, aunque no contradictorios ni correspondientes a dos períodos cronológicos distintos.
En un nivel político-jurídico Bentham desarrolla una demoledora crítica contra las ficciones, a las que califica de «pestilente aliento», «el modo más pernicioso y vil de la mentira». El autor enmarca esta crítica en el contexto de la lucha del imperativismo benthamita contra el iusnaturalismo racionalista, continuador subrepticio de la línea histórica que habla fundamentado axiológicamente la «fictio iuris» en el suelo metapositivo de la «aequitas». Al criticar, por ejemplo, la reformulación como ficción del concepto clásico de contrato social realizada por Blackstone, Benthant se mueve en cambio en el terreno de la ciencia positiva, con las categorías de verdad, claridad y consistencia. Pero tras este problema teórico subyace, según el autor, la lucha política entre el conservadurismo de Blackstone y el radicalismo reformista de Bentham, quien ve en las ficciones un peligroso instrumento al servicio de los «intereses siniestros» de las clases gobernantes, en particular de los juristas. Bentham, sin embargo, no fue consciente de una posible contradicción entre verdad (fundamento de su crítica de las ficciones) y utilidad (médula de su filosofía moral y jurídica), a la que precisamente apelaban Blackstone y la tradición jurídica. El autor denuncia ese inconsciente paso de una categoría epistemológica a otra, que presume que el principio de utilidad incluye los de claridad, verdad y certeza, «colocando en una misma línea de experiencia la validez ontológica y la validez deontológica, que la tradición precisamente rechazaba al postular una diferencia a llenar con el recurso mediador de la 'fictio iuris'».
A continuación, el autor expone la teoría de las ficciones de Bentham desde un nivel de análisis no político sino epistemológico: el del lenguaje. La valoración negativa se dirigirá ahora no ya a las ficciones en sí (cuya necesidad de empleo presuponiendo su existencia Bentham no niega, pues son productos nominales del lenguaje de los que éste no puede prescindir), sino a su mal uso al tomar los nombres de las entidades ficticias por nombres de entidades reales. Como alternativa a la definición «per genus et differentiam» de la lógica tradicional, insuficiente en el caso de palabras -precisamente muy usadas en el derecho y la política- para las cuales el lenguaje no brinda una denominación más extensa, Bentham propone traducir las entidades ficticias en términos de las reales mediante los mecanismos de la paráfrasis y la arquetipificación. El autor finaliza el examen de este nivel mostrando el paralelismo entre la teoría de las ficciones de Vaihinger y la de Bentham, que fue su lúcido precursor.
En un tercer y último apartado el autor examina las propuestas actuales de una relectura de la teoría de las ficciones en Bentham trasladándola al campo del psicoanálisis, dentro de la búsqueda de articulación entre psicoanálisis y derecho. El punto de partida seria el axioma benthamita de que los comportamientos humanos siempre están determinados por sus intereses, categoría ésta de carácter político-sociológico, pero que Bentham también analiza en términos de los motivos que los generan, en conexión con la psicología. El autor expone la interpretación de las ficciones en Bentham desarrollada por J. Lacan (quien entiende que sólo una teoría lingüística que, como la de Bentham, «asigne a toda verdad estructura de ficción podría servir de modelo o soporte a una dialéctica entre lo real o lo imposible, dialéctica que constituye el eje de la experiencia humana a la luz del psicoanálisis freudiano») y el modelo psicoanalítico de lectura del derecho propuesto por P. Legende (para quien las ficciones juegan un doble papel en el derecho, más allá de sus técnicas coactivas: como «mito fundador»para la adhesión al poder y como «liturgia» manipuladora en las prácticas jurídicas materiales). De este modo -concluye el autor-, podría postularse un ciclo que, arrancando en Bentham

con el «pestilente aliento de la ficción», desembocaría en la teoría del derecho como ficción, que vería en ésta «la médula y el tejido mismo de su estructura», y sobre la cual se abre a los juristas un nuevo y original campo de reflexión y de debate.

(Juan Antonio Pérez Lledó)

MARÍ, Enrique E.

Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden.

Doxa, Alicante, n.º 3, 1986, págs. 93-111.

El artículo se desarrolla en dos partes. La primera, titulada *El dispositivo de poder: discurso del orden e imaginario social*, comienza introduciendo los conceptos sobre los que gira el artículo: el dispositivo del poder es el medio «de legitimación y sostén» de un reparto de poder correlativo en lo social con jerarquías desiguales; el discurso del orden «asigna al resultado y producto social en una dada relación de fuerzas, una propiedad natural o divina: la de ser un orden necesario para el provecho del mundo aunque se trate, en verdad, de un cierto orden, o sea, orden impuesto para el propio provecho del clan, la tribu...»; el imaginario social, por último, inserta el discurso del orden «en montajes de ficción, soportes mitológicos y prácticas extradiscursivas como ceremonias, banderas, rituales, cánticos...». Estos dos últimos conceptos -discurso del orden e imaginario social- integran, junto a la fuerza, el dispositivo del poder. Los tres elementos se articulan entre sí: la fuerza se transforma en poder con el concurso del discurso del orden y el imaginario social que, además, operada ya la transformación, «aseguran la presencia del poder y los efectos de la fuerza aun estando ésta ausente». El modo de articularse depende de dos factores: un factor endógeno que estriba en el distinto «lugar» al que pertenecen discurso del orden (lugar de la razón, de la teoría, de la cognición, espacio también de la ley; ocupación, pues, de juristas, intérpretes, glosadores de la moral, la religión, la filosofía política...) e imaginario social (topos de la voluntad, de las emociones y deseos, de la subjetividad, espacio de símbolos y rituales); y un factor exógeno consistente en la presión de «las grandes transformaciones económicas, los cambios en los sistemas de producción y, consecuentemente, en el régimen de propiedad».
En la segunda parte del artículo *(Hobbes y Kelsen: los referentes profanos del poder)* analiza Marí dos modelos de inserción del imaginario social en el discurso jurídico y político: las construcciones teóricas de Hobbes y Kelsen (en el primer apartado se habían ofrecido ejemplos de la actuación del imaginario social en sistemas de poder, en concreto en sistemas penitenciarios). En Hobbes encontramos una ficción con doble función: cognoscitiva y justificadora. Es la ficción fundadora de la Convención, del Pacto Social («la realidad histórica es la del acto de poder que instaura el poder absoluto; la realidad que enfoca el enunciado es la Convención»). En Kelsen la ficción no es otra que la propia «Grundnorm». Para Kelsen no se trata de una norma de Derecho positivo, «pero debemos actuar *como* si existiera para comprender desde el punto de vista científico el Derecho por un lado y, por otro, para justificarlo asignando a la ficción el contenido significativo de validez originaria de todo el sistema normativo».
Pues bien, tanto el Pacto Social como la «Grundnorm» son artefactos de conexión entre discurso del orden e imaginario social.

(Daniel González Lagier)

MARTÍNEZ ECHEVERRÍA, Miguel A.

Informática y derechos humanos.

Persona y Derecho, Pamplona, n.º 15, 1986, págs. 99-112.

Este trabajo se estructura en cuatro apartados: I. La informática como peligro; II. Características de las nuevas técnicas de información; III. Ensayos de control social de la informática; y IV. Una política para la nueva tecnología de la información. Finalmente, el autor concluye: «Queremos acabar advirtiendo una vez más sobre el peligro que para la libertad puede representar el poderoso instrumento informático si no va contrapesado por un fuerte y efectivo control social.
«El peligro de la informática no reside en ella misma, sino en los fines para los que se utilice. Desde luego que en una sociedad dominada por la aversión a la libertad e iniciativa personal, en la que predomina una mentalidad estatalista o colectivista, la informática puede representar un medio de opresión y tiranía jamás conocido. «En una sociedad amante de la libertad y consciente de la dignidad y derechos de la persona, la informática puede representar un nuevo y más poderoso medio de participación y descentralización.
«Una vez más, hay que decir que la técnica, en este caso la informática, ejercida como poder-de-hacer, nunca es nociva para el hombre si se emplea para potenciar la dignidad del hombre.
«Sólo un control social realizado por la activa participación de un gran número de ciudadanos frenará las indeseables tendencias a la centralización de las grandes redes de gestión e información. La descentralización de estas redes contribuye eficazmente a una más justa distribución de poder».

(Josep Aguiló Regla)

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio.

La recepción de Rawls en España.

Anuario de Filosofía del Derecho, 1986, págs. 609-632.

El propósito del autor es dar cuenta de las aportaciones españolas hasta 1985 a la bibliografía sobre Rawls. Para ello comienza con unas consideraciones generales, señalando que «en poco más de una década se ha pasado de unas referencias vacilantes y ocasionales (...) a una cierta floración que nos aproxima, al menos cuantitativamente, a lo ya ocurrido en Italia y Alemania» respecto al pensamiento de Rawls. Indica también el retraso con que esta «floración» se ha producido en nuestro país y que no ha surgido en España, a su juicio, una verdadera polémica entorno a este autor, sino más bien interpretaciones que no siempre coinciden, quizá debido a que predomina entre nosotros una actividad recepticia con un cierto tono de distanciamiento.
A continuación presenta una relación, siguiendo un criterio cronológico, de obras dedicadas al estudio de Rawls, bien enteramente, bien en algunas de sus páginas. Aparecen citados los siguientes trabajos: «la teoría de la justicia de Rawls y el criterio redistributivo maxi-min» (1974) de E. Albi, «La teoría del contrato social rediviva» (1975) de J. Rodríguez Marín, «Razón práctica y razón jurídica» (1977) de J. J. Gil Cremades, el último capítulo de *La razón sin esperanza* (1977) de Javier Muguerza, «La polémica en torno a la Teoría de la Justicia de John Rawls (1977) de A. Casahuga, «El neocontractualismo de A Theory of Justice de John Rawls» (1979) de C. R. Tercedor y F. Vallespín, la traducción de *A Theory of Justice* por María Dolores González Soler (1979), la cuarta edición de *Historia del Pensamiento jurídico* (1980) de J. M. Rodríguez Paniagua, la reimpresión en España de *Introducción al análisis del Derecho* (1980) de Carlos Santiago Nino, *Introducción al Derecho* (1985) de Manuel Atienza, *La utopía ética del Estado justo: de Platón a Rawls* (1982) de José Rubio Caracedo, «La estructura inconsistente de A Theory of Justice» (1979) de M. Jiménez Redondo, *La imaginación ética* (1983) de Victoria Camps, *Teoría de la justicia y derechos humanos* (1984) de Eusebio Fernández, las traducciones de *Understanding Rawls de Wolf* y *Taking Rights Seriously* de Dworking, *Nuevas teorías del contrato social: John Ralws, Robert Nozick y James Buchanan* (1985) de Fernando Vallespín, *J. Ralws: el sentido de justicia en una sociedad democrática* (1985) de María José Agra, *La Teoría de la Justicia de John Ralws* (1985) del autor de este artículo, «Buchanan Nozick, Rawls: variaciones sobre el estado de naturaleza» (1985) de Miguel Ángel Rodilla, *De genes, dioses y tiranos. La determinación biológica de la moral* (1985) de Camilo J. Cela Conde, «La participación democrática» (1985) de Joaquín Herrera Flores y *Fundamentos, análisis y crítica de la Teoría de la Justicia de John Ralws* (1985) de María Dolores González Soler.
Por último, el autor comenta las obras de María José Agra, Jiménez Redondo, M. A. Rodilla y J. Muguerza, adheriéndose a algunas de sus tesis o mostrando su discrepancia, concluyendo con una referencia «al ideal de la sociedad bien ordenada y al problema ideológico», prefiriendo frente a las distintas adscripciones a una determinada ideología que se han hecho sobre Rawls, considerar que «leyendo los últimos trabajos de Rawls parece que el estado de creencias de una sociedad democrática moderna es el máximo grado de desarrollo del sentido de justicia».

(Daniel González Lagier)

MASSINI, Carlos Ignacio.

Los «derechos humanos» desde la perspectiva marxista: consideraciones críticas.

Persona y Derecho, Pamplona, n.º 14, 1986, págs. 118-141.

El autor se pregunta si es posible encontrar un fundamento teórico que justifique los derechos humanos en los países de la órbita socialista. Plantea a continuación un concepto de derechos humanos de clara filiación iusnaturalista, para posteriormente examinar cuál es el concepto de derechos humanos de Marx. Para ello analiza distintas obras de Marx («La cuestión judía», «La ideología alemana», etc.), concluyendo que para Marx los derechos humanos son la expresión circunstancial de una forma especial de alienación política. El autor niega expresamente que la teoría marxista pueda compaginarse con la proclamación de una efectiva existencia de los derechos humanos como tales derechos, pues desde los planteos marxistas el hombre, el individuo, es una «mera idealidad» que no puede servir de base para fundamentar los derechos humanos.

(Luis Aurelio González Prieto)

MASSINI, Carlos Ignacio.

Una contribución contemporánea a la filosofía de la ley: Las investigaciones de Georges Kalinowski.

Persona y Derecho, Pamplona, n.º 15, 1986, págs. 175-234.

Para el desarrollo de este extenso artículo, el autor se detiene en los siguientes puntos: I. *Introducción a la problemática de la ley en la actualidad*: 1. El descrédito de la noción de ley; 2. Revalorización parcial contemporánea de los estudios sobre la ley; 3. Kalinowski y la filosofía de la ley. II. *Acerca de la esencia de la ley*: 1. La ley en cuanto racional; 2. La proposición normativa; 3. La universalidad de la proposición legal; 4. La ley: ¿proposición única o doble?; 6. Conclusiones básicas acerca de la esencia de la ley. III. *La analogía de la ley*: 1. Breve noción de analogía; 2. Diversidad de usos del nombre de ley; 3. La exposición de Kalinowski; 4. Los modos de analogía de «ley natural»; 5. La analogía de la ley en general; 6. Conclusiones respecto de la analogía de la ley. IV. *La realidad ontológica de la ley*: 1. Relevancia de la cuestión y planteo de Kalinowski; 2. La ley como acto de pensamiento; 3. Conclusiones principales. V. *Verdad y verificación en las leyes*: 1. La verdad en los distintos tipos de leyes; 2. Verificación de las leyes; 3, Conclusiones sobre la verdad y la verificación. VI. *Conclusiones generales*: 1. Acerca del método; 2. En cuanto al funcionamiento teísta del orden normativo; 3. Con referencia a la noción de sistema normativo; 4. Con respecto al concepto de juridicidad; 5. Acerca de las relaciones entre ley y obrar; 6. Sobre la esencia y la existencia de la ley.

(Josep Aguiló Regla)

MIRETE NAVARRO, José Luis.

La filosofía española de los siglos XVI y XVII y el proceso emancipador hispanoamericano: la figura de Francisco Suárez.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 3, 1986, págs. 469-477.

En la introducción a este artículo, el autor resume la finalidad del mismo del siguiente modo: «El objeto de esta ponencia es ambicioso de por sí, debido a lo que se intenta demostrar, pero hay que tener en cuenta que en un Congreso Internacional de Filosofía jurídico-política, es necesario realizar una labor de síntesis, un esfuerzo intelectual, para reducir las ideas y el material, por falta de espacio y tiempo.
Nuestra intencionalidad es doble, en primer lugar exponer la doctrina de la filosofía política tradicional española de los siglos XVI y XVII, pero como el objetivo sería extensísimo, nos contentaremos con resaltar una serie de puntos claves como son el origen del poder, la idea del pacto social y el derecho de resistencia, en concreto, en Francisco Suárez, máximo exponente de nuestro pensamiento de los citados siglos. En segundo lugar, intentar proyectar este pensamiento en el proceso emancipador de la América española. Nos contentaríamos con aportar una serie de datos, que sean lo suficientemente reveladores, para demostrar que la emancipación de Hispanoamérica tiene un sustrato ideológico y filosófico-político, que difiere en parte, de los hechos revolucionarios que acaecieron en América del Norte y en otros países europeos. Estas afirmaciones no quieren ser de una rotundidad que no queramos ver las aportaciones de otras corrientes ideológicas y filosóficas, como la liberal, socialista y constitucionalista, que también influyen en el proceso emancipador, pero en un segundo grado».

(Josep Aguiló Regla)

MONTORO BALLESTEROS, Alberto.

Aproximación al estudio de la Lógica jurídica.

Ed. Secretariado de publicaciones e intercambio científico. Universidad de Murcia, 1986, 141 págs.

En el libro, el autor elabora un mapa de las ramas o saberes que se agrupan bajo el rótulo genérico de Filosofía del Derecho, prestando especial atención a la lógica jurídica que constituye el núcleo central del libro. «El sistema actual de la Filosofía del Derecho aparece integrado, en sus líneas más generales, por tres grandes temas: A) El tema Histórico constituido por la "Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado". B) El tema Ontológico, que tiene por objeto el estudio del ser del Derecho y que se subdivide a su vez, en dos grandes capítulos: a) El tema Ontológico material, b) El tema Ontológico formal. C) El tema Gnoseológico, que está integrado por las siguientes disciplinas: a) La "Teoría del conocimiento jurídico", b) La "Lógica jurídica", c) "La metodología jurídica"».
En el capítulo primero, se analizan los temas históricos, ontológicos y gnoseológicos, mientras que los capítulos dos a cinco están dedicados a lógica jurídica. Para el autor la lógica jurídica comprendería no sólo lógica deóntica, sino también la Dialéctica, la Retórica y la Tópica jurídica, éstas tendrían estructuras diferentes tanto por la forma en que trabajan como por el contenido y la distinta finalidad a que obedecen.

(Francisco López Ruiz)

MORESO MATEOS, José Juan.

Las ficciones en Jeremy Bentham. El método de la paráfrasis.

Doxa, Alicante, n.º 3, 1986, págs. 129-139.

Las ficciones jurídicas pueden ser entendidas, al menos, en dos sentidos: 1) como ficciones legales, y 2) como entidades ficticias presentes en la elaboración de la ciencia jurídica. Este artículo está dedicado a exponer la aportación de J. Bentham respecto al segundo sentido del término ficción. El artículo se estructura en dos apartados. En el primero se expone el método de la paráfrasis benthamita. En primer lugar, se afirma que la ontología benthamita es una ontología basada en la filosofía empirista de J. Locke y D. Hume. En el universo ontológico que Bentham presenta solamente hay entidades reales: objetos físicos, impresiones e ideas (en sentido humeano). Las entidades ficticias son entidades inexistentes. Pero Bentham señala una importante diferencia entre dos tipos de entidades ficticias: entidades fabulosas, y entidades ficticias propiamente dichas, que deben ser eliminadas mediante el método de la paráfrasis.

Un tipo de entidades ficticias propiamente dichas son las entidades (supuestamente) denotadas por expresiones como "obligación". Lo que Bentham propone es realizar un análisis lógico, precedente del análisis mediante descripciones que B. Russell aplicaba a los símbolos incompletos y semejantes a las «definiciones contextuales» de W. V. O. Quine. Dicho análisis pone de manifiesto dos cosas: 1) el hecho de que exista un nombre en un discurso determinado no garantiza la existencia de un supuesto objeto designado por tal nombre, y 2) las oraciones en que aparecen «nombres» de entidades ficticias pueden ser traducidas a oraciones que ponen de relieve que dichas expresiones no son, en realidad, nombres y que son oraciones significativas.

El segundo apartado de este artículo aplica este método al análisis de un tipo de entidades ficticias: las obligaciones. Dicha aplicación manifiesta que, según Bentham, una oración como «z tiene la obligación de hacer A» puede ser parafraseada por otra oración como «Existe una ley que establece: "Todos los F tienen la obligación de hacer A" & z es F». En esta paráfrasis aparece claro que "obligación" no es un nombre y, por otra parte, esta paráfrasis es una oración significativa.

Por último, se explica cómo el método de la paráfrasis, aplicado a expresiones de obligaciones o derechos naturales, muestra que las traducciones de las oraciones en que aparecen dichas expresiones siempre devienen oraciones falsas, de ahí el rechazo (por razones ontológicas) de Bentham a las teorías de los derechos naturales.

MUGUERZA, Javier.

La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (Una intrusión en un debate).

Sistema, Madrid, n.º 70, enero 1986, págs. 27-40.

El autor se propone terciar en la polémica que a propósito de la obediencia al Derecho han mantenido en diferentes publicaciones Felipe González Vicén y Elías Díaz (ver reseñas en los n.º 2 y 3 de DOXA). Para ello, en primer lugar, realiza una breve síntesis de los términos de la misma y de las posturas defendidas por los dos autores implicados, concluyendo que el núcleo se sitúa en la cuestión de las relaciones entre Derecho y Ética y, así, escribe: «Que no exista ningún campo de coincidencia entre el Derecho y la Ética es, en verdad, inaceptable para quien no sea un positivista, como no lo es ninguno de los filósofos del derecho envueltos en la presente discusión. Pero el peligro no es ése, sino, por el contrario, el de que la Ética y el Derecho se confunden más de lo que seria de desear y no menos inaceptablemente».
A continuación, el autor realiza una «larga excursión centroeuropea» de la mano de Habermas, «la situación ideal de diálogo y su abigarrada parafernalia, como intereses generalizables, consensos argumentativos, voluntades racionales discursivamente formadas y demás»; para terminar apostando por un individualismo no «ontológico» ni «metodológico», sino «ético», aunque ello suponga una redundancia obvia, pues «en la Ética no hay otros protagonistas que protagonistas individuales».
A partir de aquí, el autor discute con E. Díaz la tesis de que la desobediencia «en ciertos países y en ciertas historias, es golpista-reaccionaria» y dice: «La invocación de la desobediencia ética no podría servir nunca de pretexto para llevar al Ejército al poder en contra de la voluntad mayoritaria, pero podría, en cambio, servir para oponerse a los desmanes de cualquier régimen político, aun cuando dicho régimen no sea una dictadura y se apoye en la aquiescencia de la mayoría». Por otro lado, el autor se cuestiona la tesis de F. González Vicén de la separación tajante entre la desobediencia ética y otras formas de desobediencia como pueda ser la desobediencia civil, y se pregunta «si la desobediencia ética -y el imperativo de la disidencia que la respalda- no será el denominador común de cualquier otro tipo de sana desobediencia, desde la desobediencia civil a cualquiera de las revoluciones que en el mundo han sido».

(Josep Aguiló Regla)

MUGUERZA, Javier.

Razón, utopía y disutopía.

Doxa, Alicante, n.º 3, 1986, págs. 159-190.

El autor se plantea y defiende la posibilidad de hablar hoy sobre el «no-lugar» de la utopía, sobre una utopía que, sin dejar de serio, no exija pensar en una situación ideal que haya de alcanzar definitivo cumplimiento. El problema no es el de negar el lugar de la utopía entendida en su sentido etimológico, en el sentido originario empleado por Moro y criticado por Engels, pues lo que caracteriza a la utopía es, en efecto, su falta de lugar. El problema radica más bien en la negación del lugar de la utopía entendida en su sentido intencional, como «ciertas intenciones relacionadas con la realización de la convivencia social», sin renunciar por ello al pensamiento utópico. En el «concepto intencional» de la utopía *parece* inexcusable -dice el autor- la referencia a un topos, como objetivo alcanzable o, al menos, no considerado por principio inasequible.
Esta visión de la utopía ha entrado en crisis en las modernas sociedades industriales, en las que,

paradójicamente, se siente más que nunca la necesidad de una ética universal (dado el carácter uniforme a escala planetaria de nuestra civilización, fruto de los avances científicos y técnicos) y, en cambio, la fundamentación racional de esa ética general encuentra más dificultades que nunca (pues el positivismo, condensación ideológica de esta era científica, tiende a excluir la posibilidad del discurso racional en el terreno de los fines éticos).
El autor analiza el origen histórico de esta paradoja, de la actual «complementariedad entre objetivismo ciencista y subjetivismo ético, entre (neo)/positivismo y (neo)/romanticismo», y lo encuentra en la Ilustración, cuyo legado es ambiguo: «su cara romántica exalta nuestra capacidad moral de decisión, mientras su cruz positivista la despoja de toda racionalidad, tras de haber reducido ésta a racionalidad científica».
A continuación el autor estudia la posibilidad del pensamiento utópico en el marco de la anterior tensión a través de Kant, Hegel, y el marxismo, deteniéndose especialmente en la filosofía de Ernst Bloch, como paradigma, en nuestro siglo, de una utopía «con lugar». Bloch es una muestra, según el autor, de «cómo siempre que el marxismo ha vuelto sus ojos a la ética, el encuentro con ésta ha comportado un reencuentro con Kant».
Pero la debilidad de la filosofía blochiana de la utopía reside, según el autor, no en su kantismo ético sino en el carácter «demasiado hegeliano» de su filosofía de la Historia, con la que comparte la *tentación escatológica* de asignar a la Historia un fin en el doble sentido de una finalidad y un término.
A continuación, el artículo analiza los intentos actuales del pensamiento utópico para sobrevivir renunciando a la propuesta de ideales utópicos positivos a la manera de Bloch, y diseñando en su lugar el marco formal a través del cual han de formularse tales ideales: las fundamentaciones dialógicas de la ética de Apel y Habermas. En la última parte del artículo el autor lanza su propuesta de utopía, para lo cual se vale de la distinción de Neusüss entre un modelo «horizontal» de utopía, en el que la utopía constituiría la coronación del desarrollo lineal de la Historia, en la que el ser acabaría al fin coincidiendo con el supremo bien tras la efectiva realización de ideal utópico (utopía «con lugar», visión escatológica de Bloch, y en parte, de Apel, que el autor rechaza) y un modelo «vertical» de utopía, en el que la utopía incidiría más bien en perpendicular sobre el proceso histórico, sobre tal o cual momento dado de éste, reactualizando en cada uno de esos instantes el contraste entre la realidad y el ideal y fragmentando así el cumplimiento de la intención utópica, que no hay por qué pensar que alcance definitivo cumplimiento. El autor apuesta por una utopía dialógica, una utopía «sin lugar», no por ello ucrónica ni tendente al conservadurismo ni a la inacción. «La lucha por una democracia radical -afirma el autor-, en cualquier caso, podría seguir valiendo éticamente la pena del esfuerzo aun cuando ya no la avale filosofía ninguna de la Historia ni responda a otra intención utópica que aquella que no precisa de horizontes -diríase hoy perdidos, más aún que lejanos- para perseverar».

(Pablo Gómez Escolar)

NEBRERA, Montse.

Nota sobre el Darwinismo social (En torno al concepto de progreso).

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 3, 1986, págs. 479-499.

Darwinismo social y progreso. Esos son los dos conceptos clave para resumir el contenido del artículo. Se trata de analizar el fenómeno ideológico que tuvo su «ascensión, fulgor y muerte» en las sociedades europeas occidentales de la segunda mitad del siglo XIX, y que consiste básicamente en la aplicación del esquema biológico evolutivo (aunque no en todos los casos se aplique el formulado por Darwin) al análisis de las relaciones sociales, entendiendo que, del mismo modo que las especies mejor dotadas sobreviven en perjuicio de las que lo están menos, también en la vida social la mayor capacidad competitiva «ducha por la vida», «supervivencia del más apto») supone la supremacía de

unos hombres (los mejor adaptados) sobre otros.
El representante más célebre del darwinismo social anglosajón es Herbert Spencer y sobre un estudio previo de su obra se realiza la mayor parte de las afirmaciones referidas al esquema argumentativo socialdarwinista. Pero dicho autor y el movimiento al que representa no son más que el punto de partida para una reflexión sobre el progreso y su caracterización en el seno de un discurso que, se afirma, es ideológico. Ello significa que se intenta demostrar cómo la cadena causal no tiene su origen en la biología sino en la concepción socialdarwinista de la sociedad. Y para ello era necesario examinar los estratos de conocimiento (geológicos, biológicos y políticos) que pudieron influir en su argumentación y en qué medida lo hicieron.
Apuntalada de ese modo la dirección de las relaciones entre la ciencia y el darwinismo social (que se describe así como ideología) el análisis posterior y central giraba en torno a la consideración de éste último en tanto que portador de una determinada concepción del progreso en la historia: el reduccionismo biológico que supone el darwinismo social elimina, por definición, el progreso de la historia humana, ya que intenta justificar (aunque con criticas abocadas a una posible mejora de las condiciones entonces existentes) la instalación en el poder de la burguesía decimonónica y su código axiológico.
La parte final del artículo se refiere a una filosofía paralela (el romanticismo alemán) que participa de algunos de los postulados socialdarwinistas y, a la vez, hace más inteligibles algunas de las aparentes (y en ocasiones soslayadas) contradicciones de éstos, fundamentalmente, la oposición entre la armonía cosmológica de Spencer y su concepción de la «supervivencia del más apto» (término acuñado por él) como clave de la evolución.
El índice del artículo es el siguiente: 1. *Introducción*. 2. *El declive del fijismo*, 3. *La transposición de lo biológico a lo social*. 3. 1. *El reduccionismo decimonónico*. 3. 2. *El malthusianismo y las leyes de pobres*. 4. *Revisión del concepto de progreso en el esquema socialdarwinista*. 4. 1. *La idea de progreso en el capitalismo industrial*. 4. 2. *La negación del progreso en el contexto del darwinismo social*. 4. 2. 1. *Sobre Comte y la sociología*. 4. 2. 2. *Una alusión a la «otra» cosmología*.
En general, por más que se pretenda caracterizar la angustia existencial humana de otro modo, sólo hace falta distanciarse un poco más del objeto de estudio (difícil tarea hermenéutica, cuando es el hombre dicho objeto), para acatar la esclavitud de la reflexión filosófica al trazo que delimitan el azar y la necesidad, el caos y el cosmos, el galimatías estructural y el orden. Y uno u otro es siempre el punto de partida para el análisis del hombre. El darwinismo social intentaba legitimarse mediante su ubicación en el segundo polo del binomio, pero su apelación al orden no era la de la ciencia. La incógnita sobre la posibilidad de una «ciencia» sobre el hombre se mantiene más allá de una mera suspensión del juicio.

NELSON, William N.

La justificación de la democracia. (Trad. de Marta Gustavino).

Ed. Ariel, Barcelona, 1986, 224 págs.

En este libro, que se estructura en siete capítulos (I. Decisiones y procedimientos; II. La justicia procesal y la igualdad; III. La participación; IV. La soberanía popular; V. Las teorías económicas; VI. El gobierno abierto y la legislación justa: una defensa de la democracia; y VII. El Derecho y la ética: el problema de la obligación política), el autor parte de la idea de que no sólo existe una forma de gobierno democrática sino una pluralidad y que es posible que una forma democrática esté justificada mientras otras no. Considera que la regla de la mayoría garantiza la neutralidad y la igualdad formal, pero sostiene la tesis de que esta regla no es razón suficiente para su justificación, pues afirma que mediante procedimientos democráticos se pueden tomar decisiones injustas. La cuestión de la justificación de la democracia no es meramente formal. Así, se plantea la cuestión de la obediencia al Derecho en los regímenes democráticos y sostiene la tesis de que no existe una obligación incondicionada de acatarlo. La calidad de las leyes, y no la forma de gobierno, es lo que justifica la obediencia al Derecho. Pero esta obligación no es absoluta, existen situaciones en las que debe estar permitida la desobediencia y, de este modo, afirma que los ciudadanos tienen derechos anteriores al Estado y que ningún bien colectivo puede deteriorarlos.

(Josep Aguiló Regla)

OLLERO, Andrés.

Principio de igualdad y Teoría del Derecho. Apuntes sobre la jurisprudencia del artículo 14 de la Constitución.

Anuario de Derechos Humanos, n.º 4, 1986-1987, págs. 173-198.

El hablar del principio de igualdad conduce a evocar el dualismo principio-norma, eje de la critica al positivismo y al normativismo, crítica que establece como corolario la prioridad de los principios sobre las normas dentro de la actividad jurídica. Esto lleva a la discusión sobre si el Derecho es Derecho cuando y porque se pone, o tiene una previa realidad que busca ser positivada, inclinándose el autor del artículo por ésta última postura (la Constitución concede prioridad a los derechos sobre la Ley), pero destacando que ésta no es la mantenida en algunas sentencias del Tribunal Constitucional. La prioridad de los principios hace que se pueda considerar el ordenamiento jurídico como un entramado de principios valorativas, destinados a ajustar las relaciones sociales, que necesitan ser coordinados por una Teoría del Derecho, y en donde el principio de igualdad, que juega un papel relevante, remite a una actividad justificadora cuyo trasfondo es una Teoría de la Justicia. Así, en este punto, Teoría de la Justicia y Teoría del Derecho coinciden. Este justificar significa aportar una fundamentación objetiva y razonable, con lo que nos acercamos a la búsqueda del Derecho objetivo, entendido en el sentido de comprender interpretativamente en una relación concreta las exigencias jurídicas que en ella afloran. La regulación de la jubilación de los trabajadores sirvió de ocasión para justificar la desigualdad, en virtud de la presentación de una cuestión de inconstitucionalidad, en la que se detectan tres líneas argumentales distintas. Pero esto no debe llevarnos a suscribirnos a un relativismo escéptico ya que existen razones en las que apoyarse y, con las que convencer. Este doble esfuerzo es peculiar de nuestro control de constitucionalidad y se centra, en el primer caso, en la prerrogativa legislativa de conformar la Teoría del Derecho, y en el segundo, en la búsqueda de una

solución razonable por encima incluso de los argumentos esgrimidos por los interlocutores (cosa que ocurre en la sentencia que nos ocupa). Mientras que la libertad expresa la dimensión afirmativa de la dignidad individual, la igualdad plantea las exigencias de la paridad ontológica de los hombres. Pero libertad e igualdad han de actuar juntos para hacer justicia, dentro de la concepción del Derecho como solución razonable. Mientras el razonamiento jurídico del positivismo clásico distinguía dos fases: legislativa (absoluta discrecionalidad) y judicial (aplicación mecánica). Actualmente esta última va a suponer abrir un debate razonado sobre la interpretación, que permita ajustar del modo más razonable una relación social, con lo que el principio de igualdad toma un papel importante y se mantiene la necesidad de aportar una fundamentación objetiva y razonable que justifique la desigualdad. Esto nos acerca a la técnica del precedente.

Pero el Tribunal Constitucional ha terminado por frenar todo este tema creativo y por restar coherencia a sus planteamientos sobre el juego del principio de igualdad. El primer paso se da al admitir la fundamentación tácita (cuando se infiere con certeza o con relativa seguridad, que el cambio objetivamente perceptible es consciente, y que de él queda excluida tanto la arbitrariedad como la inadvertencia). Así, de la dualidad justificación expresa-tácita se pasa a otra de diverso signo: cambio de criterio motivadamente justificado-efectivamente consciente. La efectividad se convierte en justificación, la objetividad se desvanece para dar paso a la ley del número, situación derivada de la falta de control de constitucionalidad del Poder Judicial. Pero junto a la repetida distinción entre control constitucional difuso y concentrado, juega otra diferencia radical: la del trasfondo ético tan dispar entre el sistema norteamericano o mejicano del recurso de amparo y el no cognotivismo de Kelsen. La adopción de un sistema concentrado y del recurso de amparo (propia del sistema español), desborda los planteamientos de Kelsen. Si sólo se reconoce a los valores una dimensión emocional, es lógico el empleo ce principios o derechos imprecisos para boicotear al poder legítimo. Esto sólo puede obviarse mediante una fundamentación real, objetiva y razonable en la argumentación.

(Rafael de Asís Reig)

ORTEGA, Alberto.

Naturaleza e historia en la crítica de E. Burke al Derecho natural ilustrado.

Persona y Derecho, Pamplona, n.º 15, 1986, págs. 71-84.

El autor parte de la consideración de que para «quienes estamos acostumbrados a considerar unidos los derechos del hombre y la ley natural [...] puede resultar sorprendente que un autor que no es en absoluto positivista, como es el caso de Burke, haya realizado una crítica tan tajante de la noción de 'derecho humano'.

«Y así no es extraño que algunos manuales coloquen a Burke en una posición similar a Hume o Bentham, y en general entre quienes a finales del s. XVIII criticaron duramente la posición iusnaturalista que hasta entonces habla sido predominante en Europa. Pero yendo más allá de las apariencias se descubre que el pensamiento político de Burke no está fundado en el escepticismo gnoseológico ni en el utilitarismo ético. Y que junto a términos tomados de la teoría política moderna pervive en él una fuente de inspiración clásica».

Así, el autor sostiene que «el ataque de Burke a la teoría ilustrada de los derechos del hombre se funda principalmente en la consideración de la historia. Sin embargo es necesario considerar si su concepción histórica es incompatible con la noción clásica de naturaleza y de ley natural, o si solamente lo es con su moderna deformación que quedó plasmada en la Declaración de los derechos del hombre realizada por la Revolución Francesa». En este sentido, el autor dedicará el artículo a mostrar que la interpretación más acertada del pensamiento político de Burke consiste en considerar que «en su crítica al derecho natural ilustrado se puede apreciar una concepción clásica de la ley

natural cercana al pensamiento político de los pensadores medievales y a la filosofía práctica de Aristóteles».

(Josep Aguiló Regla)

PÁRAMO, Juan Ramón de.

El concepto de derecho: una introducción bibliográfica.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, n.º 4, 1986-1987, págs. 199-218.

La aproximación que se hace al concepto de «derecho» tiene como premisas la crítica a la utilización del término 'derecho' de forma exclusiva en la argumentación jurídica por un lado y la propuesta de su inclusión en los sistemas normativos morales por otro. Para ello va a observar el autor una serie de teorías de los derechos en general y recogerá la tradición anglosajona fundamentalmente, que emplea la terminología «derechos morales» acuñada desde hace varias décadas. El autor propone la utilización de la idea de derechos morales estableciendo «con cierta precisión sus relaciones sistemáticas con otros elementos de los sistemas normativos morales, como por ejemplo, sus reglas y principios...».
Para ello estima que deben establecerse relaciones sistemáticas de los «derechos morales» con otros componentes de sistemáticas de los sistemas jurídicos como reglas primarias, reglas de adjudicación y los propios criterios de identificación de normas.
Partiendo de una perspectiva analítica y descriptiva recoge el concepto de derecho en sentido jurídico «como un concepto interpretativo con un área de penumbra semántica que impide determinar estrictamente a posibles titulares y a situaciones en las que la inclusión de los derechos morales completan satisfactoriamente por ajustarse a la realidad. La incorporación de esta terminología parte de la necesidad tanto explicativa como justificativa y añade el autor que no lleva al confusionismo iusnaturalista derivado de usar el término «derecho» fuera del ámbito jurídico; para el autor sin embargo tiene las ventajas de no distorsionar expresiones y términos acreditados en el lenguaje moral y político.
Recoge la teoría moral y política como lugar donde tiene gran importancia el término «derecho» y denuncia un ámbito jurídico excluyente del que duda que pueda acoger una teoría general de los derechos puesto que no representa un contexto idóneo para los derechos no jurídicos.
Parte de la descripción de Hohfeld (1919) en torno a la idea de los derechos como pretensión unida a la correlación derecho y deber. Se pasan revista a autores como Austin, Bentham, Dworkin, Kocourek, Feinberg o Hart. Paralelamente a estos autores, la revisión sobre la correlación derecho y deber discurre históricamente en el ámbito anglosajón; son las teorías del beneficiario o interés y la teoría de la elección protegida con las que retoma las definiciones corregidas de «derecho». De igual manera la teoría voluntarista de Windscheid o del interés jurídicamente protegido (Ihering) que acomodan al sesgo de sus propuestas generales un concepto de derecho coherente.
Las variantes de cada uno de los dos focos de discusión (teoría del beneficiario o teoría de la facultad de obligar o liberar de Hart matizan ambos extremos, con los diferentes autores que se incluyen en una y otra concepción. Así Lyons, Raz o Mac Cormick en la teoría del beneficiario o Kearns, Gerber o Feinberg en la interpretación hartiana.
Concluye el artículo reafirmando la necesidad de completar el concepto de derecho desde la teoría moral y política, para no estar condenados al fracaso desde ópticas estrictamente jurídicas.

(Ángel Llamas Cascón)

PATTARO, Enrico.

Elementos para una teoría del Derecho. (Trad. y estudio preliminar de Ignacio Ara Pinilla).

Ed. Debate (Col. Universitaria), Madrid, 1986, 311 págs.

Este libro, en el que el autor apuesta por un realismo normativista frente a las deficiencias del iusnaturalismo y del positivismo jurídico (que más que representar corrientes opuestas entre sí, suponen una suerte de continuidad lógica en la medida en que se sirven de conceptos idénticos y de que difícilmente permiten considerar al Derecho positivo como un dato empírico), se estructura en nueve capítulos. En el primero, *El mundo del Derecho*, el autor se detiene básicamente en el estudio de los pares «Derecho objetivo- Derecho subjetivo» y «Ser-deber ser», así como en «La relación jurídica en equilibrio entre ser y deber ser».
Los capítulos II, III, IV y V (titulados respectivamente *El concepto de Derecho en Kelsen, Querer y deber ser, La validez del Derecho* y *Críticas a la concepción de Hans Kelsen*) están dedicados a la exposición de la teoría de Kelsen y a su crítica. Los capítulos VI, VII y VIII (dedicado, respectivamente, cada uno de ellos a Axel Hägerström, Karl Olivecrona y Alf Ross), se centran en el estudio de las corrientes denominadas «realismo normativista». Finalmente, en el capítulo IX (titulado *El realismo normativista como alternativa al positivismo jurídico*) el autor realiza una valoración de esta corriente.
Asimismo, el libro contiene un estudio preliminar de Ignacio Ara Pinilla titulado *La tensión positivismo-realismo en la filosofía jurídica italiana contemporánea*.

(Josep Aguiló Regla)

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio.

Los operadores jurídicos.

Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, n.º 72, 1986-87, págs. 447-469.

El presente artículo se estructura en seis partes innominadas. En la primera, el autor, tras analizar el término 'operador jurídico' (que es más amplio que el de jurista), se detiene a justificar la relevancia que el tema de los operadores jurídicos tiene en la teoría del Derecho, y para ello da un repaso al papel que éstos juegan en autores como Hart, Kelsen y Ross. En la segunda parte, traza un esquema histórico de los dos modelos de operador jurídico (aquél que se centra en la creación jurídica para satisfacer necesidades reales en la solución de los casos concretos; y aquél que, fruto del proceso de mistificación de la ley, se convierte en un intermediario entre ésta y su aplicación concreta sin que quede espacio alguno para la creación jurídica). En la tercera, después de conectar los dos modelos anteriores con los dos grandes sistemas jurídicos modernos (el *Common Law* y el Derecho continental) y poner de manifiesto la atenuación que se ha producido de las diferencias entre ambas formas de cultura jurídica, suministra un conjunto de argumentos destinados a mostrar «el papel decisivo de los operadores jurídicos en el proceso de creación-producción del Derecho y que (éstos) son los destinatarios exclusivos de las normas secundarias formales que regulan el uso de la fuerza». En la cuarta parte, realiza la critica de los reduccionismos de la cultura jurídica moderna que han llevado a sostener, por un lado, la desaparición de los operadores jurídicos («al Derecho de los juristas se opondrá el Derecho popular»), y, por otro lado, la pretensión «de construir unos operadores jurídicos que se justifican por sí mismos, autónomos o independientes». «Frente a estas posiciones -concluye el autor-, desde un normativismo realista, el operador jurídico aparece con su propio ámbito de competencia.., como protagonista del dinamismo de un sistema de Derecho que evoluciona y cambia por su acción principalmente; pero al mismo tiempo su autoridad nace de la norma de identificación de normas...». La quinta parte, se dedica a la clasificación de los operadores jurídicos utilizando como criterios ordenadores el de la función, el de la autoridad, el de los actos que realizan, el de la jerarquía y el del poder del que dependen. Finalmente, la sexta parte, recoge algunas reflexiones del autor, especialmente concernientes a los profesores de Filosofía del Derecho, que reflejan sus puntos de vista

a propósito de algunos cometidos vigentes que -dado el momento de cambio de los planes de estudio- «no deberían dejar de ser desarrollados por estos particulares operadores del Derecho».

(Josep Aguiló Regla)

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio.

Reflexiones sobre el Parlamento.

Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, Monográfico n.º 10, 1986, págs. 207-219.

El autor centra sus reflexiones en torno a las tres siguientes cuestiones: las funciones del Parlamento, la situación actual (¿crisis?) del Parlamento y la relación entre Parlamento y legitimidad del poder. Respecto de la primera, tras hacer algunas consideraciones acerca de la evolución que desembocó en el moderno parlamentarismo, el autor se detiene en las tres funciones que hoy cumple el Parlamento, a saber, la producción de leyes, el control del Gobierno y la función de integración. A diferencia de las dos primeras, esta última -dice el autor- no tiene carácter instrumental, sino que en ella está el fundamento del valor del Parlamento; «porque éste es expresión de la representación de los ciudadanos y refleja el funcionamiento de las reglas del juego democrático» (la regla de la libertad y la regla de las mayorías).
Respecto a la segunda cuestión (la situación actual), el autor analiza la llamada crisis del Parlamento, centrándose no tanto en la doble ofensiva representada por los fascismos y el leninismo, como en una serie de hechos que justifican la preocupación por la situación del Parlamento. Entre otros se refiere a la crisis de la ley en su doble manifestación. Por un lado, por la irrupción de los tribunales como entes creadores de Derecho; y, por otro lado, por el auge de los reglamentos como resultado de la transformación del Estado liberal en Estado social (con el consabido incremento de sus actuaciones). A pesar de ello, el autor concluye que no se puede hablar hoy de crisis del Parlamento, si bien es necesario operar una potenciación de éste frente a los restantes poderes del Estado, de una parte, y del Presidente y de la Mesa frente a los Grupos Parlamentarios, de otra.
Finalmente, estudia el papel del Parlamento en relación con la legitimación del poder. Así, frente a las preguntas -de honda significación iusfilosófica- de por qué hay que obedecer las leyes y qué diferencia hay entre una ley y un mandato de una banda de ladrones, el autor responde que el «ciclo de participación de los ciudadanos en el Parlamento y la creación de leyes por el Parlamento, que vuelven al ciudadano como destinatario de las normas, es un ciclo que abarca a más gente, es más racional, responde al principio del tratamiento igual a todas las personas, al principio de igual consideración de todas las personas y, por consiguiente, nos lleva al convencimiento psicológico de que el mandato que se recibe es un mandato que merece ser atendido. Para algunos existen razones morales de obediencia al Derecho; para otros [...], existen buenas razones [...], que no existen cuando la decisión normativa se toma en una cueva cerrada y clandestina donde se reúne [...] la banda de ladrones [...]. No existe esa misma legitimación ni esa participación, que es lo que nos permite hoy distinguir y dan ya respuesta a esa vieja pregunta, que tanto ha preocupado a los filósofos del Derecho».

(Josep Aguiló Regla)

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio.

Sobre el puesto de la historia en los derechos fundamentales.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, n.º 4, 1986-1987, págs. 219-258.

Las tesis mantenidas por el autor en torno a la integración de los elementos razón e historia como fundamentación de los derechos humanos encuentran en este artículo algunas anotaciones al componente histórico.

En el segundo de los nueve apartados en los que se estructura este trabajo se pone de relieve la importancia de la dimensión histórica para la comprensión del sentido de los derechos humanos. En este ámbito se contrastan las opiniones de algunos profesores. Así, el autor aunque acepta la fundamentación ética propuesta por el profesor Eusebio Fernández rechaza la comprensión de éste de la historia tan sólo como marco matizador «de un sustrato permanente». Como se pone de relieve al confrontar las opiniones de Pérez Luño, la historia queda entendida como un concepto paralelo al de la razón y definido en cada contexto político, social, económico y cultural. Esta aproximación se va a añadir al elemento racional tomando una dimensión material según la cual el análisis estrictamente sincrónico que relegase a la historia a un mero cuadro temporal y formal tendría un sentido erróneo e incomprensible.

En el tránsito a la modernidad el elemento diacrónico presente en el estudio del concepto de los derechos humanos se materializa en tres apartados fundamentalmente en torno a los cuales van cobrando forma los diferentes derechos. El primero de ellos en el ámbito de la ruptura religiosa y las guerras entre sus facciones con la tolerancia como logro progresivo.

Un segundo apartado que tiene el Estado absoluto como protagonista y las limitaciones a su poder como gran reflexión y objetivo. Cierran el esquema los esfuerzos del humanitarismo para superar las condiciones primitivas del derecho penal y procesal de la monarquía absoluta.

La combinación de estos tres elementos que no son independientes pero que evolucionan con importancia diferente aparece en los tres momentos en los que el profesor Peces-Barba delimita la historia de los derechos humanos. Una primera etapa de «positivación» responde a «la necesidad de incorporar la moralidad de los derechos humanos al derecho positivo y al proceso histórico que le lleva a efecto». La «generalización» supone un paso adelante y comprende la progresiva extensión de los derechos según cuál sea el enunciado y el tiempo en que se producen e interpretan. Así la restricción del derecho de propiedad, en un primer tiempo fundamental, un derecho de asociación que inicialmente no estaba recogido en las Constituciones modernas y el paso del sufragio censitario al sufragio universal. La etapa de «universalización» contempla la alianza en la creación de un marco jurídico supranacional para la protección del alcance de los derechos.

Este análisis, reforzado por el bagaje de argumentaciones de numerosos autores a lo largo de la historia pretende salvar el error -apuntado por Ortega- de concebir como definitivas las explicaciones aportadas en cada época. La perspectiva mostrada en este artículo pretende aportar la adecuada comprensión del instrumento histórico para no repetir dicho error.

(Ángel Llamas Cascón)

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

El año internacional de la paz desde la Constitución Española.

Communio, Vol. XIX, 1986. Fascículo 1, pp. 19-32.

El trabajo se sitúa en una línea de pensamiento que marca una trayectoria investigadora con la que el autor ha contribuido a la composición de una teoría general de los derechos humanos y de los valores jurídicos. En esta ocasión, su interés se centra en el análisis de un valor básico que difícilmente se puede rebatir en la realidad histórica actual: el valor de la paz, hoy más amenazado que nunca por la aparición de nuevas modalidades de armamento capaces de atentar contra la supervivencia de toda la humanidad.

Aun invirtiendo el orden tradicional de estos comentarios, me serviré de las tres conclusiones que extrae el autor para resumir el contenido de su artículo:

1.- La paz debe asumirse como un valor fundamental de la Constitución española de 1978. No puede esgrimirse como argumento en contra de esta asunción la presunta heterogeneidad y contradicción de

las referencias que sobre la paz encontramos en nuestra Ley Fundamental, puesto que de ellas se desprende un alineamiento decidido en favor de la paz. A partir de la idea de valor como «preferencia consciente y generalizada que satisface determinadas necesidades humanas», el Prof. Pérez Luño asegura que nuestra Constitución concibe la paz como un estado de cosas al que atribuye expresamente un significado positivo frente a la guerra, que se muestra como disvalor, como realidad negativa, no deseable y que debe evitarse.

2.-La paz, como los demás valores superiores que aparecen en nuestra Constitución, posee plena fuerza normativa, que se proyecta en una triple vertiente: a) El valor de la paz sirve como fundamento de las normas internas protectoras de la paz social y del reforzamiento de unas relaciones internacionales pacificas; b) el valor de la paz *orienta* el orden jurídico y político hacia unos fines determinados que excluyen toda interpretación normativa que no concuerde con una posición pacifista en política interior y exterior; c) El valor de la paz, en su dimensión crítica, anula cualquier disposición normativa o actividad de los poderes públicos que ponga en peligro la paz interna o internacional.

3.-Como consecuencia de las dos conclusiones anteriores, nuestra Constitución puede perfectamente calificarse como pacifista. Ahora bien, como pacifista no en el sentido de optar por un pacifismo «condicional o sociológico», que aunque admitiendo que la paz es un bien, también acepta que la guerra pueda ser en ocasiones un mal necesario; sino en el sentido de opción por un pacifismo «incondicional o ético», basado en que la implicación de la paz y la guerra como valor y disvalor, respectivamente, conlleva forzosamente la promoción del logro de la primera y de la erradicación de la segunda. Ello presupone un deber en forma de imperativo categórico, en si mismo y no condicional ni hipotético, de «compromiso ético en favor de una inmediata sustitución de unas relaciones interhumanas o internacionales basadas en el dominio, la desconfianza y el temor por un orden interno y externo cifrado en la solidaridad fiduciaria y la cooperación».

(Carlos Alarcón Cabrera)

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

La contaminación de las libertades en la sociedad informatizada y las funciones del Defensor del pueblo.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, n.º 4, 1986-1987, págs. 259-290.

El autor afronta en este interesante artículo un problema de nuestro tiempo. La historia de la configuración, delimitación y adaptación de los derechos humanos a las circunstancias temporales de su apreciación encuentra en su recorrido factores que en un principio le son ajenos pero cuyas aplicaciones se convierten en material extraordinariamente familiar. Uno de esos factores son la informática y su aplicación al conjunto de actividades sociales más variado.
En un primer epígrafe esboza el autor las premisas del desarrollo en torno a la posible contaminación de las libertades en la sociedad informatizada. Una «tercera generación» de derechos humanos al filo de las nuevas necesidades de protección de agresiones más modernas entre las que se encuentran las derivadas de procedimientos automatizados como los de la informática.
La reflexión parte de un reconocimiento judicial por parte del Tribunal Constitución Federal de la República Federal de Alemania al declarar parcialmente inconstitucional la ley del censo de población de 4 de marzo de 1982. En ella se reconoce el derecho a la intimidad (no recogido como tal en la Ley Fundamental de Bonn) como expresión de un derecho a la autodeterminación informativa. En la sentencia se expresa que no respetarla menoscabaría tanto la personalidad individual como el bien público.
El fondo del artículo se debate entre la política de información y documentación del Estado social y de derecho y la situación que se produce al introducir una serie de técnicas en la vida social con las que convertir la vida del individuo, sus derechos y libertades en una sombra manipulada por la telemática.
Esta tensión se manifiesta en su apartado «Informática, poderes y libertades» donde se atisba el alcance de la utilización de la informática para cercenar las libertades. Todo una concienciación supranacional que queda alertada por el conocimiento y denuncia del terrible alcance del uso defectuoso. Como ejemplo orientativo el autor acude al modelo que Orwell anticipa en su obra «1984». En 1984 vaticinaba o como explica el autor advertía de los peligros de una sociedad vertebrada por la servidumbre al aparato informático y la capacidad de manejar una información cuyos contenidos se llenan de incompatibilidades con las Cartas de Derechos y Libertades y Constituciones modernas.
Las advertencias de Orwell se sitúan en el ámbito literario para arbitrar dos tendencias antagónicas: el optimismo de la Computopía de Yoneji Masuda frente a los apocalípticos más diversos. En la primera de las opiniones la democracia representativa podría dejar paso a una democracia directa gracias a la informatización que da vía libre a la opinión de cada ciudadano de forma inmediata y continua. En la segunda, toda una serie de autores que identifican progreso técnico con involución humanística. Entre ambas el autor destaca las posibilidades reales junto a los limites de la teledemocracia. Una opinión intermedia que aboga por la utilización del medio informático al servicio y no frente a los derechos históricamente consagrados.
Esta singular tarea queda comprendida y tutelada por la figura del Defensor del Pueblo que ya trabaja en diferentes países en este sentido.

(Ángel Llamas Cascón)

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

La defensa del ciudadano y la protección de datos.

Revista Vasca de Administración Pública, n.º 14, 1986, pp. 43-55.

El uso abusivo de las nuevas tecnologías de la información representa una grave amenaza para los derechos humanos en las sociedades más desarrolladas de nuestro tiempo. En especial, se hacen cada día más extendidas las técnicas de tratamiento automatizado de datos que pueden llegar a afectar a sectores «sensibles», es decir, a informaciones que hacen referencia a aspectos íntimos de la personalidad (creencias ideológicas o religiosas, historias clínicas, circunstancias raciales...). Para evitar los peligros de una utilización indebida de esas informaciones, así como para garantizar a los ciudadanos frente a exigencias injustificadas de datos personales por parte de instituciones públicas y privadas se están poniendo en práctica en los países democráticos distintos mecanismos de protección jurídica.
En este trabajo se analizan algunos de los procedimientos más relevantes en materia de protección jurídica de datos personales. Se alude así a las leyes de protección de datos, así como algunas decisiones judiciales de singular relieve como la famosa Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la Ley del Censo de Población, en la que dicho Tribunal reconoció expresamente el «derecho a la autodeterminación informativa». La alternativa para una sociedad que desee ser libre sin renunciar a los avances del progreso tecnológico no puede ser otra que la de posibilitar una utilización democrática de las informaciones y, garantizar un acceso sin discriminaciones, a los bancos de datos informatizados.

(Carmelo Gómez Torres)

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

La interpretación de los derechos fundamentales.

En el vol.: *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional, Estudios en honor del Profesor D. Antonio Truyol Serra*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales y Universidad Complutense, Madrid, 1986, págs. 955-994.

La interpretación de los derechos fundamentales en su condición de categorías constitucionales reviste una indiscutible peculiaridad que se concreta en su triple y contemporánea condición de valores, principios y normas específicas. Esta monografía parte de esa peculiaridad y en base a las tesis recientes de Dworkin, Carrió y Canaris, asumidas y reelaboradas críticamente, establece unos criterios de distinción entre valores y principios. Acto seguido aborda la diferenciación entre los principios y las normas especificas o casuísticas.
Las diferentes posturas sobre la interpretación de los derechos fundamentales son agrupadas por Pérez Luño en las siguientes direcciones: 1) Teoría positivista, que concibe los derechos fundamentales como categorías jurídico-formales que deben ser interpretadas según un método literal y a partir de la subsunción; 2) Teoría del orden de valores que concibe a los derechos fundamentales como un sistema axiológico objetivo dotado de unidad material; 3) Teoría institucional que postula la funcionalización del contenido de los derechos fundamentales respecto a los valores constitucionalmente institucionalizados. Esta teoría tiene dos variantes: a) la Teoría institucional funcionalista, y b) la Teoría multifuncional; 4) Teoría iusnaturalista crítica que sitúa la interpretación de los derechos fundamentales en una fundamentación intersubjetivista de los valores, partiendo de la posibilidad de que la razón práctica llegue a un consenso abierto y revisable sobre los mismos; la interpretación de los derechos fundamentales actúa así como un proceso abierto y una instancia critica. Esta monografía se cierra con la exposición de tres problemas específicos de la interpretación y

aplicación de los derechos fundamentales: 1) la determinación de su contenido esencial; 2) la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones de derecho privado, o eficacia horizontal, o ante terceros de los derechos fundamentales; 3) la relevancia hermenéutica del principio «in dubio pro libertate».

El trabajo se halla avalado por un amplio y actualizado aparato crítico-bibliográfico y por la referencia a la jurisprudencia constitucional española y extranjera.

(Rafael González-Tablas)

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

Racionalidad practica, iusnaturalismo e historia en los «Scritti di Filosofia del Diritto» de Guido Fassò.

Revista de Estudios Políticos, Madrid, n.º 51, 1986, pp. 163-175.

Se ofrece en este artículo un interesante análisis de los «Scritti di Filosofia del Diritto» de Guido Fassò, publicación editada por sus discípulos Enrico Pattaro, Carla Faralli y Giampaolo Zucchini, y compuesta de trabajos breves pero que contribuyen a clarificar las tesis mantenidas por el maestro italiano durante su amplia obra científica.
Especial relevancia posee, a juicio del autor, el planteamiento metaético de Fassò en lo relativo al significado de los valores jurídicos y políticos, apoyado en la importancia de la razón práctica, que, en conexión con la experiencia jurídica, sirve de criterio fundamental de coexistencia en la esfera de la interacción humana. Esta racionalidad práctica rebasa la exigencia de que toda norma constituya una deducción matemática de unos supuestos valores absolutos, para asumir como propósito primordial el estudio de la realidad social a partir de presupuestos lógico-argumentativos. Asimismo, se destaca el mérito de Fassò de recuperar la función histórica del Derecho Natural como pauta básica de racionalidad práctica de la experiencia jurídica. El iusnaturalismo aparece como «una metaética cognoscitivista de orientación intersubjetivista», porque los valores jurídicos sólo pueden operar empíricamente y, por tanto, condicionados a las coordenadas espacio-temporales.

(Carlos Alarcón Cabrera)

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

Un estudio póstumo sobre el krausismo en Andalucía.

Sistema, Madrid, n.º 74, 1986, págs. 115-121.

El libro de Juan-Ramón García Cue, *Aproximación al estudio del Krausismo andaluz*, sirve de motivo para una reflexión sobre el significado real del movimiento krausista en Andalucía. La tesis que se defiende en este artículo es la de que no puede hablarse propiamente de un «krausismo andaluz», ya que no se dio en esta región un conjunto de problemas o un sistema de pensamiento nítidamente diferenciado de lo que fue el krausismo español en su conjunto. Su mayor o única peculiaridad reside en que esta corriente filosófica y cultural tuvo como escenario de actuación el suelo andaluz. De ahí, que según el autor, lo que el estudio de García Cue prueba y expone certeramente no es la existencia de un «krausismo andaluz», sino de un «krausismo en Andalucía».

(Carmelo Gómez Torres)

POLITOFF, Sergio.

Dogmática y vida de los derechos humanos en los regímenes autoritarios de América Latina.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, n.º 26-27, 1986-1987, págs. 113-133.

El autor pone de manifiesto la existencia de una corriente de opinión que se muestra escéptica ante la

aplicación de la teoría de los derechos humanos en los países del Tercer Mundo. Así, Galtung advierte del peligro de confiar la tarea protectora de los derechos a órganos alejados de los afectados. Aunque no niegue el valor de la actividad tradicional en pro de los derechos humanos, las críticas del autor «relativizan» el sentido innovador de la tradición de los derechos humanos en el mundo periférico. Para el autor esta tradición constituye la sustancia de una cultura jurídica «alternativa» que impugna las estructuras de control social establecidas por los grupos hegemónicos. Esta cultura jurídica no estaría sometida a las vicisitudes de los procedimientos y la maquinaria institucional de las Naciones Unidas. Por otra parte, se pone de relieve la falta de preocupación del Derecho Internacional por los individuos hasta la Segunda Guerra Mundial en que los totalitarismos forzaron una postura más decidida de protección de los derechos humanos. Pero ello se vio ensombrecido por la doctrina de la falta de competencia (no power to take any action) en virtud de la cual las N. U. no están facultadas para tornar ninguna medida relativa a la protección de los derechos humanos. Esta actitud fue modificada por la resolución 1.503 del ECOSOC en que se delimitaba una categoría especial de violaciones de derechos humanos que por su persistencia y grado de prueba posibilitan la intervención de las N. U. El procedimiento es, en opinión del autor, escasamente eficaz pero cumple con la función de permitir el debate internacional y el enjuiciamiento de las violaciones más notorias. Para el autor el hecho de que existan canales para la reclamación de la vigencia de los derechos del hombre tiene una innegable resonancia política y jurídica. El autor critica la existencia de un «doble standard» a la hora de juzgar las violaciones de los derechos humanos según el país en que se cometen sea o no amigo. Este problema puede atenuarse con lo que VAN BOVEN denominó el «tercer sistema», integrado por las organizaciones y movimientos que abogan por la justicia y la liberación frente al primer sistema (gobiernos) y el segundo (redes económicas transnacionales), que puede tratar de llamar a ambos a rendir cuentas. En el caso concreto de Iberoamérica, el autor pone de manifiesto que no pueden escindirse las reivindicaciones en el plano de los derechos civiles y políticos de aquellas propias de derechos socioeconómicos. A pesar de las diferencias entre estos países, existen ciertas semejanzas entre ellos: prescindiendo de criterios formales el poder suele ejercerse por medio de aparatos militarpoliciales. Además estos regímenes suelen recubrirse de fachadas jurídicas con lo que, a falta de una ideología dominante, se autolegitiman mediante la actividad de los juristas. Ello da lugar a contrastes entre leyes antijurídicas y derecho supralegal sin que pueda decirse por ello que toda la antijuridicidad esté expresada en las leyes. A partir de este punto, el autor se adentra en una reflexión sobre la existencia o no de un derecho supralegal, de un núcleo de moralidad interna sin el cual las leyes pierdan su obligatoriedad. Es aquí donde el autor recurre a un nuevo elemento: el conjunto de los derechos inalienables del hombre, aunque advierte de que estos regímenes suelen reconocerlos con fines propagandísticos y los violan en la práctica.

(Francisco Uría Fernández)

PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael.

Tesis de Marx sobre el Derecho.

Persona y Derecho, n.º 14, Pamplona, 1986, págs. 87 a 116.

El autor parte de una lectura de Marx, según la cual «el modo de producción de la vida material condiciona el proceso de conjunto de la vida social, política y espiritual; de esta forma las condiciones económicas constituyen estructuras con relación a las cuales las realidades llamadas espirituales no son sino superestructuras». El autor, siguiendo a Cerroni, sostiene que falta por elaborarse una teoría marxista del Derecho que no sea una mera yuxtaposición de textos de Marx sobre el Derecho, sino que suponga la utilización de los esquemas metodológicos que aplicó Marx a la Economía Política en «El Capital». Para el autor, Pasukanis ha sido el único jurista de filiación marxista que se ha hecho eco de las propuestas metodológicas de Marx trasladándolas al campo del Derecho. Un avance en relación con las tesis de Pasukanis lo constituye, para el autor, la construcción de Poulantzas con sus tesis sobre «la autonomía relativa» del Estado y del Derecho y el entretejimiento de estos con el modo de producción. El autor realiza a continuación una crítica al «materialismo histórico». El núcleo central de la crítica es el reduccionismo economicista de Marx, lo que le lleva a una axiología donde el valor preponderante es el valor económico de un bien (mercancía), consistiendo éste en el trabajo invertido en la producción del propio bien. Frente a esta concepción, opone el autor las tesis de J. Messner, para el cual, el valor de los bienes no viene dado por el trabajo objetivado en ellos, sino por su necesidad y escasez. La conclusión del autor consiste en sostener que el modelo de Marx no entraña progreso alguno para la filosofía del Derecho.

(Luis Aurelio González Prieto)

PRIETO SANCHÍS, Luis.

Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, n.º 4, 1986-1987, págs. 291-321.

Las reflexiones sobre la fundamentación de los derechos humanos han cobrado un especial vigor en los últimos años, especialmente por las contribuciones de teorías subjetivistas entre las que destacan las de Rawls, Dworkin y Nozick, que pueden caracterizarse por su concepción de los derechos humanos como límites al poder, teniendo así como precedente la obra de Locke. Pero, en opinión del autor, estas tesis se hallan excesivamente desconectadas de la historia. Dos características principales parecen presidir estas teorías: por un lado, las decisiones colectivas tendentes a facilitar un mayor grado de bienestar y a satisfacer necesidades básicas se conciben como expresión de principios «secundarios»; por otro, se presenta a los derechos exclusivamente frente al Estado, en forma de derechos subjetivos. Esto va a hacer casi imposible una consideración, desde estas posiciones, de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos básicos.
Así, si nos centramos en la tesis rawlsiana de distinción entre libertad y el valor libertad, que significa en último término la existencia de una libertad igual para todos (del hombre jurídico) ajena a la pobreza e ignorancia y de una libertad desigual condicionada por la existencia concreta, surge la pregunta de si es posible reconducir ambas nociones como dimensiones de un mismo principio. En este punto hay que destacar que ya en la posición original los contratantes hipotéticos van a tomar partido por la primera, aunque no se desconoce la segunda que será resuelta con el principio de la diferencia (que no parece conducir a resultados niveladores). La tesis de Rawls constituye pues, un punto de

referencia de la corriente liberal no utilitarista. Por otra parte, si prestamos atención al significado de los derechos sociales en Dworkin, vemos que éstos no pueden nunca concebirse como triunfos, como auténticos derechos básicos y que su contenido se mueve en el terreno de los objetivos colectivos, donde cabe el regateo político.

Las fundamentaciones de estos tres autores pueden encuadrarse dentro del iusnaturalismo ya que presentan a los derechos como anteriores a cualquier forma de pacto, pero además están completamente desconectadas de la historia ya que ignoran las necesidades que derivan de las condiciones sociales y consideran a los derechos como realidades objetivas, lo que produce una visión estática. Estos obstáculos pueden ser disminuidos bien dentro de una línea que no prescinda completamente de los conceptos de naturaleza y de contrato pero que los matice históricamente atribuyéndoles un significado dinámico y operativo (Pérez Luño), o bien recogiendo ciertos diagnósticos y propuestas de la teoría marxista. Con ello se origina una fundamentación de los derechos que no es previa al consenso sino que se encuentra en él (si nos situarnos en un marco democrático, en el debate sobre las necesidades y el reparto de recursos), produciéndose así unos derechos humanos objetivos de contenido variable. Desde esta fundamentación, los derechos sociales serían auténticos derechos básicos, ya que los sujetos titulares deben ser atendidos en su pretensión aun cuando con ello no se aumente el interés general, sin producirse consecuencias negativas en la dialéctica Estado-individuo. Y además no se concebirían los derechos humanos como triunfos, como realidades escindidas de las decisiones democráticas, sino más bien como los instrumentos que abren y depuran los canales de participación democrática.

(Rafael de Asís Reig)

PUIGPELAT MARTÍ, Francesca.

Sobre la Ciencia del Derecho y el discurso racional.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 3 (Nueva época). 1986, págs. 229-246.

El artículo, tomando como punto de arranque «la sugerencia de Bobbio de dividir su hipotético libro de Filosofía del Derecho en tres partes: a) Teoría del Derecho; b) Teoría de la ciencia jurídica; y c) Teoría de la Justicia», pretende analizar las «relaciones existentes entre el apartado b) y el c) de la propuesta de Bobbio, ya que, precisamente la reflexión sobre la ciencia jurídica... ha mostrado que ésta opera con valoraciones», si bien no renuncia al carácter de ciencia. Para ello, la autora, en primer lugar, tras hacer una breve incursión en la filosofía de la ciencia, se enfrenta a la cuestión de la cientifidad de la ciencia del Derecho mostrando algunas de las objeciones fundamentales a la misma (las proposiciones de la ciencia del Derecho no son contrastables ni lógica ni empíricamente y no se limitan a describir normas) y poniendo de manifiesto, al constatar la hipótesis de partida, la necesidad de mostrar que las elecciones basadas en valoraciones que realizan los juristas no son totalmente arbitrarias y se hallan sometidas a un control racional. Así, el artículo realiza una incursión en las aportaciones de la teoría de la justicia con el fin de averiguar si las valoraciones subjetivas del intérprete escapan a todo control racional o si pueden fundamentarse y justificarse racionalmente. De este modo, se adentra tanto en las propuestas de objetivización de las valoraciones como en cuestiones de metaética o ética analítica; para, finalmente, a partir de la consideración de que un enunciado normativo será correcto cuando se haya obtenido a través de un determinado procedimiento: el discurso racional, concluir proponiendo un programa de investigación -ya iniciado en otros países- centrado en torno a la idea de que la ciencia del Derecho es una forma histórico-concreta de institucionalización del discurso racional.

(Josep Aguiló Regla)

PUY, Francisco.

El consenso autonómico en Galicia.

Ed. Fundación Alfredo Brañas y Consellería de Educación de la Xunta de Galicia, Santiago, 1986, 50 págs.

La autonomía es la organización que corresponde a una sociedad plural que hace funcionar simultáneamente, como directivas de la convivencia, los principios de solidaridad, de cooperación y de subsidiariedad, para regir las relaciones entre grupos dominantes y dominados que la constituyen. La cuestión a analizar se enuncia así: Desde la experiencia autonómica vivida en Galicia entre 1975 y 1985 ¿existe en Galicia un consenso autonómico? ¿Con qué caracteres? ¿Con qué efectos sobre la unidad nacional? Sobre la autonomía existe en Galicia un consenso fundamental, que coexiste con algunos disensos importantes. Los disensos afectan a la orientación de la autonomía. Y el consenso a su necesidad. El disenso en cuanto a la orientación afecta a diez áreas discutidas, a saber:

1.ª) La igualdad de los entes locales de Galicia.
2.ª) La igualdad de todas las regiones españolas.
3.ª) La solidaridad, en especial, la económica.
4.ª) La comprensión del estado autonómico por la escala del estado a) descentralizado, b) desconcentrado, c) federado, d) confederado, o e) simplemente aliado.
5.ª) La legitimación de los administradores.
6.ª) La ideología del gobierno autonómico.
7.ª) El carácter mediador o último de la autonomía.
8.ª) El ritmo del proceso autonómico.
9.ª) La proclividad a la autodeterminación.
10.ª) Los beneficios a esperar de la autonomía.

El consenso en cuanto a la necesidad de la autonomía comprende estos cinco puntos esenciales: 1.º) La población: todos los gallegos sin excepción y sólo ellos.
2.º) El territorio: la tierra gallega en su demarcación actual, pero con proyección cultural sobre los territorios luso-celtas, brito-celtas, indoeuropeos e iberoamericanos.
3.º) Costos: los precisos, pero sin ultrajes ni violencias.
4.º) Cantidad: hasta el máximo techo constitucional.
5.º) Calidad: una autonomía de nacionalidad histórica.

Sopesando posiciones favorables y adversas parece claro que la inmensa mayoría de los gallegos quieren la autonomía.

En realidad, el consenso fundamental existente en Galicia sobre el estado autonómico consiste en quererlo y desear perfeccionarlo. Por lo tanto, cualquier retroceso autonómico transformaría la actual actitud pacifica, abstentiva, tolerante, socarrona e irónica, en el estallido de ira que caracteriza el furor de los mansos y humildes de corazón. Parece aconsejable no provocarlo con hechos, ni con inoportunas apelaciones a la unidad de España. La unidad de España no se puede mantener y garantizar, hoy por hoy, más que por la organización autonómica diseñada en la constitución de 1978.

La autonomía gallega está contribuyendo de modo ejemplar a conservar la unidad de España.

PUY, Francisco.

Europa y la Comunidad Económica Europea.

En el vol.: *Universidad Internacional del Atlántico*. Ed. Fundación Alfredo Brañas y Consellería de

Educación de la Xunta de Galicia, Santiago, 1986, págs. 199-236.

En el momento de comenzar la andadura de la Península Ibérica por los caminos jurídico-políticos de la Comunidad Económica Europea parece conveniente lanzar la sonda de la reflexión para que el vestido superficial de la comunidad no nos esconda la esencia de la Europa que es su sujeto auténtico. Se trata, pues, de responde a la pregunta ¿qué es Europa aquí y ahora para nosotros? Pues bien, la respuesta sustancial puede sonar así: Europa es en primer lugar un tópico de la retórica jurídica y política. Pero tras ese tópico hay también una compleja realidad.
Europa, como realidad, es ante todo una comunidad política, que tiene un caro precio, y que consiste en la organización de un territorio y de la sociedad que lo identifica con una cultura. Europa es, en tercer lugar, la comunidad europea, en proceso acelerado de formación y cambio. Europa es, en cuarto lugar, un mercado común.
Europa es, en quinto lugar, una organización regional internacional, que se basa en el respeto de los derechos y las libertades fundamentales de sus miembros y que se encamina hacia la fórmula federativa autonómica.
Europa es, en sexto lugar, una federación autonómica en proceso formativo o una organización política de intencionalidad federal.
Europa es, en séptimo lugar, y desde el punto de vista geográfico, un quersoneso, y aún se puede decir, que lo es por antonomasia; o sea, que es un archiquersoneso, que se caracteriza por ser «el occidente», aunque ella misma tiene tres partes: la occidental paradigmática; y las dos expectativas de futuro: la nororiental, llamada área socialista; y la sudoriental, llamada oriente medio.
Europa es una muchedumbre de pueblos, en octavo lugar, y por lo que se refiere a la población, cuya unidad es superlativamente cultural.
Europa es en noveno lugar una cultura que se basa en la vivencia de la libertad para la confianza y que se caracteriza como una cultura jurídica y religiosa.
Y en este sentido Europa es el derecho y Europa es la cristiandad. Y por eso, en definitiva, el camino de la cristiandad hacia el derecho, o el camino derecho de la cristiandad.
España es una región periférica de Europa. Y Galicia es el Finisterre de España y de Europa. Europa es desde el Finisterre un camino de confianza y de fe en el futuro: el camino de Santiago. El camino en que se inventó la oración de los europeos: «*Herru Sanctiagu! Got Sanctiagu! E ultreia! E suseia! Deus adiuva nos!*». Cantándolo se hizo la larga marcha a Compostela. Cantándolo podremos sobrellevar mejor la marcha larga a Europa.

PUY, Francisco.

Maeztu y Galicia.

Razón Española, Madrid, n.º 20, 1986, págs. 291-312.

Maeztu tuvo una visión evolutiva de Galicia que describe una curva, la cual conduce desde un desconocimiento y menosprecio iniciales, hasta un conocimiento y estimación finales. Los hitos a considerar son:
a) 1891-1894. Primer contacto con los gallegos a través de los emigrados a Cuba, a quienes Maeztu considera unos buenos trabajadores analfabetos.
b) 1895-1897. Desde Euskalerría, Maeztu ve a Galicia como una colonia vasca.
c) 1897-1905. Segundo contacto con los gallegos, en Madrid. El caso ejemplar (Valle Inclán) muestra que Maeztu admira a los gallegos, pero ni los entiende, ni los estima.
d) 1905-1919. Desde Inglaterra, Maeztu ignora a Galicia y mantiene sus prejuicios antigallegos, como lo muestra otro caso paradigmático (Madariaga).

e) 1920-1927. En esta segunda larga etapa madrileña comienza Maeztu a descubrir Galicia. Sus maestros de galleguidad (Victoriano García Martí y Víctor Said Armesto) le facilitan la tarea. También ha influido la admiración por algunos héroes (Millán Astray, Franco Bahamonde y Calvo Sotelo).
f) 1928-1930. En Buenos Aires, el mejor conocimiento de la hispanidad permite a Maeztu transformar sus sentimientos por Galicia en respeto y admiración.
g) 1931-1935. Por fin conoce Maeztu físicamente a Galicia (Santiago 1933; Coruña 1935) y eso consolida su imagen positiva. Compostela, la catedral jacobea y el Pórtico de la Gloria le abren el acceso al alma gallega.
Por fin llega Maeztu a comprender lo que significa el costumario, la economía, la cultura y la lengua gallegas.
h) Y 1936. Maeztu se entrega a Galicia de la mano del apóstol Santiago. El cual le recibió como a todos sus peregrinos, haciendo de abogado suyo ante el tribunal de Dios y ante el de la historia.
Por lo menos, ante el tribunal de la historia gallega, que ha tratado el recuerdo de Maeztu, salvo escasas excepciones (Salvador Madariaga, Raúl Morodo) con la inimitable generosidad de su hidalguía: así los casos de Fernández de la Mora, Gamallo Fierros, García Martí, López Quintás, Eugenio Montes o Manuel Fraga...

RAWLS, John.

Justicia como equidad (Materiales para una teoría de la justicia). (Presentación y trad. de Miguel Ángel Rodilla).

Ed. Tecnos, Madrid, 1986, 217 págs.

En este volumen se han reunido un total de nueve artículos del autor de *Una Teoría de la Justicia*, que permiten al lector disponer de una amplia panorámica de la obra de Rawls, puesto que se incluyen, por un lado, artículos anteriores a 1971, que desempeñaron un papel decisivo en la gestación de la teoría, y, por otro lado, artículos posteriores que suponen una suerte «de autorreflexión del autor sobre los presupuestos e implicaciones de su teoría». Los artículos aquí recopilados son los siguientes: *Esbozo de un procedimiento de decisión para la ética; Justicia como equidad; El sentido de la justicia; Justicia distributiva; La justificación de la desobediencia civil; Réplica a Alexander y Musgrave; La independencia de la teoría moral; El constructivismo kantiano en la teoría moral; y Unidad social y bienes primarios*.
Asimismo, el libro contiene una presentación de M. A. Rodilla que, a parte de explicar el proceso de formación del pensamiento de Rawls, permite al lector contextualizar la obra de este autor tanto dentro del panorama actual de rehabilitación de la razón práctica, como dentro de las coordenadas socio-políticas de crisis de legitimación del Estado.

(Josep Aguiló Regla)

REHIBINDER, Manfred.

El sentimiento jurídico como sentimiento comunitario. (Trad. de Gregorio Robles).

Sociología y Psicología Jurídicas. Barcelona, n.º 12, 1986, págs. 29-39.

El presente artículo se estructura en cinco apartados: I. El sentimiento jurídico como valoración primaria; II. Fundamentos determinantes de la valoración primaria; III. El sentimiento jurídico como sentimiento de los valores; IV. Un sentimiento jurídico desarrollado, signo de salud psíquica; y V. Resumen.
El contenido del artículo, recurriendo a las palabras del propio autor, puede resumirse del siguiente modo: «El sentimiento jurídico es la identificación con uno u otro de los puntos de vista que sostienen intereses distintos en un conflicto jurídico.
Es preciso diferenciar en el fenómeno una valoración primaria, de carácter espontáneo, y el juicio axiológico que justifica dicha valoración.
En la valoración primaria predomina lo emocional. El dominio determinante de la emoción es el sentimiento comunitario. Este es, según Adler, la compensación más o menos feliz del complejo de inferioridad que todo hombre tiene como consecuencia de su inferioridad biológica. El sentimiento comunitario, y con él el sentimiento jurídico, se desarrollan, pues, por motivos de seguridad existencial. Existe en todo hombre, como disposición natural pero no como instinto, pues el ser humano posee, para dominar su complejo de inferioridad, una libertad creadora que le lleva a la formación de un estilo vital especial. Por eso se producen con frecuencia fenómenos que el filósofo del Derecho, Radbruch, denomina impurezas del sentimiento jurídico.
La valoración primaria se somete, en un segundo acto, al enjuiciamiento de la conciencia, al sentido de la justicia, a un sedicente filtro normativo. Este acto más racional de enjuiciamiento, tiene lugar con la finalidad de compensar los sentimientos de culpa que van unidos al complejo de inferioridad. Si la

conciencia se tranquiliza, se produce entonces un sentimiento de bienestar, pues el sentimiento comunitario es un mecanismo de autorrealización conectado a la representación de una comunidad ideal. El juicio de la conciencia imprime carácter en la valoración primaria de tal manera que, desde un sentimiento *gaseoso*, puede ascenderse hasta alcanzar la altura del sentimiento jurídico propio de los juristas de profesión (enseñanza del sentimiento jurídico como proceso ilustrativo). El sentimiento jurídico es, según esto, al igual que todo sentimiento comunitario, un proceso cognitivo susceptible de aprendizaje, pues la vida social puede ser, según Adler, ejercitada. Esta idea supone la propuesta de tareas prácticas, no sólo al educador sino también al jurista».

(Josep Aguiló Regla)

ROBLES MORCHÓN, Gregorio.

Tres tipos de reglas en el Derecho.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, n.º 4, 1986-1987, págs. 323-338.

El estudio de los juegos puede ser: causalista o genético (causas y efectos del juego), estratégico (cómo actuar para conseguir el éxito), teológico (finalidad de los hombres participantes en el juego) y lingüístico (el juego como un texto producto de una convención entre los hombres). Este último permite definir el juego en su estructura autónoma, ocurriendo lo mismo con el Derecho. Un orden jurídico será pues un conjunto de expresiones lingüísticas, a las que llamamos reglas, que están dirigidas a orientar o dirigir la acción.

El Derecho es pues convención y ésta es lenguaje que crea arbitrariamente un ente, dando como resultado un ámbito óntico-práctico constituido, en algunas ocasiones, exclusivamente por elementos necesarios (bien de carácter estático, como el espacio, el tiempo, los sujetos y las competencias, que son los elementos ónticos del ámbito; bien de carácter dinámico, como el procedimiento), pero en otras no, como en el caso del Derecho, que contiene elementos posibles bajo la forma de deonticidad.

El Derecho desde el punto de vista formal es un sistema de reglas de estos tres tipos: ónticas, procedimentales o técnico-convencionales y deónticas o simplemente normas. Las primeras son los que crean los elementos ónticos y se expresan mediante el verbo ser. Las segundas son las que crean el procedimiento que son expresión del tener que convencional. Por fin, las últimas son las que expresan deberes, y pueden ser: de conducta, de decisión, de ejecución, permisivas, interpretativas y admonitivas.

(Rafael de Asís Reig)

RODILLA, Miguel Ángel.

El Derecho y los juegos. Utilidad y límites de una analogía. (A propósito de un reciente libro de Gregorio Robles).

ROBLES, Gregorio.

La comparación entre el Derecho y los Juegos. (Réplica a Miguel Ángel Rodilla).

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 3, 1986, págs. 547-607.

Estas notas recogen la crítica de M. A. Rodilla al libro de G. Robles «Las Reglas del Derecho y las Reglas de los juegos» (Palma de Mallorca, 1984) y la réplica de G. Robles a las críticas formuladas por M. A. Rodilla. A juicio de Rodilla, las tesis más relevantes y polémicas de G. Robles son tres: A) El Derecho guarda una analogía estructural más estrecha con los juegos que con la moral y los usos sociales y consiguientemente partiendo de esta homología estructural puede definirse el Derecho en términos más rigurosos y precisos. B) La dicotomía ser/deber ser es una dualidad muy simple que no permite dar cuenta de la naturaleza de los juegos ni del Derecho. C) El minucioso estudio de la analogía entre los juegos y el Derecho ayudará a abrir paso a una teoría que se encontraría más allá de semejante alternativa (ser/deber ser; normativismo/empirismo) y de los problemas a que conduce. A continuación, Rodilla analiza críticamente los distintos tipos de reglas que aparecen en el libro de Robles: reglas ónticas, reglas técnicas y reglas deónticas. Reglas ónticas serían las que establecen los elementos necesarios del campo en que se desarrolla la acción; las reglas técnicas establecen los requisitos para realizar con éxito acciones dentro del campo y presuponen las reglas ónticas; las reglas deónticas califican ciertas acciones u omisiones como debidas. En este contexto las críticas de Rodilla son las siguientes: 1) en algunos casos las reglas deónticas son «reconstrucciones hermenéuticas» de las reglas ónticas; 2) la construcción de Robles no es novedosa sino que tiene su antecedente inmediato en la obra de J. Searle; 3) la tesis de Robles de que el Derecho no pertenece al mundo del ser ni al del deber ser sino que su esencia es la de un *ser convencional* sólo se puede mantener a costa de sostener que existen dos géneros de convenciones: las convenciones normativas y las convenciones ónticas. Concluye Rodilla afirmando que el enfoque lógico-sintáctico utilizado por Robles «no proporciona una caracterización suficientemente diferenciada del Derecho».
La réplica de Robles se divide en dos partes una primera de carácter general y otra de carácter concreto. En la primera, Robles censura a Rodilla la lectura defectuosa de su libro que se caracterizaría por el mayor énfasis puesto por Rodilla sobre determinadas tesis de su libro y las omisiones de partes, que a juicio de Robles, son de gran importancia para la comprensión global del mismo. En la segunda parte Robles expone con detalle las tesis centrales de su libro malinterpretadas -a su juicio- por Rodilla en determinados puntos y aspectos concretos. Así sostiene que su libro no se caracteriza por sostener un enfoque determinado para el conocimiento y comprensión del Derecho (el lógico-sintáctico), sino porque en su libro «subyace una Teoría del Derecho entendido este último término como Derecho posible y no como Derecho positivo». En este sentido «la estructura formal del Derecho agota su concepto, siendo el problema de las condiciones de su existencia real un problema que se sitúa fuera del problema del concepto. Que el Derecho esté puesto es un problema analizable sólo en términos de investigación fáctica. Por el contrario, cual sea la estructura del Derecho es independiente de su implantación real y, por tanto, analizable en un terreno distinto al de ésta». A partir de esta concepción tornan un sentido distinto los conceptos de validez y eficacia. Robles analiza a continuación el problema de las relaciones entre los tres tipos de reglas, la diacronía y sincronía en el Derecho, la llamada por Rodilla «reconstrucción hermenéutica de las reglas», para concluir analizando críticamente lo que Robles llama «tergiversaciones» realizadas por Rodilla en un cuadro presentado por éste para explicar las conexiones entre tipos de reglas, ámbitos, formas de ser y modo

de existencia de los fenómenos.

(Francisco López Ruiz)

RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino.

Teoría del Derecho como complemento o en sustitución de la Filosofía del Derecho.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, n.º 4, 1986-1987, págs. 339-357.

El autor de este artículo se pregunta el porqué del aumento de interés por las cuestiones teóricas del Derecho. Así va a destacar tres causas principales: la carencia de unidad práctica de la Filosofía del Derecho, la aspiración a una mayor atención a los problemas sociales y la influencia de cuatro corrientes de pensamiento que son el neopositivismo lógico y la Filosofía analítica, la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt, la Teoría de sistemas y por último, el marxismo.
Las publicaciones sobre el tema son comparables, en número, a las producidas sobre el Derecho natural al final de la segunda guerra mundial. Estas publicaciones se pueden agrupar en tres tipos de intentos: a) Colecciones destinadas a lijar el concepto, contenido, objetivo y límites de la Teoría del Derecho o de sus ramas. Destaca aquí el volumen «Rechts-Theorie. Berträge zur Grundlagendiskussion» (Teoría del Derecho. Contribución a una discusión de los fundamentos), la serie de «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie» (Anuario de Sociología del derecho y la Teoría del Derecho) y la colección «Rechtstheorie. Anzätze zu einen kritischen Rechtsverständnis» (Teoría del Derecho. Un punto de partida para una concepción crítica del Derecho). b) Intentos de configuración temática de la Teoría del Derecho. Destaca aquí el protagonizado por A. Podlech primero en «Entwurt einer Rechts-Theorie als Strukturtheorie positiver dogmatisch gefasster Rechtsordnunen» (Proyecto para una Teoría del Derecho como Teoría de las órdenes jurídicas positivas dogmáticamente concebidas) y posteriormente en «Architektonik einer möglichen Rechtstheorie» (Arquitectónica para una posible Teoría del Derecho). c) Intentos destinados a concretar la temática de la Teoría del Derecho en plan Manual o Tratado.
Destacan en este sentido y dentro del pensamiento jurídico occidental A. Kaufmann y W. Hassemer, primero en su «Grudprobleme der zutgenöuischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie» (Problemas fundamentales de la Filosofía y de la Teoría del Derecho contemporáneas) y posteriormente en las sucesivas ediciones de «Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegewart» (Introducción a la Filosofía y Teoría del Derecho actuales). Dentro del pensamiento jurídico marxista destaca el manual «Marxistisch-leninistische Staats und Rechtstheorie (Teoría marxista-leninista del Estado y del Derecho).
Pero las novedades más importantes dentro de este contexto son, en primer lugar, la aparición de la revista «Rechtstheorie» en 1970 cuyo contenido (hasta ahora 16 tomos) se puede ordenar sintéticamente en seis grupos homogéneos (temas que preocupan a la Filosofía del Derecho actual enfocados desde una actitud teorética; Teoría fundamental del Derecho; justificación y fundamentación crítica de la Teoría del Derecho; desarrollo de una especifica Teoría del Derecho; contenido de las ramas de la Teoría del Derecho; y por último trabajos informativos sobre la situación y momentos actuales de la Teoría del Derecho), y en segundo lugar, el progreso de la Editorial Alber con su serie «Kolleg Philosophie».
De este panorama descrito se deduce que es preciso examinar una serie de aspectos principales de la Teoría del Derecho en relación con la Filosofía del Derecho: 1. Origen, evolución y contenido semántico del término teoría comparándolo con el término filosofía. 2. Significado concreto que tiene la Teoría del Derecho en la actualidad. 3. Estudio de las direcciones generales de pensamiento teórico en torno al Derecho.

(Rafael de Asís Reig)

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María.

La ética del liberalismo económico en Adam Smith.

En el vol.: *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional. Estudios en honor del Profesor D. Antonio Truyol Serra*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales y Universidad Complutense, Madrid, 1986, págs. 1.073-1.088.

Hasta hace poco ha prevalecido en la interpretación de A. Smith la tesis de que su dedicación al estudio de la Economía suponía una ruptura con su filosofía moral, cuya máxima expresión es su *Theory of Moral Sentiments*; hoy en día se combate esa interpretación, y en esta línea se inscribe este trabajo. Se expone la concepción de la moralidad en A. Smith como una combinación del utilitarismo con otras posturas. Se analiza su teoría del conocimiento moral en relación con la de Hume y con especial referencia al recurso del «espectador imparcial». También se llama la atención sobre la importancia dada por Smith a las «reglas generales» para orientar nuestro conocimiento moral. Dentro de estas reglas destacan por su mayor exactitud las referentes a la justicia. La importancia de ésta para la vida social se deriva a su vez, según Smith, de su carácter fundamental, de ser «la columna principal» que sostiene todo el edificio de la sociedad. Dado que las reglas generales referentes a la justicia son sociales, podemos ver en ellas un medio para conocer y aplicar la justicia distinto del que corre a cargo de los gobernantes, que era el único que tenía en cuenta Hume.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María.

Las doctrinas sobre la tolerancia religiosa de fines del siglo XVII y la distinción entre moral y derecho a principios del XVIII.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, n.º 4, 1986-1987, págs. 359-378.

Este artículo recoge el estado de la tolerancia religiosa en la historia del pensamiento de finales del siglo XVII y principios del XVIII. Se trata de una puesta en relación del marco espacial y temporal con el ideario tanto de los pensadores más avezados como de las corrientes mayoritarias de la sociedad. La primera aproximación nos sumerge en el sentimiento colectivo de la época para olvidar la perspectiva actual que pudiese enjuiciar anacrónica y extemporáneamente hechos e ideas. Un sentimiento de la comunidad que estaba en la mayoría de las ocasiones enraizado en la actitud y en la acción intolerante. Las persecuciones por motivos religiosos en numerosas ocasiones se ven alentadas por un fuerte apoyo popular.
Paralelamente, según el autor, escasean las fundamentaciones doctrinales de la intolerancia, destacándose que fuese más una práctica fruto de los instintos que una postura racional. Se realiza una descripción del conjunto de condiciones sociopolíticas del ámbito donde se produce tanto la tolerancia como la intolerancia. Entiende el autor la tolerancia como libertad religiosa estableciendo diferentes niveles en torno a ambos conceptos.
Para enfocar el seguimiento doctrinal contrapone la obra de San Agustín con la de Pierre Bayle. Dentro de las matizaciones temporales y doctrinales de ambos se retienen los puntos fundamentales primero de las posturas intolerantes a las que llega después de análisis basados en la libertad de pensamiento de San Agustín; a continuación las refutaciones de Bayle censurando el uso de la coacción como medio de infundir las ideas religiosas. También pondrá en relación los temas estrictamente internos referidos únicamente a la conciencia respecto a la justificación para introducirlos como competencia de la coacción de los edictos reales. Sin situarse en posturas escépticas Bayle hace una defensa de la conciencia religiosa «respecto al modo como se ha de honrar y servir a Dios», Dios como impulsor de esta libertad. En la misma tradición Locke en su Carta sobre la Tolerancia, distinguiendo Iglesia y Estado tanto por los fines como por los medios de que se valen. También Christian Thomasius en torno a la consideración de si la herejía es o no un delito que lleva consigo la pena. Con ella toda la distinción entre Moral y Derecho que tiene como premisa la tolerancia.

(Ángel Llamas Cascón)

RODRÍGUEZ YURRE, Gregorio.

La Teoría General del Derecho en el Marxismo.

Perona y Derecho, Pamplona, n.º 14, 1986, págs. 13-86.

El autor analiza en este artículo cuáles pueden ser los fundamentos de una teoría general del Derecho de inspiración marxista. Para ello, estudia no sólo las ideas que Marx y Engels han expresado sobre este tema sino también las contribuciones de Lenin. No excluye el autor de su estudio las contribuciones de Stucka, Pasukanis y Vyshisnky, considerándolas decisivas para la configuración de una teoría general del Derecho de orientación marxista. El autor contextualiza las aportaciones de los autores mencionados dentro de las circunstancias sociopolíticas en que se producen, poniendo de relieve cómo éstas determinaron en más de una ocasión la orientación que habría de tomar la propia teoría general del Derecho marxista en la Unión Soviética. En este sentido, el autor se detiene

especialmente en la época stalinista y en el análisis de la Constitución soviética de 1936, para posteriormente analizar el período de la desestalinización y la Constitución soviética de 1977, viendo en estos documentos constitucionales la evolución del propio pensamiento jurídico soviético. Posteriormente, el autor examina la crítica de Kelsen al pensamiento jurídico soviético, para concluir con una valoración final del pensamiento jurídico soviético al que se califica de positivista-decisionista.

(Luis Aurelio González Prieto)

ROJO SANZ, José María.

En torno a los principios (algunas reflexiones sobre Dworkin).

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 3, 1986, págs. 517-525.

Con este artículo el autor pretende introducirse en la discusión que el pensamiento de R. Dworkin ha levantado en los últimos años y que se considera como una de las más fecundas del pensamiento jurídico actual.
Se trata el tema de los principios por ser considerado como una de las aportaciones más importantes de Dworkin a la teoría general del Derecho.
En efecto, Dworkin busca realizar una teoría tal que no excluya el razonamiento jurídico ni el moral, sino que los una conceptualmente. Son reveladoras las afirmaciones de este autor respecto a la consideración progresiva, por su parte, de la filosofía jurídica, como parte de la filosofía moral. Así, desembocará en un sistema jurídico que incluya el derecho explícito y un conjunto de principios jerárquicamente ordenados, implícitos en el derecho explícito. Por otra parte la postura de Dworkin, no es considerada como una nueva versión del iusnaturalismo abstraccionista ni como una referencia más a los «principios generales del Derecho». Para Dworkin, los principios se identifican, no por la regla de reconocimiento de Hart, sino por un acto del juez: son principios morales objetivos y principios morales positivos.
Si examinamos la postura de Dworkin desde el punto de vista de una teoría de la justicia, vemos que en alguna posición originaria radical alguien tiene derecho a algo, tratándose de una exigencia moral que se proyecta en forma de principios que imperan su aplicación al caso, a veces incluso con tanta fuerza que exigen su conversión en preceptos legales, proyectándose sobre todo el ordenamiento jurídico desde, por ejemplo, un texto constitucional.
De esta forma «los principios rellenan siempre el ordenamiento y, no sólo sugiriendo una respuesta, sino precisamente, dirigiendo hacia una respuesta justa al caso», al enlazarse con las exigencias morales de justicia el acto del juez cuando pone en la vida a un principio. Así, moral y Derecho no se confunden, pero se implican íntimamente.
Se concluye el artículo afirmando que, a pesar de las geniales intuiciones de Dworkin, y a pesar de las contradicciones que pueda haber en sus planteamientos, éstos han tenido la virtud de remover el pensamiento jurídico de la segunda mitad de este siglo, adueñándose también, en forma de controversias ardientemente suscitadas, de la escena jurídica de toda Europa.

ROMERO MORENO, José Manuel.

Sobre la polémica en torno al autogobierno del poder judicial.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, n.º 4, 1986-1987, págs. 379-398.

El presente artículo pretende realizar una clarificación desde la reflexión teórica sobre el sistema de elección de los miembros del Consejo del Poder Judicial y proceder a un saneamiento ideológico y analítico del razonamiento. Para ello divide el autor su trabajo en cinco apartados diferentes. El primero de ellos expone la falsedad de la existencia de un Poder judicial apolítico. El modelo de Montesquieu ha quedado en un modelo histórico impracticable. Las condiciones sociológicas que el autor francés determinaba en su teoría se incumplieron desde tiempos muy tempranos: así el total sometimiento a la ley de un poder que consideraba «nulo» y la total erradicación de «cualquier sombra de corporativismo». Se pone en relación lo anterior con algunas experiencias poco apolíticas del poder judicial en España antes de entrar en el segundo apartado.
Este segundo bloque da cuenta de las razones del conservadurismo de hecho del Poder judicial. Lo explica a través, en primer lugar de lo que es la actividad normal del juez como, la misión de reconstrucción, la primacía del criterio del precedente y la vigencia del mínimo ético kantiano en la relación Justicia-Derecho que asume el órgano jurisdiccional.
El tercer apartado explica las disfunciones en la misión de los jueces a causa de la incidencia que produce la politicidad conservadora. El autor, denuncia la mitificación del Poder judicial como una de las causas de estos efectos nocivos. Realiza una aproximación sociológica que incluye actitudes y voluntades que explican esta mitificación.
El segundo factor del que hablaba Montesquieu como condición previa a un Poder judicial apolítico es el contenido del cuarto epígrafe; el corporativismo «inevitable» como causa de las disfunciones del Poder judicial. El problema principal residirá en que aparece mezclado, indistinto y traspuesto con otras categorías fundamentales de la constitución del Estado de Derecho como la separación de poderes y la independencia del poder judicial. En el trabajo se pasa revista a estas dos características desde un tipo de aproximación conceptual.
El quinto y último apartado se refiere al autogobierno del Poder Judicial partiendo de los análisis ofrecidos anteriormente para ofrecer una serie de propuestas. La propuesta del autor es mantenida en el mundo de los principios: así desde la legitimización del Poder judicial que está más en el cumplimiento «recto» de su función que en su origen. También constituirse en boca traductora activa de la ley «pero sometida estrictamente al espectro o banda de concepciones dominantes en la sociedad». Respecto al autogobierno se propugna el respeto a la legitimación del Poder judicial reflejando los valores mínimos de la sociedad y sin sustituir al legislativo en sus funciones.

(Ángel Llamas Cascón)

RUBIO CASTRO, Ana.

El neocorporativismo español: el Acuerdo Económico y Social (1985-1986).

Revista de Estudios Políticos, Madrid, n.º 50, 1986, págs. 213-239.

Este trabajo parte de la consideración de las importantes transformaciones socio-económicas que se han producido en España en este último decenio y, desde luego, de las transformaciones políticas. La búsqueda de soluciones efectivas y consensuadas, en medio de una situación peculiar como fue la transición española, llevó en octubre de 1977 a los llamados *Pactos de la Moncloa*. Esta específica situación determina los sujetos de la negociación y la amplitud de sus contenidos (política presupuestaria, seguridad social, empleo, precios, salarios, etc.). Parecía claro que, una vez aprobada la Constitución, no tendrían sentido acuerdos de esta naturaleza. Sin embargo, tras su aprobación ha continuado la política de concertación para la consecución de objetivos de carácter económico: el Acuerdo Marco Interconfederal, que abarca el período 1980-1981, el Acuerdo Nacional de Empleo para el año 1982, el Acuerdo Interconfederal para 1983, el intento fallido de firmar un Acuerdo Interconfederal para 1984 y, por último, el Acuerdo Económico y Social para 1985-1986.

¿Qué se pretende por medio de la política de concertación? Las fuerzas sociales estaban convencidas de que la vía de la concertación era el instrumento político capaz de solucionar los graves problemas económicos existentes en España. Esta vía significaba, sin embargo, la aceptación de una línea neocorporativa. Aceptación que está íntimamente ligada a la existencia de un Estado social de derecho a nivel institucional y un capitalismo monopolista a nivel económico. La formación social capitalista se había caracterizado por haber resuelto de alguna manera el problema del crecimiento económico. El mito del crecimiento infinito hoy está destruido ante la evidencia de recursos finitos, limitación de mercados, sistemas ecológicos no reemplazables, etc. Estas nuevas situaciones han conducido a una reducción de los beneficios empresariales. Para seguir manteniendo los porcentajes de beneficio los empresarios necesitan de la ayuda del Estado socializando costes. Pero, para esta actuación, al Estado no le son adecuados los instrumentos tradicionales del Estado de Derecho. El Parlamento se margina y la ley se considera una estructura demasiado estrecha para las multiformes y complejas actuaciones de aquél. Hay que buscar nuevos cauces de decisión.
La intervención de las organizaciones sociales en la concertación ofrece a sindicatos y organizaciones patronales la posibilidad de controlar el sistema económico, importante en un momento de crisis y tasa elevada de desempleo, y a cambio el ejecutivo obtiene cierto grado de estabilidad social.
Es curioso señalar que, tras las declaraciones de los distintos representantes de sindicatos, gobierno y empresarios elogiando la política de concertación, se oculta la falta de eficacia de los distintos objetivos a alcanzar en los diferentes acuerdos realizados hasta el momento. Hecho que nos lleva a sostener que la eficacia de la concertación no es tanto económica como política. La política de pactos produce una cierta integración social, más allá de las vías de representación parlamentaria y posibilita que se cubran los déficits de legitimidad que pueden afectar al Estado, sobre todo si tiene que realizar una política económica dura para determinados sectores sociales.

RUIZ MANERO, Juan.

Sobre la crítica de Kelsen al marxismo.

Doxa, Alicante, n.º 3, 1986, págs. 191-231.

El autor parte de la consideración de que la obra crítica de Kelsen sobre el marxismo -que se extiende a lo largo de cuatro decenios- es de importancia sólo comparable a la de Popper, a la que se anticipa en algunos puntos centrales. Señala que las críticas filosóficas, teórico-políticas y teórico-jurídicas que Kelsen dirige al marxismo permanecen globalmente invariables, pese a ciertos desplazamientos en las actitudes de Kelsen frente a los proyectos prácticos del socialismo marxista: lo que en su opinión, «constituye un argumento no desdeñable, que quizás fuera del agrado del propio Kelsen, en favor del carácter aideológico» de esas mismas críticas. Tras ello, el autor se detiene en los siguientes puntos: 3. *Predicción y programa en el marxismo*; 4. *La dialéctica*; 5. *El concepto de «Estado»*; 6. *La extinción del Estado*; 7. *La dictadura del proletariado*; 8. *Las teorías jurídicas del marxismo. El Derecho como ideología; el «Derecho revolucionario»*; 9. *Stucka*; 10. *Rejsner*; 11. *Pasukanis*; 12. *Vysinskij*.
A continuación, el autor, teniendo en cuenta que la teoría del Derecho actual es fundamentalmente postkelseniana y que la reflexión filosófica que hoy cuenta es deudora en mucha mayor medida de las tradiciones que se remontan a Hume y a Kant que de la inaugurada por Hegel, esto es, no entrando a valorar la eventual fecundidad de adoptar perspectivas más externas a la kelseniana, formula *Algunas críticas a la crítica de Kelsen*. Algunas de éstas afectan a aspectos de la interpretación kelseniana de la doctrina marxista. Así, si bien es cierto que está sólidamente fundada la caracterización de la ética de Marx (y también la de, por ejemplo, Kautsky, Plejánov o Lenin) como naturalista, también lo es «que no todos los que se han considerado a sí mismo insertos en la tradición marxista han aceptado

una concepción naturalista de la ética» y, en este sentido, es «sorprendente que Kelsen no haya considerado necesario echar las cuentas» con lo que se denomina *kantismo marxistizado* o *marxismo kantianizado*. Igualmente, critica la negativa kelseniana a admitir usos extralógicos del término 'contradicción' y rechaza la opinión de Kelsen según la cual Marx y los marxistas cuando aluden a un conflicto (en su terminología, a una contradicción) entre clases sociales creen estar expresando una contradicción lógica. Asimismo sostiene que en estos escritos de Kelsen hay algunos rastros de esencialismo, en general, y de momentos de críticas injustificadas al marxismo, en particular, originadas por la proyección sobre él de las cargas de significado atribuidas a determinados términos por la teoría pura, así como que el *approach* al Derecho propio de la teoría pura opera en algún caso como filtro deformador de la comprensión kelseniana de las posiciones marxistas (como es el caso de algunas de sus críticas a Pasukanis). Otras críticas afectan a ciertas inconsistencias que exhibe la crítica kelseniana en relación con postulados epistemológicos y metodológicos claves en la obra del propio Kelsen, especialmente en lo que se refiere a su metaética (crítica al ideal de una sociedad anárquica) y a su teoría de la ciencia jurídica (crítica del régimen soviético presidido por la constitución staliniana de 1936). Finalmente, otras críticas aluden a algunas debilidades sustantivas que presenta la aproximación a determinados problemas por parte de Kelsen, en particular a su concepción de la ideología. En opinión del autor, para poder predicar con sentido el carácter ideológico del Derecho no es preciso -contra lo que piensa Kelsen- atribuir valor veritativo a las normas jurídicas, sino que basta con que la falsedad connotada por el concepto de ideología la entendamos referida a los efectos de las normas sobre las representaciones de la realidad que se hacen quienes se encuentran sometidas a ellas.

(Josep Aguiló Regla)

RUIZ MIGUEL, Alfonso.

Filosofía de la paz: algunos problemas éticos.

Leviatán. Revista de hechos e ideas. Madrid, II Época, n.º 26, invierno 1986, págs. 123-132.

Se trata de una ponencia presentada al Simposio «Ética y cultura de la paz», organizado por el Instituto Fe y Secularidad y la Fundación Friedrich Ebert, en Madrid, del 16 al 18 de diciembre de 1985. Tras una introducción sobre la relación entre filosofía, guerra y racionalidad, se tratan tres problemas éticos diferentes: en primer lugar, la diferenciación entre pacifismo y belicismo, donde se señalan algunas razones para preferir éticamente una forma de pacifismo que sólo acepta la legítima defensa como razón de intervención en una guerra (pacifismo relativo); en segundo lugar, la moralidad de la disuasión nuclear y de la carrera de armamentos viene analizada tanto desde un punto de vista deontologista como desde uno consecuencialista, denunciando las funciones objetivas de la carrera armamentista en la búsqueda de la capacidad de primer golpe y de la superioridad estratégica; y, en fin, en cuanto al valor de la paz, tras un análisis del triple presupuesto de la argumentación pacifista antinuclear (alto riesgo de un primer uso de las armas nucleares, alta probabilidad de que un primer uso degenere en guerra nuclear total y probabilidad de que una guerra nuclear total produzca la desaparición de la especie humana), se destaca la aporía de la elección de los defensores de la disuasión nuclear en favor de un riesgo creído pequeño pero de un mal incalculable y se concluye señalando que la posición pacifista puede ser más racional en la presente situación de incertidumbre.

RUIZ MIGUEL, Alfonso.

Sobre la fundamentación de la objeción de conciencia.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid n.º 4, 1986-87, págs. 399-421.

El autor parte de la consideración de que ha sido en este siglo cuando se ha generalizado el reconocimiento jurídico de varios tipos de objeción de conciencia al servicio militar y de que una vez reconocido jurídicamente el derecho a objetar un deber por razones de conciencia, tal objeción de conciencia deja de ser una forma de desobediencia al Derecho. «Todo ello significa -dice- que mientras es contradictorio hablar de institucionalización de la desobediencia civil o de la resistencia al Derecho, no carece de sentido plantear el problema de si la objeción de conciencia debería ser institucionalizada jurídicamente». Que no carezca de sentido no quiere decir que esté justificada dicha institucionalización. «Precisamente el objetivo de este ensayo es plantear si la objeción de conciencia podría o debería ser reconocida en general, es decir, si puede defenderse la existencia de algo así como un 'un derecho (humano o moral) general a la objeción de conciencia'». La importancia del tema viene dada no sólo porque se trata de una cuestión ampliamente discutida en la teoría filosófico-jurídica, sino también por su trascendencia práctica, pues en los últimos años parecen haberse incrementado las demandas sociales de reconocimiento de la objeción de conciencia y cabe prever que en un futuro pueden extenderse tales demandas a casos hoy insospechados.
«La pregunta por la posibilidad de justificar un reconocimiento general de la objeción de conciencia debería servir para proponer una teoría lo más completa y coherente posible sobre el problema que delimitara las razones en las que tal objeción podría fundamentarse y que estableciera criterios para diferenciar entre posibles casos que merezcan un trato distinto. Tal teoría podría tener un doble carácter: por un lado, filosófico-jurídico y moral, en la medida en que se intente establecer si estaría justificado, y en qué casos lo estaría, reconocer moral y jurídicamente la objeción de conciencia, y,

por otro lado, dogmático-jurídico, en la medida en que se trate de determinar los principios y criterios normativos explícitos e implícitos que rigen esa materia en un determinado ordenamiento jurídico». Así, después de advertir que en este trabajo va asumir el primer punto de vista -lo que no está del todo desconectado de los problemas jurídicos-, el autor se detendrá en la delimitación conceptual entre objeción de conciencia y desobediencia civil; en el análisis de las razones que pueden justificar un caso particular de objeción de conciencia, como es la relativa al servicio militar; y en unas observaciones sobre el supuesto derecho general a la objeción de conciencia, para, finalmente, concluir diciendo: «si los argumentos que aquí se han defendido son sostenibles, podría estar justificado reconocer jurídicamente un derecho general a la objeción de conciencia. Tal reconocimiento podría ser legal o judicial y debería enmarcarse en dos coordenadas. En primer lugar, debería establecer los límites procedentes de los tipos de deberes objetables: junto a la posible exclusión de los deberes propios de los funcionarios, el derecho a la objeción de conciencia habría de limitarse, por un lado, a deberes cuyo beneficiario es el propio sujeto al deber o, siendo diferente, consiente su incumplimiento, y, por otro lado, a deberes de cumplimiento final colectivo o con sujeto indistinto. En segundo lugar, debería admitirse también la cautela general de que el ejercicio de tal derecho podría ser sometido a comprobación (por ejemplo, judicial) y, al menos en algunos de los supuestos, a contraprestaciones alternativas aunque no sancionatorias».

(Josep Aguiló Regla)

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel.

Desde la justicia de la venganza hasta la justicia civil. Reflexiones sobre Esquilo.

Revista general de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1986, pág. 355 a 453.

El autor estudia en este artículo las relaciones existentes entre venganza y justicia civil existentes en el mundo griego, centrándose especialmente en la literatura de los grandes clásicos de la tragedia griega. Concretamente el autor analiza la evolución de estas relaciones en la obra de Esquilo. En la obra de este autor, como en la de otros autores trágicos griegos, existe una unión inseparable entre Derecho, Política, Religión y Ética que hace imposible un tratamiento exclusivamente jurídico, político o ético de un problema de la envergadura de la justicia o, como en este caso de la venganza como estadio previo a la instauración de un «sistema de justicia» sustraído, por tanto, a la voluntad de las partes. En el caso de Esquilo, los dioses no sólo llegan a aprobar la venganza sino que incluso llegan a exigirla. A ésta se opondrá en el pensamiento de Esquilo la justicia civil, prudente y reparadora del equilibrio preexistente a la realización de un acto ilícito.
El artículo está dividido en diez apartados y un apéndice final. Estos diez apartados son los siguientes: 1) Introducción al problema investigado; 2) La aportación de Esquilo en la Orestía; 3) El nombre del Tribunal del Areópago y su organización; 4) Sentido antropológico de la venganza como forma de justicia; 5) La justicia, entre la venganza y la seguridad; 6) El contexto cultural (creencias y valores) del escritor Esquilo; 7) La intención política de Esquilo; 8) Las tramas de la venganza: La red del Hades; 9) El paroxismo de la crisis de las dos justicias; y 10) La racionalidad de la justicia de Atenea.

(Francisco López Ruiz)

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel.

La matriz de la libertad. Un ensayo kantiano de interpretación antropológica.

Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 1986-1987, págs. 485 a 512.

El autor parte de la premisa de que toda la filosofía kantiana gira alrededor de la construcción de la idea de libertad. «Los presupuestos auténticos de la concepción kantiana en esta materia proceden, por el contrario, no de las lucubraciones rusonianas sobre la inocencia natural, sino sobre la convicción religiosa que conecta el hecho de la libertad humana con el proceso creador de la especie humana elaborada por la mano de Dios». El problema de la génesis de la libertad humana cobra en este contexto un relieve especial, ya que el binomio autonomía / heteronomía, al situarse en una dimensión espacio temporal originaria, adquiere una significación distinta. Kant, «pretende obtener, examinando cuidadosamente las expresiones contenidas en los textos del Génesis, nada menos que una historia del despliegue de la libertad a partir de las disposiciones primitivas inherentes a la naturaleza del ser humano». El camino que sigue Kant es descrito por el autor a través de siete pasos o etapas. 1) Kant partiría de «imaginar una situación adulta del hombre, donde convive con su pareja y, por tanto, puede iniciar el crecimiento de la especie»; no hay lugar aquí para la rivalidad. 2) La pareja humana se encontraría en una situación de equilibrio ambiental. 3) El Génesis describe al hombre dotado de una serie de aptitudes: andar, comunicarse, y por tanto, pensar. «Se trataba así de un sujeto técnicamente apto para que él mismo desarrollase una estructura de conciencia moral». 4) El motivo que podía conducir al hombre a obrar sería el instinto que compartiría con los demás seres vivientes, tal instinto le incitaría a la subsistencia. 5) «Mientras el ser humano se atiene a ese equilibrio meramente natural,

no le sobreviene calamidad ninguna. Pero la razón comienza a despertarse», comparando las experiencias de los distintos sentidos y el recuerdo de anteriores sensaciones, el hombre comienza a extender los conocimientos que sus experiencias le han aportado hasta llegar a superar el instinto, apareciendo su dimensión de ser inteligible. 6) «La racionalidad incipiente no es solamente un conocimiento elaborado más allá del instinto, sino también una facultad de desear creada artificialmente, no sólo sin fundamentos establecidos por un instinto natural, sino incluso en oposición con el mismo», surgiendo una especie de autoconciencia que advierte que *su propia determinación* puede superar los límites animales, llevando a cabo conscientemente conductas establecidas por su propia voluntad. 7) «Descubrió en sí mismo un poder de escogerse para sí mismo su propia conducta, y no estar sujeto, como otros animales, a una conducta única».
El autor, más adelante, advierte cómo podemos acercarnos hoy nosotros a la narración bíblica y con «análoga decisión en cuanto al interés de estudio, que llevará consigo también el descubrimiento de que el filósofo no cayó en la cuenta de muchos factores que hubieran podido enriquecer todavía el objetivo que buscaba y apenas llegó a encontrar». A) «Habría que determinar quiénes son los actores de la acción narrada». B) «Cuáles eran las acciones» y C) «Cuál es el sentido de las acciones». Tras delimitar estos tres puntos, tendríamos delimitado «el perfil de lo que es el ser humano».

(Francisco López Ruiz)

SORIANO, Ramón.

Compendio de teoría general del Derecho.

Ed. Ariel, Barcelona, 1986, 219 págs.

El libro, «concebido fundamentalmente como material de estudio y trabajo con una finalidad docente», enfrenta los temas de la teoría general del Derecho tomando como punto de referencia la teoría tridimensional del Derecho, donde se relacionan norma, hecho y valor. Ahora bien, para el autor, una teoría general del Derecho debe tener en cuenta principalmente la dimensión normativa, institucional e intersubjetiva del Derecho: «La norma jurídica constituye el dato primario, la pieza fundamental de la construcción del edificio jurídico... El paso siguiente es la ordenación sistemática de estas normas dando forma a las instituciones... Finalmente este cúmulo de normas e instituciones se concreta y desarrolla en relaciones jurídicas que las personas y los grupos mantienen entre sí (pág. 19). De lo que, evidentemente, se deriva que una teoría general del Derecho (así caracterizada) debe contener una teoría de la norma, una teoría del ordenamiento jurídico y una teoría de la relación jurídica.
A partir de lo anterior, el autor dedica tres capítulos a la norma jurídica: en el primero de ellos, *La naturaleza de la norma jurídica*, se realiza un análisis de la tesis imperativista («norma es un precepto o mandato ordenado por la voluntad legisladora que obliga a su destinatario» (pág. 22)) de la tesis antiimperativista (la norma como juicio hipotético, como regla técnica y como juicio de valor) y de la tesis ecléctica (coexistencia de normas imperativas y no imperativas en el ordenamiento jurídico); en el segundo de los capítulos dedicados a la norma, *La expresión lingüística y la estructura lógica de la norma jurídica*, se estudia a ésta como proposición prescriptiva, su relación con el texto normativo, su estructura lógica (supuesto jurídico y consecuencia jurídica), etc.; y, por último, en el tercero de los referidos capítulos, *Los caracteres y las categorías de las normas jurídicas*, se hace referencia a la especificidad de las normas jurídicas (validez, bilateralidad, legitimidad, generalidad tipicidad, coercibilidad institucionalizada) y a su clasificación.
Los restantes capítulos se dedican respectivamente al estudio del ordenamiento jurídico (definición, características, unidad, plenitud y coherencia); del derecho subjetivo (concepto, clasificación, configuración histórica del concepto, etc.); del deber jurídico (concepto, fundamentos doctrinales, formas de desobediencia a las normas, los destinatarios de las normas, etc.); de la interpretación

(concepto, criterios tradicionales de interpretación, formas de interpretación); y, por último, de la aplicación (evolución del método de aplicación del Derecho, la quiebra del principio de plenitud, la analogía, la equidad, etc.).

(Josep Aguiló Regla)

SORIANO, Ramón.

La oposición a la Ilustración: Fréron y L'Année Littéraire.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 3 (Nueva época), 1986, págs. 417-431.

En el presente artículo, el autor estudia la significación de *L'Année Litteraire* en los medios culturales del siglo XVIII. Para ello, tras poner de manifiesto el papel destacado de esta publicación de tono conservador en relación con los otros *journaux* de la época y considerar correcta la identificación de esta publicación con su director y principal animador: Fréron, se detiene a estudiar los siguientes puntos: «Los pilares ideológicos de *L'Anné Littéraire*: la defensa de la Religión y la Monarquía»; «El fin primordial de *L'Année Littéraire*: la valoración de la cultura extranjera»; y «La prevención contra los *philosophes*: los peligros de una filosofía corrosiva y banal», centrándose particularmente en «Voltaire: la escasa originalidad del maestro de los *philosophes*» «Beccaria: la imposible aplicación de una nueva concepción de la administración de justicia», y «Montesquieu: la falsedad del determinismo naturalista».

(Josep Aguiló Regla)

SOUTO, Claudio.

La ficción de la autosuficiencia en los saberes jurídicos fundamentales. (Trad. de Juan Ruiz Manero).

Doxa, Alicante, n.º 3, 1986. Págs. 149-156.

Compartir un mismo objeto, el Derecho, confiere a las ciencias jurídicas básicas (para el autor la ciencia formal del Derecho, la ciencia social del Derecho y la ciencia filosófica del Derecho, en el sentido lato del término 'ciencia') «interdisciplinariedad próxima» (el Derecho es un fenómeno relativo a varias disciplinas). No obstante, tal interdisciplinariedad ha experimentado un escaso desarrollo debido a «una arraigada actitud o de formalismo, o de sociologismo, o de filosofismo, a propósito de lo jurídico», es decir, de la consideración de cada una de las ciencias jurídicas como autosuficientes. Esta perspectiva de autosuficiencia es una ficción en el Derecho, aunque «se trate de una modalidad menos estudiada de lo imaginario».
La ciencia formal del Derecho (la Dogmática jurídica) «tiende a aislar, en su trabajo de sistematización y análisis, aspectos puramente lógico-normativos del conjunto de la vida social». La ciencia social del Derecho (Sociología del Derecho, pero no exclusivamente) «es aquella que investiga por medio de métodos y técnicas de investigación empírica (...) el fenómeno social jurídico en correlación con la sociedad». La ciencia filosófica del Derecho se ocupa de «profundizar en la explicación de lo jurídico a partir del conocimiento científico-empírico y científico-formal del mismo» (según esto, la Filosofía del Derecho empieza donde acaba la ciencia empírica, apoyándose en los datos suministrados por el resto de ciencias del Derecho).
Se asigna, tradicionalmente, a la Sociología del Derecho el estudio del hecho, a la Dogmática jurídica

el estudio de la norma y a la Filosofía del Derecho el estudio del valor. Sin embargo, norma social, hecho social y valor no se contraponen en realidad: la norma social es un hecho social y toda norma contiene un valor (o un juicio de valor, más exactamente). Por ello no cabe sino meramente una especialización preferente, no excluyente, en el enfoque del Derecho desde una perspectiva u otra.
El autor analiza tres posturas que implican posiciones «anti-interdisciplinarias» en el saber sobre el Derecho: el sociologismo jurídico y el filosofismo jurídico. El primero es la «exageración de la perspectiva sociológico jurídica que, básicamente, niega valor científico a la llamada Dogmática jurídica» (mientras que el formalismo jurídico sólo considera ciencia del Derecho a la dogmática jurídica) y el segundo «hace caso omiso tanto de los datos formales de la aplicación judicial o administrativa de las normas, como de los datos de la ciencia social del Derecho».
Una tercera posición «anti-interdisciplinar» residiría en la identificación entre sistemas normativos y sistemas formales normativos; esta identificación se realiza al afirmar -por parte de la Dogmática jurídica- que de los sistemas normativos no puede predicarse su verdad o falsedad, sino su validez o no. Para el autor esto es tan sólo cierto respecto a los sistemas normativos formales, pero no lo es respecto a lo que llama normas jurídicas reales (aduce como ejemplo de tales las que se fundamentan en verdades científico-empíricas).

(Daniel González Lagier)

SQUELLA, Agustín.

Democracia, libertad e igualdad: relaciones y diferencias necesarias.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, n.º 26-27, 1986-1987, págs. 179-201.

Partiendo de las obras de Kelsen, Ross y Bobbio analiza el autor, en un primer apartado, la noción de democracia, en un segundo apartado, las relaciones entre democracia y libertad y en un tercer apartado las relaciones entre democracia e igualdad. Completan este artículo un apartado de conclusiones y un apéndice en el que se trata en particular el caso chileno.
Respecto a la noción de democracia se centra el autor en su sentido político, es decir, democracia como forma de gobierno. Desde este punto de vista la democracia es entendida tradicionalmente como «aquella forma de gobierno en la que el poder político, o sea, la soberanía, esto es, la facultad de tomar decisiones colectivas, pertenece en derecho a la población adulta toda y no meramente a un individuo singular o a un grupo específico y limitado de gente». Que el poder político pertenece al pueblo significa que los órganos de gobierno han de ser instituidos como representantes del pueblo. Cobran así especial importancia las normas que regulan la toma de decisiones colectivas. Esto nos lleva a una noción procedimental de democracia: democracia es entonces un procedimiento, un conjunto de reglas a través de las cuales se opta por un programa social y económico, y no el contenido de un determinado orden social y económico que se considere de antemano como el mejor o el más justo. Estas reglas deben permitir la más amplia participación posible de los ciudadanos en las decisiones políticas. En la medida en que nos alejamos del ideal que supone la máxima participación nos alejamos también del tipo ideal de democracia hacia tipos reales de la misma.
Respecto a las relaciones entre democracia y libertad parte Squella de la consideración del valor libertad como esencial para la democracia, como presupuesto de la misma, siempre consciente -con Kelsen- de que en sociedad la libertad ya no es la autodeterminación individual, sino la colectiva.
La igualdad, por otra parte, no se enfrenta a la libertad y al orden si se entiende como una aproximación gradual a una «sociedad más igualitaria de las que hemos conocido y conseguido realizar hasta ahora» (Bobbio). Por el contrario, es posible compatibilizar estos valores, equilibrándolos, a través de la democracia, lo que plantea un problema práctico, de gobierno, más que teórico.
Respecto al particular caso chileno (el autor es Profesor de Introducción al Derecho y Filosofía del

Derecho en varias universidades chilenas) se aprecia el aumento de la desigualdad entre clases bajo el gobierno autocrático. Se reclama que el crecimiento económico beneficie a los más pobres, para lo que parece inevitable el intervencionismo estatal. Una más justa distribución de la riqueza y una intervención estatal en materia económica que no bloquee el crecimiento económico puede conseguirse a través de la democracia, pues los valores que encarna y los medios de control del poder político que implica lo permiten e incluso facilitan.

(Daniel González Lagier)

VALLS TABERNER, Fernando.

Literatura jurídica. Estudios de Ciencia Jurídica e Historia del Pensamiento canónico y político catalán, francés, alemán e italiano. (Prólogo y sistematización de M. J. Peláez y J. Calvo González).

Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986, 384 págs.

El *Prólogo*, elaborado en colaboración por los profesores Manuel J. Peláez (Cátedra de Historia del Derecho y de las Instituciones) y José Calvo González (Cátedra de Derecho Natural y Filosofía del Derecho) presenta y sistematiza una *collectanea* de trabajos que incluye: 1) El jurista catalán Pere de Cardona. 2) Las «Consuetudines Ilerdenses» (1227) y su autor Guillermo Botet. 3) San Ramón de Penyafort. 4) El problema de la licitud de la guerra según San Ramón de Penyafort. 5) La «Summa Pauperum» de Adam de Aldersbach. 6) En torno a la «Summa de sponsalibus er matrimonio» del maestro Tancredi de Bolonia. 7) Sobre una nueva edición de las obras de Jacobo de las Leyes. 8) Los abogados de Cataluña durante la Edad Media. 9) Les doctrines polítiques en la Catalunya medieval. 10) La Societat de les Nacions i les idees de comunitat internacional en els antics autors catalans. 11) La «Doctrina Compendiosa». 12) El tractat «De regimine Principum» de l'infant Pere d'Aragó. 13) El «Compendium constitutionum Cathaloniae» de Narcís de Sant Dionís. 14) Notas sobre las relaciones de algunos jurisconsultos famosos con Cataluña y 15) Els estudis d'història de la legislació catalana. A ellos añade la edición varias notas necrológicas sobre Josep Pella i Forgas, Narcís Verdaguer i Callís, Frederic Rahola i Trèmols, Salvador Bové, Joaquim Almeda i Roig, Eduardo de Hinojosa y Guillem M.ª de Brocà.
El trabajo de los prologuistas se ha dirigido principalmente a actualizar los elementos del aparato crítico-bibliográfico, integrar omisiones y valorar el contenido de los referidos estudios, aportando consideraciones de especial interés sobre la temática iusfilosófica y jurídico política de la *Doctrina Compendiosa* y el *Dotzè del Crestià* de Francesc Eiximenis y sobre criteriología jurídico-política catalana.

(José Calvo González)

VERNENGO, Roberto J.

Sobre algunos criterios de verdad normativa.

Doxa, Alicante, n.º 3, 1986, págs. 233-242.

La teoría jurídica se ha debatido en las últimas décadas entre opiniones divergentes acerca de los criterios de verdad aplicables a enunciados normativos o a normas. Al lado de quienes reclamaban unos criterios de consistencia y compatibilidad lógica en el conocimiento jurídico, con pretensión científica, se levantaron actitudes de rechazo de la estructura lógica del propio Derecho, renegando de la más discutible tesis de que el objeto del conocimiento científico del derecho está también sujeto a condiciones de consistencia o deductibilidad.
A. Ross y G. von Wright señalan que el discurso normativo, en su uso práctico, es alógico; aunque cabe hablar de la racionalidad de las actividades productoras de normas en algunos aspectos y bajo ciertas condiciones, así como de la verdad o falsedad de los enunciados normativos en una interpretación descriptiva o explicativa. Ante este «irracionalismo normativo» (O. Weinberger), señala el autor que suele considerarse que la propiedad característica propuesta como afín, en el discurso normativo, a la verdad en el discurso declarativo, es la validez; término este de oscura noción y variedad de sentidos y connotaciones.

En esta línea, J. Kalinowski parte de la tesis de que «las normas son válidas cuando son verdaderas», postulado que no arranca de aquella afinidad señalada, sino de erigir la verdad de la norma en condición necesaria de su validez.
Para Kalinowski, las normas de Derecho positivo, entre otras, pueden ser verdaderas en algún sentido y se caracterizan por ser promulgadas por el hombre «de una manera u otra» y referirse a los «actos puramente sociales». Las normas jurídicas positivas son verdaderas en cuanto son derivación deductiva de la ley natural: «si las normas de la ley natural son verdaderas, las normas positivas humanas deducidas de ellas son igualmente verdaderas cuando su inferencia se conforma a las reglas lógicas correspondientes». Pero ante esto cabe preguntarse ¿para qué, entonces, necesitan de promulgación? Parece que el legislador humano sería el encargado de especificar el alcance de la -incompleta- norma natural determinando el ámbito de validez personal y territorial no precisado en aquélla. Así, «la pretendida ley natural no es más que una norma incompleta, de imposible aplicación por carecer de referencias suficientes a actos sociales».
Pero, además, ¿qué razón filosófica existe para mantener que las normas de la ley natural son verdaderas? Se dice que los valores tienen existencia real objetiva, «existen cosas o hechos valiosos que serían la contrapartida de los conceptos y enunciados axiológicos, objetos a los que se tienen una suerte de acceso intuitivo». La verdad de las proposiciones morales primeras se obtendría a partir de la comprobación de su evidencia. Ante la imposibilidad de verificación empírica de las normas, como proposiciones no susceptibles de percepción sensorial, Kalinowski recurre a la búsqueda de su evidencia analítica a través de un «acto de iluminación intuitiva». Pero el ser humano estaría privado del conocimiento intuitivo analítico de la verdad y sólo se aproximaría a él por una «participación misteriosa en el ser, participación concedida por quien es la plenitud del ser». La verdad de la norma se comprobaría, en fin, por lo que el hombre sabe de la ley eterna. Pero como nuestro conocimiento del derecho natural no puede alcanzarse porque poco podemos saber de la ley eterna, en virtud de la perfección de Dios tendremos que admitir que el derecho natural es exacto, verdadero.
Concluye el autor indicando que Kalinowski, con su argumentación para demostrar que la norma que obliga a los automovilistas franceses a circular por la derecha es verdadera, parece mostrar un cierto alejamiento de lo que se quiere decir al hablar de la verdad de normas positivas.

(Antonio Doval Pais)

VERNENGO, Roberto J.

Ciencia jurídica o técnica política: ¿Es posible una ciencia del Derecho?

ATIENZA, Manuel.

Sobre la Jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo.

VERNENGO, Roberto J.

Réplica a la respuesta de M. Atienza.

Doxa, Alicante, n.º 3, 1986, págs. 289-314.

Estas notas recogen una polémica iniciada por Vernengo a propósito de las tesis sostenidas por Atienza en el libro *Introducción al Derecho* (ver reseña en el n.º 3 de Doxa) sobre la cuestión de si la jurisprudencia es un saber científico o no.
En opinión de Vernengo la tesis de Atienza, según la cual «la jurisprudencia es una técnica y no puede dejar de serlo», supone una generalización imprudente. «Los juristas cumplen actividades de distinto

tipo, algunas de las cuales no hay inconveniente en caracterizar como científicas y en denominar 'ciencia' a su formulación, así como no veo inconveniente en pensar como acciones técnicas a múltiples actividades y expresiones de los juristas. Algunas de esas técnicas tienen hoy nivel científico, según los rasgos generales que a las ciencias se atribuye actualmente». Los juristas hacen ciencia en la medida en que pueden «formular hipótesis sobre cursos de acción normados susceptibles de verificación, falsificación, sistematización, etc.».

La réplica de Atienza comienza indicando algunas precisiones sobre su propia concepción, en su opinión no adecuadamente reflejadas en el texto de Vernengo. Tras desarrollar -siguiendo a M. Bunge- la distinción entre ciencia, tecnología y técnica, muestra escepticismo hacia las presuntas actividades científicas de los juristas -«lo que a mí me gustaría saber es cuáles son esas actividades presuntamente científicas y qué peso tienen en el conjunto de la actividad dogmática»- y sintetiza sus puntos de divergencia con Vernengo en el siguiente párrafo: «Estoy de acuerdo con Vernengo en que la dogmática es una actividad heterogénea, pero creo que por encima de su diversidad existe algo en común que une a todas las actuaciones dogmáticas, a saber, el estar encaminadas hacia la realización de una finalidad práctica; en definitiva, el integrar una técnica social de carácter complejo».

En su réplica final, Vernengo reconociendo que la dogmática no alcanza los niveles de racionalidad a que cabría aspirar, insiste en que «de ahí no surge que sea imposible una ciencia, sí, ciencia del derecho y que no sea necesario, ni aun 'esencialmente' que nos limitemos a una pobrecita técnica».

(Josep Aguiló Regla)

WROBLEWSKI, Jerzy.

El lugar de los tribunales en las instituciones del estado socialista. (Trad. M.ª Victoria Iturralde Sesma).

Revista Vasca de Administración Pública, n.º 16, septiembre-diciembre 1986, págs. 71-89.

En este trabajo el autor analiza el lugar que ocupan los tribunales dentro de las instituciones de los estados socialistas europeos. En un primer momento, estudia el lugar de los tribunales entre los demás órganos del Estado, en particular, su legitimación y los principios a que está sometida su actividad. Destaca la unidad del poder del Estado y el consiguiente rechazo socialista de la separación de poderes como doctrina del Estado capitalista; lo que no impide una división institucional de competencias de los órganos del Estado. Como principios de la actividad de los tribunales señala: el principio de legalidad, la oposición entre aplicación y creación del derecho y, el monopolio de los tribunales en la administración de justicia.
En segundo lugar, aborda el tema de la organización y funcionamiento de los tribunales. Ambos dependen de la organización territorial de los Estados, lo que le lleva a distinguir entre estados unitarios (como Bulgaria, R. D. A., Polonia) y federales (Checoslovaquia, Yugoslavia, U. R. S. S.). Por último, trata de los principios de organización de los tribunales socialistas concebidos como condiciones y/o instrumentos para llevar a cabo su labor. Después de señalar la ambigüedad del término «principio», cifra en cuatro principios de organización de los tribunales socialistas: independencia judicial, participación de los jueces legos, derecho a la defensa, y publicidad de la administración de justicia, y limita su estudio a los dos primeros. La cuestión de la independencia judicial la examina desde los siguientes puntos de vista: independencia de los órganos judiciales respecto de los legislativos, respecto de los órganos ejecutivos, respecto de los demás órganos judiciales y respecto del aparato político del Estado socialista (y, especialmente del partido comunista). En estrecha relación con el principio de la independencia judicial, trata de los diversos principios relativos a los jueces profesionales: el principio de su alto nivel ético y político, el principio de inamovilidad, la inmunidad procesal, el secreto de las deliberaciones, etc. El principio de la participación de los jueces legos en la administración de justicia juega, según el autor, un papel importante en el sistema socialista. De cara a la actuación de este principio son dos las cuestiones importantes: la forma de selección de los jueces legos y el papel de éstos en la toma de la decisión judicial.

(M.ª Victoria Iturralde Sesma)