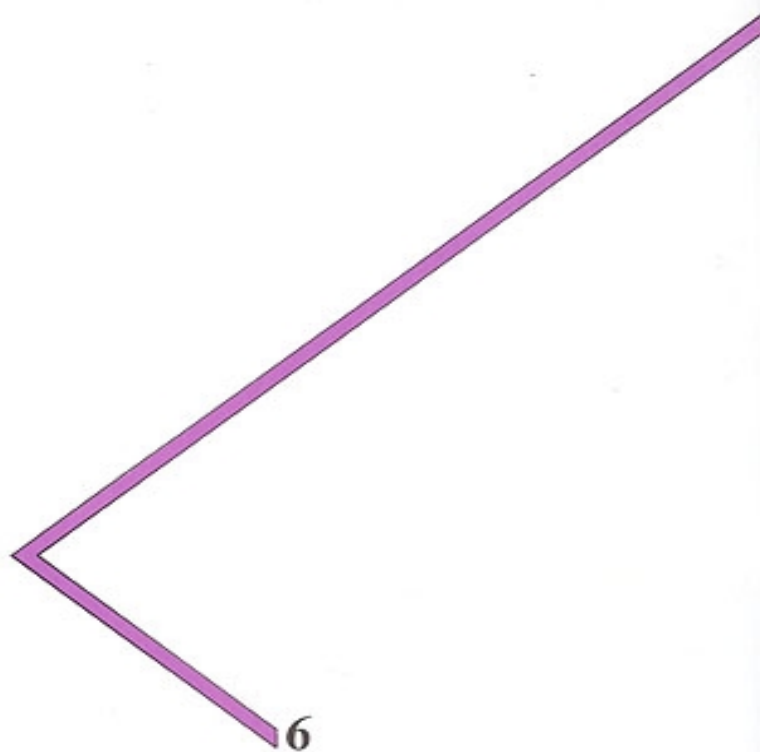


D O X A



CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Seminario de Filosofía
del Derecho de la
Universidad de
Alicante
Alicante

Centro de Estudios Constitucionales

Alicante, 1989

Índice

- **Presentación**
- **Razón económica y razón moral. En torno a David Gauthier**
 - David Gauthier - ¿Por qué contractualismo?
 - Martín D. Farrell - El dilema de Gauthier
 - Ruth Zimmerling - La pregunta del tonto y la respuesta de Gauthier
 - Albert Calsamiglia - Un egoísta colectivo. Ensayo sobre el individualismo según Gauthier
- **Democracia y representación**
 - Alfonso Ruiz Miguel - Problemas de ámbito de la democracia
 - Francisco J. Laporta - Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para debate
 - Ernesto Garzón Valdés - Representación y democracia
 - Ernesto Vidal - Representación y democracia: problemas actuales
 - Javier de Lucas - Sobre la justificación de la democracia representativa
 - Alfonso Ruiz Miguel - Confirmaciones y precisiones mínimas
 - Francisco J. Laporta - Respuestas a Javier de Lucas
 - Ernesto Garzón Valdés - Algo más acerca del «coto vedado»
 - Ernesto J. Vidal - Observaciones a Javier de Lucas
- **Sobre la postmodernidad**
 - Javier de Lucas - Nota introductoria
 - Boaventura de Sousa Santos - La transición postmoderna: Derecho y política
 - Adolfo Barberá del Rosal - Versiones de lo otro
 - Javier de Lucas - Individualismo y economicismo como paradigmas de la modernidad
 - Jesús Ballesteros - Razones a favor de una postmodernidad alternativa (respuesta a Javier de Lucas)
- **Artículos**
 - Neil MacCormick - Orden espontáneo e imperio de la ley: algunos problemas
 - Julia Barragán - Las reglas de la cooperación
 - Manuel Atienza - Contribución para una teoría de la legislación
 - Arend Kulemkampff - Ética nomológica y moral de los sentimientos
 - Markku Helin - Sobre la evolución de la argumentación jurídica en la dogmática privada finlandesa en el período 1920-1960
- **Notas**
 - Juan Carlos Bayón - Casualidad, consecuencialismo y deontologismo
 - Carlos S. Nino - Respuesta a Bayón
- **Entrevista**
 - Manuel Atienza y Ernesto Garzón Valdés - Entrevista a Ulrich Klug
- **Bibliografía**
 - Daniel González Lagier, Juan Antonio Pérez Lledó y Angeles Ródenas Calatayud (Coords) - La filosofía del Derecho en España (1988)

Este número 6 de DOXA, que ha alcanzado dimensiones verdaderamente límites, representa también el final de la primera época de la revista. A partir de ahora, es decir, a partir del número 7, la publicación aparecerá semestralmente, y al segundo número del año le acompañará el fascículo bibliográfico que recogerá la producción iusfilosófica española (correspondiente al año anterior). El cambio de periodicidad irá acompañado también de una cierta reestructuración organizativa, efectuada con objeto de dar una mayor funcionalidad al desarrollo de un proyecto que hasta ahora ha resultado exitoso.

La sección que abre este número está dedicada al filósofo David Gauthier, cuyo *Moral by agreement* (Oxford, 1986) se ha convertido en el libro de filosofía moral más discutido de los últimos años. La sección comienza con un artículo original de Gauthier (¿Por qué contractualismo?) en el que desarrolla su conocida tesis de que actuar moralmente no es otra cosa que actuar racionalmente: «un agente racional es aquel que actúa para lograr la satisfacción máxima de sus preferencias, y la moralidad es una restricción a la forma como él actúa, que surge de los efectos de la interacción con otros agentes». Las contribuciones que siguen de Martín D. Farrell (El Dilema de Gauthier), de Ruth Zimmerling (La pregunta del tonto y la respuesta de Gauthier) y de Albert Calsamiglia (Un egoísta colectivo. Ensayo sobre el individualismo según Gauthier) tienen en común tanto el criticar, desde distintas vertientes, esta pretensión, como el reconocer el enorme mérito intelectual que encierra el intento de Gauthier.

La segunda de las secciones, Democracia y representación, recoge las Actas de las II Jornadas sobre problemas de filosofía práctica organizadas por Jorge Malem y celebradas en Barcelona en la primavera de 1988. Aquí cabe distinguir, a su vez, dos partes. La primera está constituida por los trabajos de Alfonso Ruiz Miguel (Problemas de ámbito de la democracia), Francisco Laporta (Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para debate), Ernesto Garzón Valdés (Representación y democracia) y Ernesto Vidal (Representación y democracia: problemas actuales) que, aun discrepando en diversos puntos, tienen en común -como lo señala Javier de Lucas, y aunque en el caso de Ruiz Miguel se trata de una cuestión dada por supuesta-, la defensa de la tesis de que la democracia representativa no es simplemente un sucedáneo de la «auténtica democracia», de la democracia directa, y que, por tanto, puede ser justificada «directamente», como una exigencia organizativa que deriva de una determinada caracterización de los grupos sociales. La segunda parte se abre con un comentario crítico de Javier de Lucas (Sobre la justificación de la democracia representativa) a los anteriores trabajos, al que siguen las réplicas de los cuatro autores antes mencionados.

En la sección tercera, Sobre la postmodernidad, se recoge un trabajo de Boaventura de Sousa Santos (Transición postmoderna: Derecho y política) en el que se presenta una crítica del paradigma epistemológico de la modernidad; otro de Adolfo Barberá centrado en la línea deconstructivista o postestructuralista procedente de Derrida (Versiones de lo otro); y otros dos de Javier de Lucas (Individualismo y economicismo como paradigmas de la modernidad) y de Jesús Ballesteros (Razones a favor de una postmodernidad alternativa), en torno a un reciente libro de este último: Postmodernidad: decadencia o resistencia (Madrid, 1989).

La sección de artículos de tema libre se inicia con un trabajo de Neil MacCormick (Orden espontáneo e imperio de la ley: algunos problemas) que expresa una crítica de dos conspicuos representantes del pensamiento conservador: F. A. Hayek y M. Oakeshott; le sigue un extenso estudio de Julia Barragán (Las reglas de la cooperación) en donde se aclaran conceptos de los que la teoría política y moral contemporánea hace un amplio uso (cooperación, decisión racional, maximización, utilidad...) y que puede leerse también como una introducción al debate en torno a las relaciones entre razón económica y razón moral que integra la primera sección; a continuación, Manuel Atienza (Contribución para una teoría de la legislación) presenta un esquema en donde se apuntan las líneas que podrían seguirse para elaborar una teoría de la legislación; Arend Kulemkampff (Ética nomológica y moral de los sentimientos) se ocupa de un problema que él considera descuidado en la filosofía práctica contemporánea, el de los sentimientos morales; y Markk Helin analiza la evolución de la argumentación en la dogmática privada finlandesa en el período 1920-1960.

En la sección de Notas, Juan Carlos Bayón se ocupa ampliamente de un breve trabajo de Carlos Nino (El cuatrilema del consecuencialismo), publicado en el número 4 de DOXA; el comentario de Bayón se acompaña de una respuesta del propio Nino, quien concluye planteando de nuevo un cuatrilema que ahora rebautiza como «el cuatrilema fundamental de la ética crítica».

Finalmente, el número se cierra con una entrevista a Ulrich Klug efectuada por Manuel Atienza y Ernesto Garzón Valdés, en donde el iusfilósofo alemán contesta a diversas cuestiones en relación con la cultura jurídica y la universidad alemana en la época del nazismo, la concepción de la lógica jurídica y la filosofía moral y política.

La bibliografía iusfilosófica española durante 1988 se publica como un fascículo aparte, y ha sido coordinada por Daniel González Lagier, Juan Antonio Pérez Lledó y Angeles Ródenas.

**RAZÓN ECONÓMICA Y
RAZÓN MORAL. EN TORNO
A DAVID GAUTHIER**

¿POR QUÉ CONTRACTUALISMO?*

A medida que la voluntad de verdad gane así autoconciencia -y no se puede dudar de ello- la moralidad irá pereciendo poco a poco: este es el gran espectáculo, con un centenar de actos, que le está reservado a Europa durante los próximos doscientos años: el más terrible, el más problemático y, tal vez, también el más esperanzado de todos los espectáculos.

Nietzsche¹

I

La moralidad se ve enfrentada con una crisis de fundamentación. El contractualismo ofrece la única solución plausible de esta crisis. Estas dos proposiciones definen mi tema. Lo que sigue es su elaboración. Es posible que Nietzsche haya sido el primero -pero no el único- en reconocer la crisis a la que me refiero. Veamos algunas afirmaciones recientes: «La hipótesis que deseo formular es que en el mundo real en que vivimos, el lenguaje de la moralidad se halla en... [un] estado de grave desorden... hemos perdido en gran medida -si no por completo- la comprensión, tanto teórica como práctica, de la moralidad.» (Alasdair MacIntyre)². «Los recursos de la mayor parte de la moderna filosofía moral no se ajustan adecuadamente al mundo moderno.» (Bernard Williams)³. «No existen valores objetivos... (Pero)

* La versión original de este trabajo fue presentada en un seminario sobre la teoría moral contractualista en la Universidad de Western Ontario y será publicada en una compilación de ensayos basada en aquel seminario. Algunos fragmentos aparecen también en «Morality, Rational Choice and Semantic Interpretation - A reply to mi critics», en *Social Philosophy & Policy*. Agradezco a Annette Baier, Paul Hurley y Geoffrey Sayre McCord sus comentarios sobre un primer borrador. También agradezco a las personas que participaron en la discusión en la Western Washington University, en la Universidad de Arkansas, y en la Universidad de California (Santa Cruz), sus comentarios a una conferencia vinculada con este tema.

¹ *On the Genealogy of Morals*, trad. de Walter Kaufmann y R. J. Hollingdale, Random House, Nueva York, 1967, Tercer Ensayo, sección 27, pág. 161.

² *After Virtue*, Notre Dame, 1981, pág. 2.

³ *Ethics and the Limits of Philosophy*, Harvard, Cambridge, Mass., pág. 197.

la principal tradición de la filosofía moral europea incluye la pretensión contraria.» (J. L. Mackie)⁴. «Las hipótesis morales no ayudan a explicar por qué las personas respetan lo que respetan. Por ello, la ética es algo problemático y el nihilismo debe ser tomado en serio... Una versión extrema del nihilismo sostiene que la moralidad es simplemente una ilusión... Según esta versión, deberíamos abandonar la moralidad, del mismo modo que un ateo abandona la religión tras haber decidido que los hechos religiosos no pueden contribuir a explicar las observaciones.» (Gilbert Harman)⁵.

Escojo estas afirmaciones para señalar algunos rasgos de la crisis con la que se enfrenta la moralidad. Ellas sugieren que el lenguaje moral responde a una visión del mundo que hemos abandonado: una visión del mundo como algo teleológicamente ordenado. Sin esta visión, ya no entendemos verdaderamente las exigencias morales que continuamos formulando. Aquellas afirmaciones sugieren que existe una inadecuación entre lo que la moralidad presupone -valores objetivos que contribuyen a explicar nuestra conducta- y los estados psicológicos -deseos y creencias- que, dada nuestra visión actual del mundo, nos brindan realmente la mejor explicación. Esta falta de adecuación amenaza con socavar la idea misma de una moralidad como algo más que una curiosidad antropológica. Pero, ¿cómo podría darse esto? ¿Cómo podría *perecer* la moralidad?

II

Para poder continuar, tengo que ofrecer una mínima caracterización de la moralidad que se ve enfrentada con una crisis de fundamentación. Se trata de la moralidad de la restricción justificada. Desde el punto de vista del agente, las consideraciones morales se presentan como restricciones de sus elecciones y acciones, independientemente de sus deseos, propósitos e intereses. Más adelante, añadiré a esta caracterización otros rasgos pero, de momento, ello basta, pues pone claramente de manifiesto qué es lo que se cuestiona: el fundamento de la restricción. Este fundamento parece estar ausente de nuestra visión actual del mundo

⁴ *Ethics: Inventing Right and Wrong*, Penguin, Harmondsworth, Middlesex, págs. 15, 30.

⁵ *The Nature of Morality*, Oxford, Nueva York, 1977, pág. 11.

Y, por lo tanto, nos preguntamos: ¿qué razón puede tener una persona para reconocer y aceptar una restricción que es independiente de sus deseos e intereses? Puede admitir que una tal restricción podría estar *moralmente* justificada; tendría una razón para aceptarla si tuviera una razón para aceptar la moralidad. Pero, ¿qué justifica que se preste atención a la moralidad y no se la deje de lado como un apéndice de creencias trasnochadas? Preguntamos, y parece que no encontramos respuesta. Pero, antes de proseguir, deberíamos tomar en cuenta tres objeciones.

La primera consiste en cuestionar la idea de restricción. ¿Por qué la moralidad ha de ser considerada como algo que restringe nuestras elecciones y acciones? ¿Por qué no deberíamos decir más bien que la persona moral escoge con la mayor libertad, porque lo hace a la luz de una concepción verdadera de sí misma y no a la luz de las falsas concepciones que, con tanta frecuencia, predominan? ¿Por qué no establecer un vínculo entre la moralidad y la autocomprensión? Se podría considerar que Platón y Hume apoyaron este punto de vista. Pero Hume sería, en el mejor de los casos, un aliado parcial, ya que su concepción de la «virtud, en todos sus encantos genuinos y más atractivos, ... cuando no habla de austeridades y rigorismo, sufrimiento y autorrenuncia inútiles» sino que más bien hace que «sus partidarios ... en cada momento de su existencia, [sean,] dentro de lo posible, alegres y felices» queda oscurecida al admitir que «en el caso de la justicia, ... un hombre -vistas las cosas desde una cierta perspectiva- puede, a menudo, parecer un perdedor a causa de su integridad»⁶. Ciertamente, Platón va más allá, al insistir en que únicamente el hombre justo posee un alma sana pero, por muy heroica que sea la defensa que Sócrates hace de la justicia, todos tendemos a pensar que Glaucón y Adimanto llegaron a un acuerdo más por la persuasión que por la razón y que no se ha demostrado que el hombre injusto es necesariamente el perdedor⁷. No pretendo, en absoluto, proseguir esta línea de pensamiento. La moralidad, tal como la concebimos nosotros -herederos de la moral cristiana y kantiana- restringe las empresas a las que nos conducirían incluso nuestros deseos meditados («*considered*»). Y ello no es simple o íntegramente una restricción del autointerés: las afecciones que la moralidad refrena

II. ⁶ David Hume, *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*, 1751, Sección IX, Parte II.

⁷ Véase Platón, *República*, esp. los libros II y IV.

incluyen afecciones sociales, tales como el favoritismo y la parcialidad, para no hablar de la crueldad.

La segunda objeción a la opinión, según la cual la restricción moral está insuficientemente fundamentada consiste en cuestionar la pretensión de que opera independientemente -más que a través- de nuestros deseos, intereses y afectos. La moralidad, pueden decir algunos, se refiere al bienestar de todas las personas o, tal vez, de todas las criaturas sensibles⁸. Y entonces se podría argumentar o bien -siguiendo a Hume- que la moralidad surge en y de nuestra identificación simpática con nuestros congéneres, o bien que reside directamente en el bienestar, y que nuestras afecciones tienden a tener una disposición favorable al respecto. Pero, por supuesto, no todas nuestras afecciones. Y así, nuestros sentimientos de simpatía entran en una oposición característica con otros sentimientos, en relación con los cuales funcionan como restricciones.

Esta es una caracterización muy cruda, pero bastará para el presente argumento. Este punto de vista admite que la moralidad, tal como la entendemos, carece de fundamentos puramente *racionales*, pero nos recuerda que no por ello nos deja de interesar el bienestar de nuestros congéneres. La moralidad se funda en las preocupaciones generalizadas, de simpatía, dirigidas hacia los demás, que la mayoría de nosotros tenemos; estas preocupaciones ponen freno al autointerés y también al favoritismo y a la parcialidad con los que, a menudo, tratamos a los demás. Sin embargo, si la moralidad depende -para su relevancia práctica y para su eficacia motivacional- enteramente de nuestros sentimientos de simpatía, no puede aspirar a la fuerza prescriptiva con la que ha sido investida en la perspectiva cristiana y kantiana a las que me he referido, y que Glaucón y Adimanto exigían que Sócrates defendiera en el caso de la justicia. Pues el que se nos recuerde que algunas veces nos preocupamos de nuestros congéneres y estamos dispuestos a reprimir otros deseos para poner de manifiesto esta preocupación, no nos dice nada que pueda guiarnos en aquellos casos en los que manifiestamente no nos preocupamos por ellos, o no nos preocupamos lo suficiente; no nos dice nada que permita defender las exigencias que la moralidad nos impone en los casos difíciles. Es verdad que no todas las situaciones en las que la preocupación por los demás entra en

⁸ Algunos estarían dispuestos a extender la moralidad a los seres no sensibles pero, por más simpatía que tenga por los derechos de los tranvías y de las locomotoras a vapor, propongo dejar de lado esta opinión.

conflicto con el autointerés son casos difíciles, pero la moralidad, tal como la entendemos normalmente, alude a estos casos, mientras que su sustituto humano o naturalista, no.

Estas observaciones se aplican al intento positivo reciente más firme de crear una teoría moral: el de John Rawls. Pues el intento de describir nuestra facultad moral o -más específicamente, según Rawls- nuestro sentido de la justicia, en términos de principios plausibles a la luz de nuestra teoría psicológica más general y coherentes con «nuestros juicios meditados en un equilibrio reflexivo»⁹, no dará ninguna respuesta a por qué, en aquellos casos en los que nuestro interés en ser justos es nulo o insuficiente, deberíamos, sin embargo, seguir los principios. John Harsanyi, cuya teoría moral es, en algunos aspectos, una variante utilitarista de la construcción contractualista de Rawls, lo reconoce explícitamente: «Lo único que podemos probar mediante argumentos racionales es que todo aquel que desee servir nuestros intereses humanos comunes de un modo racional debe obedecer estos mandatos»¹⁰. Pero, aunque la moralidad puede presentarse al servicio de nuestros intereses humanos comunes, no se ofrece tan sólo a quienes desean servirlos.

La moralidad es una restricción que, tal como lo reconociera Kant, no debe suponerse que depende únicamente de nuestros sentimientos. Y, por ello, no podemos apelar a los sentimientos para dar respuesta a la cuestión de su fundamentación. Pero la tercera objeción consiste en desechar directamente esta cuestión, rechazando la idea misma de una crisis de fundamentación. Nada justifica la moralidad, pues la moralidad no necesita justificación. En la moralidad, al igual que en otros asuntos, nos encontramos *in mediis rebus*. Formulamos, aceptamos y rechazamos, justificamos y criticamos juicios morales. La tarea de la teoría moral consiste en sistematizar esta práctica para, de este modo, proporcionarnos una comprensión más profunda de lo que es la justificación moral. Pero no hay fundamentos extra-morales de la justificación moral, de la misma manera que no existen fundamentos extra-epistémicos de los juicios epistémicos. En la moral, como en la ciencia, el fundacionalismo es un proyecto en bancarota.

⁹ John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard, Cambridge, Mass., 1971, página 51.

¹⁰ John C. Harsanyi, «Morality and the theory of rational behaviour», en Amartya Sen & Bernard Williams (eds.), *Utilitarianism and beyond*, Cambridge, 1982, pág. 62.

Afortunadamente no tengo que defender el fundacionalismo *normativo*. Uno de los problemas de la aceptación de la justificación moral como parte de nuestra práctica habitual consiste en que, tal como lo he sugerido, ya hemos dejado de aceptar la visión del mundo de la cual depende. Pero, tal vez, un problema más directamente acuciante sea el hecho de que tenemos, al alcance de la mano, un modo alternativo para justificar nuestras elecciones y acciones. En su forma más austera y, en mi opinión, más defendible, consiste en mostrar que las elecciones y las acciones maximizan la utilidad esperada de la gente, siendo la utilidad una medida de la preferencia meditada. En su versión menos austera, consiste en mostrar que las elecciones y las acciones no satisfacen un requisito definido subjetivamente, tal como la utilidad, sino los intereses objetivos del agente. Como no creo que tengamos intereses objetivos, pasaré por alto esta segunda posibilidad. Pero esto no importa. Pues la idea es clara: contamos con un modo de justificación que no requiere la introducción de consideraciones morales¹¹.

Llamaré neutralmente a este modo alternativo, no moral, de justificación, justificación deliberativa. Ahora bien, tanto la justificación moral como la deliberativa se dirigen a los mismos objetos: nuestras elecciones y acciones. ¿Qué sucede si entran en conflicto? Y, ¿qué le diremos a la persona que ofrece una justificación deliberativa de sus elecciones y acciones y se niega a ofrecer ninguna otra? Por supuesto, podemos decir que su comportamiento no posee justificación *moral*, pero esto parece que carece de todo asidero, a menos que elija entrar en el esquema moral. Y es posible que insista en que este ingreso carece de toda justificación deliberativa, al menos para él.

Si la moralidad perezca, no por ello perezca la empresa justificatoria con respecto a la elección y la acción. Más bien, lo que perezca es un modo de justificación, que puede parecer que ahora pende sin fundamento. Pero no sólo sin fundamento, pues es difícil negar que la justificación deliberativa es más claramente básica, que no puede ser evitada en la medida en que somos agentes racionales, de forma tal que si la justificación moral entra en conflicto con ella, la moralidad no parece sólo carecer de

¹¹ Desde luego, si pensamos en la moralidad tal como se expresa en algunas de nuestras afecciones y/o intereses, se incorporarán consideraciones morales en la medida en que ellas estén realmente presentes en nuestras preferencias. Pero esto supondría aceptar el naturalismo, que he dejado de lado por considerarlo inadecuado.

fundamento, sino oponerse a lo que racionalmente es más fundamental.

La justificación deliberativa está relacionada con el sentido profundo que tenemos de nosotros mismos. Lo que distingue a los seres humanos de otros animales y ofrece la base de la racionalidad, es la capacidad de representación semántica. Una persona puede, a diferencia de su perro, representarse a sí misma un estado de cosas y considerar específicamente si es real o si quiere o no que lo sea. Uno puede representarse a sí mismo el contenido de las propias creencias, deseos o preferencias, pero, al representarlos, se los pone en relación recíproca. Uno se representa a sí mismo que el Real Madrid ganará la Copa del Mundo, y que un equipo de la liga italiana ganará la Copa del Mundo, y que el Real Madrid no es un equipo de la liga italiana. Y, al reconocer un conflicto entre esas creencias, uno encuentra que la racionalidad se nos impone. Nótese que las dos primeras creencias podrían ser reemplazadas por preferencias, con el mismo efecto.

Como al representarnos nuestras preferencias nos damos cuenta del conflicto entre ellas, el paso de la representación a la elección se vuelve complicado. De algún modo, tenemos que establecer una especie de coherencia entre nuestras preferencias y deseos en conflicto. Y no existe más que un candidato plausible como principio de coherencia: un principio maximizador. Ordenamos nuestras preferencias en relación a la decisión y la acción, de modo tal que podamos escoger en un sentido que maximice la expectativa de satisfacción de nuestras preferencias. Y, al actuar de este modo, demostramos que somos agentes racionales, inmersos en la deliberación y en la justificación deliberativa. Simplemente no se requiere nada más para que haya racionalidad práctica.

Así, pues, no puede evitarse la crisis de fundamentación de la moralidad señalando la existencia de una práctica de justificación dentro del marco moral y negando que cualquier fundamento extra-moral es relevante. Pues ya está presente un modo de justificación extra-moral que no existe al lado de la justificación moral, sino que está ligado a la forma como unificamos nuestras creencias y preferencias; adquirimos así el sentido profundo de nosotros mismos. No hay por qué suponer que esta justificación deliberativa deba ser entendida en sí misma fundacionalmente. Lo único que necesitamos suponer es que la justificación moral plausiblemente no sobrevive al conflicto con ella.

III

Al explicar por qué no es posible rechazar la idea de una crisis de fundamentación en la moralidad como resultado de una apelación fuera de lugar a una idea de fundacionalismo, filosóficamente desacreditada o sospechosa, comencé a exponer el carácter y las dimensiones de la crisis. He sostenido que la moralidad tiene ante sí un modo de justificación alternativo, conflictivo, más profundo, relacionado con nuestro sentido profundo de nosotros mismos, que vale para todo el ámbito de la elección y la acción y que evalúa cada *acción* en términos de los intereses reflexivamente sustentados por su *agente*. Me parece que está fuera de duda la relevancia de los intereses del agente para la justificación práctica. La relevancia de toda otra cosa, excepto en la medida en que afecte los intereses del agente, me parece sumamente dudosa. Si los intereses reflexivamente sustentados por el agente, sus preferencias, deseos y propósitos, son, conjuntamente con sus creencias meditadas, parte constitutiva de su autoconcepción, no puedo ver ninguna vía remotamente plausible de argumentar sobre su relevancia que no esté similarmente relacionada con su sentido de sí mismo. Y, en verdad, no puedo ver forma alguna de introducir algo que sea relevante para la justificación práctica, excepto a través de la autoconcepción del agente. Mi afirmación de este individualismo práctico no es un argumento concluyente, pero el peso de la prueba recae sobre quienes quisieran sostener una posición contraria. Que aporten los argumentos, si pueden.

La justificación deliberativa no refuta la moralidad. En verdad no le ofrece a la moralidad la cortesía de una refutación. Ignora la moralidad y, aparentemente, ocupa su lugar. Se apodera de la palestra de la justificación y, al parecer, no deja a la moralidad lugar a dónde agarrarse. Permítaseme que presente una comparación controvertida. La religión se enfrenta -y se ha enfrentado- con una crisis de fundamentación similar. La religión exige el culto de un ser divino que ordena teleológicamente el universo. Pero se ha visto confrontada con un modo alternativo de explicación. Aunque la emergencia de una teoría cosmológica, basada en una causalidad más eficiente que teleológica, advirtiera lo que iba a suceder, la suplantación de la teleología

en la biología -debido al éxito de la teoría de la evolución al ofrecer un modo de explicación que daba cuenta en términos causal-eficientes de la *apariencia* de un orden teleológico entre los seres vivos- puede parecer que anuncia la muerte de la religión como empresa intelectualmente respetable. Pero la biología evolucionista y, de modo más general, la ciencia moderna no refutan la religión. Más bien la ignoran, sustituyendo sus explicaciones por otras ontológicamente más simples. Quizás la religión, entendida como algo que afirma el culto justificable de un ser divino, no sobreviva a su crisis de fundamentación. ¿Puede sobrevivir la moralidad, entendida como la afirmación de restricciones justificables a la elección, independientemente de los intereses del agente?

Parecería que la moralidad tiene tres vías para escapar del aparente destino de la religión. Una sería encontrar para los hechos morales o las propiedades morales un papel explicatorio que los atrincherara ante cualquier consideración de justificación¹². Se podría argumentar entonces que todo tipo de justificación que ignorara consideraciones morales sería ontológicamente defectuoso. Menciono esta posibilidad tan sólo para dejarla de lado. Sin duda, hay personas que aceptarían las restricciones morales a sus elecciones y acciones si ignorásemos esto. Pero nuestra explicación de su comportamiento no tiene por qué obligarnos a adoptar su punto de vista. Aquí la comparación con la religión debería ser clara e incontrovertida. No podríamos explicar muchas de las prácticas de las personas religiosas sin hacer referencia a sus creencias. Pero el hecho de caracterizar, por ejemplo, como un acto de culto lo que una persona religiosa hace, no nos obliga a suponer que realmente existe el objeto del culto, aunque sí nos obliga a suponer que ella cree que tal objeto existe. De manera similar, caracterizar lo que un agente hace como el cumplimiento de un deber, por ejemplo, no nos obliga a suponer que existe deber alguno, aunque sí nos obliga a suponer que él cree que existen deberes. El escéptico, que no acepta ninguna de estas dos posiciones, puede tratar el papel manifiesto de la moralidad en la explicación de una manera similar a la de la religión. Por supuesto, no considero que el paralelismo pueda, en última instancia, ser mantenido, ya que coincido con el escéptico religioso pero no con el escéptico moral. Pero, para establecer

¹² Esto respondería al desafío a la moralidad que encontramos en la cita anterior de Gilbert Harman.

un papel explicatorio de la moralidad, uno tiene primero que demostrar sus credenciales justificatorias. No se puede suponer que posea un papel explicatorio previo.

La segunda vía consistiría en reinterpretar la idea de justificación mostrando que, entendida más plenamente, la justificación deliberativa es incompleta y que tiene que ser complementada de forma tal que deje lugar para la moralidad. Existe una larga tradición en la filosofía moral -derivada principalmente de Kant- que está comprometida con esta empresa. No es este el momento para embarcarse en una crítica de aquello que -esperando nuevamente lograr una caracterización neutral- llamaré justificación universalista. Pero la crítica puede estar fuera de lugar. El éxito de la justificación deliberativa puede bastar. Pues las aseveraciones teóricas de su incompletitud parecen fracasar ante el simple reconocimiento práctico de que funciona. Por supuesto, manifiestamente, la justificación deliberativa no funciona para proporcionar un lugar a la moralidad. Pero suponer que debe hacerlo para ser totalmente adecuada o completa como modo de justificación, sería presuponer lo que está en discusión, es decir, que la justificación moral es defendible.

Si existieran valores objetivos independientemente de los propios deseos y objetivos y si, independientemente de los propios propósitos reales, uno fuera una parte de un orden objetivamente teleológico, tendríamos entonces razón en insistir en la inadecuación del marco deliberativo. Un orden objetivamente teleológico introduciría consideraciones relevantes para la justificación práctica, que no dependerían de la autoconcepción del agente. Pero la suplantación de la teleología en nuestras explicaciones físicas y biológicas cierra esta posibilidad, de la misma manera que cierra la posibilidad de la explicación religiosa.

Me centro ahora, pues, en la tercera vía para resolver la crisis de fundamentación de la moralidad. El primer paso consiste en aceptar la justificación deliberativa y reconocer que el lugar de la moralidad debe hallarse dentro, y no fuera, de su marco. Ahora bien, esto hace surgir de inmediato dos problemas. Ante todo, parecerá que el intento de establecer cualquier restricción a la elección y la acción, dentro del marco de una deliberación que apunta a la satisfacción máxima de las preferencias meditadas del agente, tiene que resultar imposible. Pero, aun si se duda de esto, parecerá que el intento de establecer una restricción *independientemente de las preferencias del agente*, dentro de un marco de este tipo, está al borde de la insensatez. Sin embargo, esta es precisamente la tarea aceptada por mi tercera vía. Y, a diferencia de sus predecesoras, creo que puede tener éxito; en

verdad, mi reciente libro, *Morals by Agreement* muestra cómo puede tener éxito¹³.

No me extenderé en un argumento que ahora es conocido, al menos por algunos lectores, y que, en todo caso, puede encontrarse en ese libro. Pero permítaseme esbozar brevemente aquellos rasgos de la racionalidad deliberativa que le permiten restringir la elección maximizante. La idea clave es que en muchas situaciones, si cada persona elige aquello que, dadas las elecciones de los demás, maximizaría su utilidad esperada, entonces el resultado será mutuamente desventajoso en comparación con alguna alternativa en la que todos podrían estar mejor¹⁴. El equilibrio que se obtiene cuando la acción de cada persona es la mejor respuesta a las acciones de los demás es incompatible con la optimalidad (paretiana) que se da cuando nadie podría estar mejor sin empeorar la situación de algún otro. Dada la ubicuidad de tales situaciones, cada persona puede percibir el beneficio que implica para ella misma el participar con sus congéneres en prácticas que exigen a cada cual que se abstenga de procurar maximizar directamente su propia utilidad cuando tal restricción mutua es mutuamente ventajosa. Por supuesto, nadie puede tener una razón para aceptar ninguna restricción unilateral de su comportamiento maximizador; cada cual se beneficia de, y sólo de, la restricción aceptada por sus congéneres. Pero si uno se beneficia más de una restricción impuesta a los demás que lo que uno pierde al ser restringido, uno puede tener una razón para aceptar una práctica que requiera que cada cual, incluyendo a uno mismo, asuma tal restricción. Podemos imaginar que una práctica tal puede lograr el acuerdo unánime entre personas racionales que eligen las condiciones bajo las cuales estarían dispuestas a interactuar. Y este acuerdo es la base de la moralidad.

Consideremos un ejemplo simple de una práctica moral que exigiría el acuerdo racional. Supongamos que cada uno de nosotros estaría dispuesto a ayudar a sus congéneres sólo si o bien uno espera beneficiarse por prestar ayuda, o bien uno tiene un interés directo en el bienestar de los demás. Por lo tanto, en muchas situaciones, las personas no ayudarían a las demás, aun

¹³ Véase David Gauthier, *Morals by Agreement*, Oxford, 1986, esp. los capítulos V, VI.

¹⁴ El ejemplo clásico de este tipo de situación es el Dilema del Prisionero: véase *Morals by Agreement*, págs. 79-80. De un modo más general, podría decirse que estas situaciones, en términos económicos, suponen un fracaso del mercado. Véase, por ejemplo, «Market Contractarianism», en Jules L. Coleman, *Markets, Morals and the Law*, Cambridge, 1988, cap. 10.

en el caso en que el beneficio del receptor excediera en gran medida el costo del dador, porque no existiría ninguna disposición para que el dador participe en el beneficio. Cada cual esperaría, entonces, estar mejor si cada cual prestara ayuda a sus congéneres, sin que importe su propio beneficio o interés, cada vez que el costo de la ayuda fuera bajo y el beneficio de recibir ayuda, considerable. Cada cual aceptaría de ese modo una restricción a la persecución directa de sus propios intereses, no unilateralmente, pero sí en el caso de que se diera una aceptación similar por parte de los otros. La reflexión nos lleva a reconocer que aquellos que pertenecen a grupos cuyos miembros se adhieren a esta práctica de asistencia mutua gozan de beneficios en la interacción que les están negados a los otros. Podemos entonces imaginar que tal práctica es racionalmente aceptable por cada cual.

Esta razón de la restricción acordada no hace referencia al contenido de las preferencias de cada cual. El argumento depende simplemente de la *estructura* de la interacción, de la forma como los esfuerzos de cada persona para satisfacer sus propias preferencias afecta a la satisfacción de todos los demás. Así, pues, la razón de cada persona para aceptar una práctica de restricciones mutuas es independiente de sus deseos, propósitos e intereses particulares, aunque no, por supuesto, del hecho de que ella tiene tales intereses. Creo que la idea de un agente puramente racional, que actúa sólo motivado por la razón, no es inteligible. La moralidad no ha de ser entendida como una restricción a la satisfacción de preferencias no racionales surgida tan sólo de la razón. Más bien, un agente racional es aquel que actúa para lograr la satisfacción máxima de sus preferencias, y la moralidad es una restricción a la forma como él actúa, que surge de los efectos de la interacción con otros agentes.

El «Tonto», de Hobbes, hace aquí su conocida entrada en escena e insiste en que, por más racional que pueda ser para una persona acordar con sus congéneres prácticas que prometen ventajas mutuas, sin embargo, es racional seguir tales prácticas sólo si ello conduce directamente a la satisfacción máxima de sus preferencias¹⁵. Pero, entonces, tales prácticas no imponen ninguna restricción real. El efecto de acordarlas o aceptarlas puede tan sólo ser el de cambiar los resultados esperados de las elecciones posibles, haciendo que para la persona sea racional aquello que, a falta de esta práctica, no maximizaría la utilidad. Las prácticas ofrecerían sólo verdadera prudencia, pero no verdadera moralidad.

¹⁵ Véase Hobbes, *Leviathan*, Londres, 1651, cap. 15.

El tonto comete un doble error. En primer lugar, no entiende que la aceptación real de prácticas morales, tales como, por ejemplo, ayudar a los demás, o mantener las promesas, o decir la verdad, sólo es posible entre quienes están dispuestos a cumplirlas. Si mi disposición de cumplimiento sólo se extiende hasta donde llegan mis intereses o preocupaciones en el momento de actuar, entonces tú serías el verdadero tonto si interactúas conmigo de una manera tal que exige un cumplimiento más riguroso. Si, por ejemplo, es racional mantener las promesas sólo si el hacerlo maximiza directamente la utilidad, entonces entre personas cuya racionalidad es de conocimiento común sólo se harán aquellas promesas que requieren este cumplimiento limitado. Y, con ello, se perderían oportunidades de ventaja mutua.

Consideremos el siguiente ejemplo de la forma como las promesas facilitan el beneficio mutuo. Jones y Smith poseen granjas adyacentes. Aunque son vecinos y no alientan sentimientos de recíproca hostilidad, tampoco son amigos, de modo tal que ninguno de los dos experimenta ninguna satisfacción ayudando al otro. Sin embargo, reconocen que, si recogen sus cosechas juntos, los resultados serán mejores para ambos que si las recogen por separado. La semana próxima, la cosecha de Jones estará a punto para la siega; la de Smith lo estará quince días después. Una vez hecha la cosecha, Jones se retirará, venderá su granja y se irá a Florida, donde es difícil que se encuentre con Smith o con otros miembros de su comunidad. A Jones le gustaría prometer a Smith que, si le ayuda a cosechar la semana próxima, él ayudará a Smith a cosechar dentro de dos semanas. Pero tanto Jones como Smith saben que dentro de dos semanas, el ayudar a Smith no supondría más que un coste para Jones. Incluso si Smith le ayuda, no tiene nada que ganar al devolver la ayuda, ya que no lo motivan ni el interés por Smith ni, en estas circunstancias, la preocupación por su propia reputación. Por tanto, si Jones y Smith saben que Jones actúa directamente para maximizar la realización de sus preferencias, saben también que Jones no ayudará a Smith. Por ello, Smith no ayudará a Jones, incluso si Jones finge prometer ayuda a cambio de la que reciba. Sin embargo, Jones estaría mejor si hiciera y cumpliera una promesa tal. Y lo mismo cabe decir de Smith.

El segundo error del tonto, que se sigue del primero, debería ser claro: es incapaz de reconocer que, en circunstancias plausibles, las personas que están auténticamente dispuestas a un cumplimiento más riguroso de las prácticas morales que el que se seguiría de sus intereses en el momento de actuar, pueden esperar estar mejor que las que no están dispuestas a hacerlo.

Pues las primeras, a quienes llamaré maximizadores restringidos, serán socios bien recibidos en tareas de cooperación mutuamente ventajosas, en las que cada cual confía en la adhesión voluntaria de los demás; las otras personas, los maximizadores directos, serán excluidos de ellas. Por lo tanto, los maximizadores restringidos pueden esperar oportunidades más favorables que sus congéneres. Aunque al ayudar a los demás, al mantener sus promesas y al cumplir otras prácticas morales, renuncian parcialmente a la satisfacción que podrían obtener de sus preferencias, por contar con mejores oportunidades, estarán mejor, en última instancia, que aquellos que siempre maximizan la utilidad esperada.

Al identificar la moralidad con aquellas restricciones que obtendrían acuerdo entre personas racionales que eligen los términos de su interacción, me muevo en el plano de la reconstrucción racional. No supongo que hayamos acordado realmente las prácticas y principios morales existentes. Y tampoco supongo que todas las prácticas morales existentes obtendrían nuestro acuerdo en caso de que se planteara la cuestión. No todas las prácticas morales existentes necesitan ser justificables; no necesitan ser de un tipo tal que deberíamos cumplirlas voluntariamente. En verdad, ni siquiera supongo que las prácticas que debemos cumplir voluntariamente necesitan ser aquellas que contarían con nuestro acuerdo real. Supongo que las prácticas morales justificables son aquellas que obtendrían nuestro acuerdo *ex ante*, en una situación pre-moral adecuada. Son aquellas que deberíamos haber acordado como términos constitutivos de nuestra interacción futura si hubiéramos estado, *per impossibile*, en una posición que nos permitiera decidir estos términos. Por lo tanto, un acuerdo hipotético nos proporciona así un «test» de la justificabilidad de nuestras prácticas morales existentes.

IV

Muchas cuestiones podrían ser planteadas con respecto a esta versión, pero aquí deseo considerar sólo una de ellas. He sostenido que las prácticas morales son racionales -a pesar de que restringen el intento de cada persona de maximizar su propia utilidad- en la medida en que ellas serían objeto de un acuerdo unánime *ex ante*. Pero, para refutar al Tonto, tengo no sólo que defender la racionalidad del acuerdo, sino también la de su cumplimiento, y la defensa del cumplimiento amenaza debilitar el argumento en favor del acuerdo, de manera tal que el

título de este trabajo debería ser *¿Por qué restricción?* y no *¿Por qué contractualismo?* Es racional disponerse a aceptar ciertas restricciones a la maximización en las elecciones y en las acciones si y sólo si al hacerlo uno maximiza la utilidad esperada. ¿Cuál es, pues, la relevancia del acuerdo, especialmente del acuerdo hipotético? ¿Por qué debería ser racional disponerse a aceptar sólo aquellas restricciones que serían objeto de un acuerdo mutuo en una situación pre-moral apropiada, más que aquellas restricciones que encontramos en nuestras prácticas morales existentes? Ciertamente es la aceptación de estas últimas la que hace que una persona sea bien recibida en la interacción con sus congéneres. Pues el cumplimiento de la moralidad existente es lo que ellos esperan y toman en cuenta cuando eligen socios con quienes cooperar.

Comencé con un desafío a la moralidad: ¿cómo puede ser racional para nosotros aceptar sus restricciones? Puede ahora parecer que lo que he mostrado es que, en verdad, es racional aceptar restricciones, pero aceptarlas sin que importe el que ellas puedan ser plausiblemente consideradas como morales. Puede parecer que la moralidad no tiene nada que ver con mi argumento: lo que he mostrado es que es racional estar dispuesto a cumplir cualesquiera restricciones que son generalmente aceptadas y esperadas, sin que importe su naturaleza. Pero ésta no es mi concepción.

Para mostrar la relevancia del acuerdo con respecto a la justificación de las restricciones, supongamos una sociedad existente en la que los individuos más o menos reconocen y cumplen el conjunto dado de prácticas que restringen sus elecciones en relación con lo que serían si tomaran directamente en cuenta sólo sus deseos, propósitos e intereses. Supongamos que una disposición a cumplir estas prácticas existentes sea *prima facie* ventajosa, ya que las personas que no están así dispuestas pueden esperar ser excluidas por sus congéneres de oportunidades deseables. Sin embargo, las prácticas mismas no tienen, o al menos no necesitan tener, ninguna base de acuerdo. Y no necesitan satisfacer ninguna pauta intuitiva de equidad o de imparcialidad, características que podemos suponer relevantes para la identificación de las prácticas como genuinamente morales. A pesar de que podemos decir que estas prácticas constituyen la moralidad de la sociedad en cuestión, no necesitamos considerar que ellas están moralmente justificadas o que son moralmente aceptables. Simplemente son prácticas que restringen el comportamiento individual de una manera que cada cual encuentra racional aceptar.

Supongamos ahora que nuestras personas, como maximizadores

racionales de la utilidad individual, se ponen a reflexionar sobre las prácticas que constituyen su moralidad. Por supuesto, evaluarán las prácticas en relación con su propia utilidad, pero sabiendo que sus congéneres hacen lo mismo. Una pregunta que entonces tiene que surgir es ésta: ¿por qué estas prácticas? Pues reconocerán que el conjunto de las prácticas morales reales no es el único conjunto posible de prácticas restrictivas que conducirían a resultados óptimos mutuamente ventajosos. Reconocerán la posibilidad de órdenes morales alternativos. En este punto, no bastará decir que, de hecho, cada persona puede esperar beneficiarse de una disposición a cumplir las prácticas existentes. Pues las personas se preguntarán también a sí mismas: ¿no puedo beneficiarme más, no abandonando simplemente toda moralidad y desconociendo toda restricción, sino rechazando parcialmente las restricciones existentes en favor de un conjunto alternativo? Una vez que se ha planteado esta cuestión, la situación se transforma: el orden moral existente tiene que ser evaluado, no sólo frente a su simple incumplimiento, sino frente a lo que podríamos llamar cumplimiento alternativo.

Para hacer esta evaluación, cada cual comparará sus perspectivas bajo las prácticas existentes con aquéllas que podría anticipar de un conjunto que, en las actuales circunstancias, podría esperar como resultado de una negociación con sus congéneres. Si sus perspectivas mejorarían con tal negociación, entonces tendrá un incentivo real, aunque no necesariamente suficiente, para exigir un cambio en el orden moral establecido. De modo más general, si hay personas cuyas perspectivas mejorarían con una renegociación, entonces el orden existente será manifiestamente inestable. Sin duda, aquellos cuyas perspectivas empeorarían con la renegociación tendrán un claro incentivo para resistir, para apelar al *status quo*. Pero su apelación será débil, especialmente entre las personas que no se dejan embaucar por consideraciones ideológicas espurias sino que se orientan hacia la maximización de la utilidad individual. Así, aunque en el mundo real comenzamos con un conjunto existente de prácticas morales como restricciones a nuestro comportamiento maximizador, la reflexión nos conduce a la idea de un conjunto modificado que obtendría el acuerdo de cada cual, y este conjunto modificado tiene -y se reconocerá que tiene- una estabilidad de la que carece la moralidad existente.

La capacidad reflexiva de los agentes racionales les conduce de lo dado a lo acordado, de las prácticas y principios existentes que imponen restricciones, a aquéllas que obtendrían el consentimiento de cada persona. Sostengo que la misma capacidad reflexiva

conduce de aquellas prácticas que serían acordadas en las circunstancias sociales existentes, a aquellas que recibirían acuerdo *ex ante*, pre-moral y pre-social. Así como el *status quo* demuestra ser inestable cuando entra en conflicto con lo que sería acordado, así también lo que sería acordado demuestra ser inestable cuando entra en conflicto con lo que hubiera sido acordado en un contexto pre-social adecuado. Pues, así como las prácticas existentes tienen que parecer arbitrarias en la medida en que no respondan a aquello que una persona racional acordaría, así también lo que tal persona acordaría en las circunstancias existentes tiene que parecer arbitrario en relación con lo que aceptaría en una condición pre-social.

Lo que una persona racional acordaría en circunstancias existentes depende, en gran medida, de su posición de negociación frente a sus congéneres. Pero su posición de negociación está significativamente afectada por las instituciones sociales existentes y, con ello, por las prácticas morales comúnmente aceptadas e incorporadas en esas instituciones. Así, aunque el acuerdo pueda muy bien proporcionar prácticas diferentes de aquellas incorporadas en las instituciones sociales existentes, sin embargo, será influenciado por aquellas prácticas que no son en sí mismas el producto de un acuerdo racional. Y esto tiene que poner en tela de juicio la racionalidad de las prácticas acordadas. La arbitrariedad de las prácticas existentes tiene que infectar todo acuerdo cuyos términos están afectados significativamente por ellas. Aunque, en sí mismo, el acuerdo racional es una fuente de estabilidad, sin embargo, esta estabilidad es socavada por la arbitrariedad de las circunstancias en las cuales se lleva a cabo. Para evitar esta arbitrariedad, las personas racionales pasarán del acuerdo real al hipotético, considerando cuáles prácticas ellas hubieran acordado en una posición no estructurada por las instituciones existentes y las prácticas que ellas representan.

El contenido de un acuerdo hipotético está determinado por una apelación a la racionalidad igual de las personas. Personas racionales aceptarán voluntariamente un acuerdo sólo en la medida en que ellas perciban que es igualmente ventajoso para cada una de ellas. Ciertamente, a cada cual le gustaría aceptar un acuerdo más ventajoso para ella misma que para los congéneres, pero como ninguna aceptará un acuerdo percibido como menos ventajoso, los agentes cuya racionalidad es conocida reconocerán la futilidad de pretender o insistir en obtener más y minimizarán sus costes de negociación coordinándose en el punto de igual ventaja. Ahora bien, la extensión de la ventaja es determinada de una doble manera. Primero, hay una ventaja interna al

acuerdo. En este respecto, la expectativa de igual ventaja es asegurada por la equidad procesal. El paso de las prácticas morales existentes a aquellas que resultan de un acuerdo real lleva a personas racionales a una situación procesalmente equitativa, en la cual cada una percibe que las prácticas acordadas son aquellas que es igualmente racional para todas aceptar, dadas las circunstancias en las cuales el acuerdo es alcanzado. Pero aquellas mismas circunstancias pueden ser cuestionadas en la medida en que se perciba que son arbitrarias: el resultado, en parte, del cumplimiento de prácticas restrictivas que no aseguran ellas mismas la expectativa de igual ventaja y, por ello, no reflejan la racionalidad igual de las personas que las cumplen. Para neutralizar este elemento de arbitrariedad, para que las prácticas morales sean plenamente aceptables, tienen que ser concebidas como constituyendo el resultado posible de un acuerdo hipotético bajo circunstancias que no están afectadas por instituciones sociales que, en sí mismas, carecen de aceptabilidad plena. La igual racionalidad exige la consideración, tanto de circunstancias externas como de procedimientos internos.

Pero, ¿cuál es la relevancia práctica de este argumento? Sería absurdo pretender que el mero conocimiento del mismo o hasta su aceptación, habrá de conducir a la sustitución de las prácticas morales existentes por aquellas que establecería un acuerdo pre-social. Sería irracional para cualquiera renunciar a los beneficios del orden moral existente simplemente porque se da cuenta que le proporciona más que lo que podría esperar de un acuerdo puramente racional con sus congéneres. Y sería irracional para cualquiera aceptar una pérdida de utilidad a largo plazo, negándose a cumplir el orden moral existente, simplemente porque se da cuenta que tal cumplimiento le proporciona menos que lo que podría esperar de un acuerdo puramente racional. Sin embargo, estos conocimientos transforman -o quizás ponen de manifiesto- el carácter de las relaciones entre personas que están sujetas a las restricciones existentes, de forma tal que algunas de estas relaciones son reconocidas como coactivas. Estos conocimientos constituyen la eliminación de la falsa conciencia y resultan de un proceso de reflexión racional que lleva a las personas a algo que, en mi teoría, es similar a la situación ideal de diálogo de Jürgen Habermas¹⁶. Sin un argumento para defenderse en el diálogo abierto con sus congéneres, aquellos que están

¹⁶ Véase Raymond Geuss, *The Idea of a Critical Theory: Habermas & the Frankfurt School*, Cambridge, 1981, págs. 65 y sigs.

más que igualmente aventajados pueden esperar mantener su posición privilegiada sólo si pueden coaccionar a sus congéneres para que la acepten. Y, por supuesto, esto puede ser posible. Pero la coacción no es acuerdo y carece de toda estabilidad inherente.

La estabilidad juega un papel clave en la vinculación del cumplimiento con el acuerdo. Conscientes de los beneficios que han de obtener de las prácticas restrictivas, las personas racionales buscarán aquéllas que invitan a un cumplimiento estable. Ahora bien, el cumplimiento es estable si surge del acuerdo entre personas, cada una de las cuales considera que los términos del acuerdo son lo suficientemente favorables para ella misma como para que sea racional aceptarlas y que no son tan favorables para las otras, que sería racional para ellas aceptar términos menos favorables para ellas y más favorable para ella misma. Un acuerdo que proporcione términos igualmente favorables para todos invita, como ningún otro, a un cumplimiento estable.

V

Al sostener que las prácticas morales, para lograr el cumplimiento voluntario estable de individuos racionales, tienen que ser los objetos de un acuerdo hipotético adecuado, he agregado algo más a la caracterización inicial mínima de la moralidad. La moralidad no sólo restringe nuestras elecciones y acciones sino que lo hace de manera imparcial, reflejando la racionalidad igual de las personas sujetas a la restricción. A pesar de que no es parte de mi argumento mostrar que los requisitos de la moralidad contractualista satisfarán el «test» rawlsiano de coherencia con nuestros juicios meditados en el equilibrio reflexivo, sería, sin embargo, erróneo tratar las restricciones a la maximización directa de utilidad racionalmente acordadas como constituyendo una moralidad más que como reemplazando la moralidad, si no fuera por la adecuación entre su contenido y nuestros puntos de vista morales pre-teóricos. Sugiero que la adecuación reside en la imparcialidad requerida para el acuerdo hipotético.

Así pues, la crisis fundacional de la moralidad se resuelve mostrando la racionalidad de nuestro cumplimiento de las restricciones a la persecución de nuestros deseos, propósitos e intereses acordadas mutua y racionalmente. Aunque desprovista de una base de valores objetivos o de un orden objetivamente teleológico, y confrontada con un modo más fundamental de justificación, la moralidad sobrevive al incorporarse ella misma a ese

modo. Las consideraciones morales tienen el mismo *status* y juegan el mismo papel en la explicación del comportamiento que las otras razones reconocidas por un deliberador racional. Nos queda una versión unificada de la justificación en la cual las elecciones y acciones de un agente son evaluadas en relación con sus preferencias, con los intereses que son parte constitutiva de su sentido de sí mismo. Pero, como la moralidad obliga al agente, independientemente del contenido particular de sus preferencias, tiene la fuerza prescriptiva que le confieran las concepciones cristiana y kantiana.

Al incorporar la moralidad a la justificación deliberativa, reconocemos una nueva dimensión en la autoconcepción del agente. Pues la moralidad requiere que una persona tenga la capacidad de obligarse a sí misma, de llegar a un acuerdo con sus congéneres, con la seguridad que les proporciona la conciencia de que puede cumplir y cumplirá su parte en el acuerdo, sin tomar en cuenta muchas de aquellas consideraciones que normal y justificadamente entrarían en sus futuras deliberaciones. Y esto es más que la capacidad de colocar en un único todo coherente sus deseos e intereses con sus propias creencias. A pesar de que esta última capacidad unificadora tiene que extender su atención al pasado y al futuro, la unificación que ella logra puede ser, ella misma, restringida a aquel presente extendido en el cual la persona juzga y decide. Pero, al obligarse uno mismo a una acción futura acorde con los acuerdos de uno mismo, uno tiene, al menos, que fijar un subconjunto de los propios deseos y creencias que serán sostenidos en ese futuro. El sí mismo que presta el acuerdo y el sí mismo que cumple debe ser uno. «Uno mismo tiene primeramente que haberse vuelto *calculable, regular, necesario*, también en su propia imagen de sí mismo, para ser capaz de ser el garante de *su propio futuro*, que es lo que hace quien promete»¹⁷.

Al desarrollar «*el derecho a formular promesas*»¹⁸, los seres humanos hemos encontrado un baluarte contractualista en contra de la muerte de la moralidad.

(Trad. de Silvia Mendlewicz y Albert Calsamiglia)

¹⁷ Nietzsche, *On the Genealogy of Morals*, trad. de Walter Kaufmann y R. J. Hollingdale, Random House, Nueva York, 1967, Segundo Ensayo, sección 1, pág. 58.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 57.



EL DILEMA DE GAUTHIER

Introducción

La tarea que se propone Gauthier es muy difícil de realizar, pero afortunadamente es mucho más sencilla de describir. Él pretende buscar un fundamento para la moral y cree haber encontrado ese fundamento en la racionalidad. Desafortunadamente, su teoría concluye en un dilema: si la conducta es racional no siempre es moral, y si la conducta es moral no siempre es racional.

Para mostrar el dilema voy a proceder de acuerdo a los siguientes pasos: primero, voy a examinar la caracterización de la racionalidad que propone Gauthier; segundo, trataré de mostrar que ese tipo de racionalidad no conduce a la aceptación de restricciones morales; tercero, analizaré el recurso empleado por Gauthier para arribar a restricciones morales y sostendré que no es racional aceptar ese tipo de restricciones; finalmente, estudiaré una posible solución del dilema, la que creo que no resulta exitosa.

La idea de la racionalidad

Según Gauthier, todas las personas son estratégicamente racionales y obran con un conocimiento completo de la situación en lo que respecta a los fundamentos para su elección¹. Son también personas que no están interesadas en los intereses de aquellos con los cuales se encuentran en una relación de intercambio (pág. 87). Comenzamos entonces con personas que son racionales, conocedoras y desinteresadas. Pero todavía falta averiguar en qué sentido ellas son consideradas racionales.

¹ David Gauthier, *Morals by Agreement*, Oxford, Clarendon Press, 1986; todas las referencias que no contengan otra especificación se refieren a esta obra.

La racionalidad práctica, en su sentido más general, se identifica con la maximización y la cantidad a ser maximizada se asocia con la preferencia. Como a su vez la medida de la preferencia es la utilidad, la racionalidad se identifica con la maximización de la utilidad (pág. 22). Una primera idea de la persona racional, entonces, es la que considera que los seres racionales son aquellos que buscan la maximización de su utilidad.

No obstante, Gauthier reconsidera el concepto de preferencia distinguiendo en el mismo dos dimensiones: una se vincula con el comportamiento y la otra con la actitud. Si alguien elige una manzana de un plato que contiene manzanas y peras está revelando con su comportamiento su preferencia por comer una manzana. Pero también se expresa una preferencia por comer una manzana frente a una pera en la actitud de decir que se prefieren las manzanas a las peras (págs. 27-28). Y para que las preferencias puedan ser consideradas no debe haber un conflicto entre la dimensión del comportamiento y la dimensión de la actitud; las preferencias deben mostrarse estables bajo la experiencia y la reflexión (págs. 32-33). Una idea más ponderada de la persona racional indica ahora que ella es la que busca la maximización de sus preferencias consideradas y estables.

¿Cuál es la mejor manera de buscar esa maximización? Dadas ciertas condiciones plausibles y deseables, un maximizador racional de la utilidad enfrentado con la alternativa de no aceptar restricciones respecto de sus elecciones en la interacción o con la de aceptar ciertas restricciones que Gauthier especifica, elegiría esta última opción. Elegiría, de acuerdo a las bases maximizadoras de la utilidad, no hacer más elecciones sobre esas bases (pág. 158).

Lo que el individuo racional busca es la estrategia que le permita maximizar su utilidad en situaciones de interacción. Hay quienes piensan que es racional cooperar sólo si la utilidad que uno espera obtener actuando de acuerdo a la estrategia cooperativa conjunta es por lo menos igual a la utilidad que uno espera obtener aplicando la mejor estrategia individual (pág. 166). Gauthier rechaza esta idea puesto que piensa que una persona que actúa en base a una estrategia conjunta racional maximiza su utilidad, sujetándose a las restricciones impuestas por las utilidades que se conceden a todas las demás personas (pág. 167). La tesis de Gauthier es que -en contextos estratégicos- la disposición a realizar elecciones restringidas, en lugar de elecciones directamente maximizadoras, maximiza la utilidad (pág. 183). Para maximizar las expectativas de utilidad, entonces, hay que adoptar la estrategia de la maximización restringida (pág. 172).

El ejemplo más conocido, por supuesto, es el del Dilema del Prisionero:² si los dos individuos enfrentados al Dilema en su versión tradicional optan por restringir la maximización de su utilidad individual y buscan en cambio la cooperación recíproca, ambos logran maximizar su utilidad como resultado final.

Gauthier está proponiendo aquí una especie de defensa del utilitarismo de reglas frente al utilitarismo de actos. En ciertos casos la búsqueda directa de la utilidad es autofrustrante; es mejor buscar la utilidad indirectamente aceptando las restricciones impuestas por ciertas reglas, las que -al ser seguidas- producen realmente la máxima utilidad. Esto ocurre, por ejemplo, porque los maximizadores restringidos están en mejor posición que los maximizadores directos para inducir a otros a realizar con ellos transacciones mutuamente beneficiosas³. Un individuo que espera tener que interactuar con otros tiene una razón basada en la maximización de su utilidad para elegir convertirse en un maximizador restringido. Pero esta preferencia por la cooperación no está motivada por una preocupación hacia los demás, sino por su propio autointerés⁴.

¿Cuándo decimos que el individuo X es racional de acuerdo a la teoría de Gauthier? Ante todo, el propósito de X es el de maximizar su autointerés. Podría hacerlo adoptando una estrategia maximizadora irrestricta, pero en ciertos casos esa estrategia resultaría autofrustrante, en el sentido de que ella no conduciría al resultado óptimo (así ocurriría en los casos del Dilema del Prisionero, por ejemplo). Entonces X decide adoptar una estrategia maximizadora restringida siempre que esas restricciones le aseguren una utilidad mayor que la que le procura la estrategia maximizadora irrestricta. Como se demuestra que así ocurre (otra vez el ejemplo típico es el del Dilema del Prisionero), X elige convertirse en un maximizador restringido. Pero no porque sus intereses se hayan modificado, por supuesto. Él sigue persiguiendo una sola cosa: la maximización de su utilidad. Sólo que ahora ha descubierto que ciertas restricciones a su conducta contribuyen

² Teniendo en cuenta los límites de este trabajo no me detendré a explicar el dilema. Remito a *Paradoxes of Rationality and Cooperation*, Richmond Campbell y Lanning Sowden (eds.), Vancouver, The University of British Columbia Press, 1985, y a Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, New York, Basic Books, 1984.

³ Kurt Baier, «Rationality, Value and Preference», *Social Philosophy and Policy*, vol. 5, Issue 2, pág. 19.

⁴ Edward F. McClennen, «Constrained Maximization and Resolute Choice», *Social Philosophy and Policy*, vol. 5, Issue 2, págs. 102 y 115.

a maximizar su utilidad, y por eso -y sólo por eso- las adopta.

Esta teoría de la racionalidad es generalmente aceptada. Parfit ha mostrado que la teoría del autointerés nos predispone muchas veces a actuar de un modo que, de acuerdo a la propia teoría, es irracional⁵. La idea de Gauthier acerca del maximizador restringido corrige ese defecto y se aproxima -de alguna manera- a la versión crítica de la teoría del propósito presente, que es la tesis que Parfit favorece⁶. No es una afirmación polémica, entonces, el sostener que el individuo *X* es racional. El problema interesante radica en investigar si un individuo que actúa sólo por las motivaciones expuestas es, además de racional, un individuo moral.

La idea de la moral

El individuo *X*, como he dicho, es indudablemente racional. Pero recordemos que él acepta restringir sus acciones sólo en la medida en que esas restricciones garanticen la maximización de su utilidad. ¿Es entonces *X* un individuo moral? Gauthier sostiene que la teoría moral es esencialmente la teoría de optimizar las restricciones sobre la maximización de la utilidad (pág. 78). Esta idea parece indicar que para que un individuo actúe moralmente basta con que acepte sólo este tipo de restricciones, y rechace en cambio cualquier restricción que minimice su utilidad.

Esto sí que es discutible. Como dice Morris⁷ el autointerés es una característica de gran parte del comportamiento humano, pero no de aquella parte que es más admirable. Aun si definimos a la moral como la maximización restringida de la utilidad (y reconozcamos que no es un modo habitual de definirla) hay que especificar qué tipo de restricciones cuentan. Creo que nadie diría que *sólo* cuentan para caracterizar a la moral las restricciones que maximizan la utilidad a largo plazo. Atender a estas restricciones es, sin duda, racional, pero nadie sostendría seriamente la pretensión de que toda transacción racional es equitativa⁸.

⁵ Derek Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pág. 13.

⁶ Parfit, cit., págs. 117-120 y 125.

⁷ Christopher W. Morris, «The Relation Between Self-Interest and Justice in Contractarian Ethics», *Social Philosophy and Policy*, vol. 5, Issue 2, pág. 119.

⁸ Cfr. Jody S. Kraus y Jules L. Coleman, «Morality and the Theory of Rational Choice», *Ethics*, vol. 97, núm. 4, págs. 715 y 720.

Lo curioso es que el mismo Gauthier trata de caracterizar a la moral de un modo más estrecho. Por eso dice que coincide con Kant en que las restricciones morales deben aplicarse cualesquiera sean las preferencias individuales (pág. 100)⁹ y observa también que las restricciones que surgen de la moral por convenio obligan racionalmente, en forma independiente de las preferencias particulares (págs. 328-329), de los deseos, propósitos e intereses del individuo¹⁰. Es que no todas las restricciones son restricciones morales; para serlo deben ser equitativas e imparciales¹¹.

Lo que se espera de un individuo moral es algo más que un cálculo acerca de la maximización de su utilidad. En otras palabras, lo que se espera de un individuo moral no es lo mismo de lo que se espera de un individuo puramente racional. Un individuo moral debe actuar -o abstenerse de actuar- sobre la base de ciertas restricciones que, en algunos casos, no maximizan su utilidad. No es sólo que el individuo moral deba actuar -u omitir- absteniéndose de calcular su utilidad. Es que debe actuar -u omitir- incluso después de haber calculado su utilidad y de haber descubierto que esa restricción en particular la disminuye.

Rawls ha expuesto con toda claridad el caso de la moral. Tener una moral implica por lo menos el reconocimiento de principios que se aplican imparcialmente, tanto a nuestra conducta como a la de los demás, principios que pueden constituir una restricción, o una limitación, respecto de la persecución de nuestros propios intereses. Uno debe reconocer los principios de la moral incluso cuando nos son desventajosos. Un hombre cuyos juicios morales coinciden siempre con sus intereses puede ser sospechoso de no tener moral alguna¹².

De modo que hasta ahora lo que hemos logrado caracterizar es al individuo racional. Este actúa en base a un cálculo que tiende a la maximización de sus preferencias consideradas y estables, esto es, de su utilidad. Aceptando ciertas restricciones esa utilidad aumenta y por eso el individuo racional decide aceptarlas. Pero como esas restricciones se aceptan sólo porque ellas maximizan la utilidad, y no se aceptarían si la disminuyera, no

⁹ David Gauthier, «¿Por qué contractualismo?», *Doxa*, núm. 6, pág. 23.

¹⁰ Gauthier, «¿Por qué contractualismo?», cit., pág. 20.

¹¹ Kraus y Coleman, cit., pág. 722.

¹² John Rawls, «Justice as Fairness», *Philosophy, Politics and Society*, Second Series, Peter Laslett y W. G. Runciman (eds.), Oxford, Basil Blackwell, 1972, pág. 139.

puede decirse que ese individuo actúe moralmente. (Y puesto que las restricciones maximizan la utilidad incluso es interesante considerar en qué medida pueden denominarse «restricciones».) Estamos ante el primer cuerno del dilema que enuncié al comienzo: el individuo *X* es racional pero no es moral.

La introducción de restricciones morales

Claro que, a esta altura de la cuestión, podría formularse una objeción obvia: la caracterización anterior es interesante pero *no es* la que propone la teoría de Gauthier. Me apresuro a conceder que esta objeción es parcialmente exacta. Gauthier procura introducir ciertas condiciones que transformen la situación que he descrito en una situación moral. Reconoce expresamente que puede ser acusado de probar que es racional aceptar restricciones, pero que esas restricciones pueden plausiblemente no ser consideradas morales¹³. Voy a examinar los esfuerzos de Gauthier para remediar esta situación, los que -a mi criterio- concluyen conduciendo al segundo cuerno del dilema.

Lo que Gauthier desea mostrar no es sólo que ciertas restricciones maximizan la utilidad; él quiere mostrar que los únicos acuerdos que pueden concertarse racionalmente son los acuerdos equitativos. Por eso la posición inicial a partir de la cual los acuerdos se celebran es una posición corregida, una posición en la cual ciertas ventajas son removidas, una posición en la que se respeta la versión de Gauthier de la «condición lockeana»¹⁴. Claro que la versión que Gauthier proporciona de esta condición es excepcionalmente permisiva, pero aun así ella implica la introducción de ciertas restricciones que no tienden a la maximización de la utilidad. Él interpreta a la condición de Locke como prohibiendo empeorar la situación de los otros, excepto cuando esto sea necesario para evitar empeorar nuestra propia situación (pág. 203). En la interacción natural debemos preguntar qué puede tomarse como punto básico para determinar los efectos que tienen las acciones de una persona respecto de la situación de otra, o de su propia situación. La distinción crucial que debemos

¹³ Gauthier, «¿Por qué contractualismo?», cit., pág. 21.

¹⁴ También Gauthier establece otro tipo de restricción al proponer su principio distributivo, denominado «concesión relativa minimax». Yo creo que el principio no está exento de dificultades, pero su estudio excede los límites de este trabajo. Remito a mi comunicación al *Lateinamerika und Europa im Dialog*, Münster, 1987, titulada «Recent Critiques of the Difference Principle».

establecer es entre empeorar la situación de algunos y fracasar en mejorarla; la condición prohíbe lo primero pero no lo segundo. El punto básico para determinar cómo yo afecto a otro, está determinado por el resultado que el otro esperaría en mi ausencia. El empeorar y el mejorar son juzgados comparando lo que yo hago con lo que podría haber ocurrido *-ceteris paribus-* en mi ausencia (págs. 203-205).

Por lo que puede verse, Gauthier interpreta la condición lockeana de modo que ella prohíbe empeorar la situación de otra persona interactuando con ella, salvo para evitar empeorar nuestra propia situación. Prohíbe mejorar la situación de uno a través de una interacción que empeore la situación de otro y expresa la idea subyacente de que no se tomen ventajas.

El papel primario de la condición lockeana es hacer posible las estructuras posteriores que son requeridas para las formas de interacción social. Ella convierte las libertades ilimitadas de la naturaleza hobbesiana en derechos y deberes exclusivos. Pero la condición lockeana, en la versión de Gauthier, no dice nada acerca de la igualdad, ni acerca de la satisfacción de las necesidades (págs. 205, 208-209 y 218).

Acepto que la interpretación de Gauthier de la condición lockeana es tan restrictiva que difícilmente pueda ocasionar grandes cambios respecto de la distribución de la propiedad y del ingreso en el mundo real. Pero no puede discutirse que es susceptible de provocar *algunos* cambios y de introducir restricciones que no resulten maximizadoras de la utilidad en el caso de algunos individuos. Por eso Gauthier no habla de justificar acuerdos reales entre individuos sino de justificar acuerdos hipotéticos, acuerdos en los que se supone que se respeta su versión de la condición lockeana. Son esos acuerdos los que proporcionan un criterio de justificabilidad de las prácticas morales existentes¹⁵. Aunque en el mundo real comenzamos con un conjunto existente de prácticas morales entendidas como restricciones a nuestro comportamiento maximizador, somos conducidos mediante la reflexión a la idea de un conjunto modificado que obtendría el acuerdo de todos. La capacidad reflexiva de los agentes racionales los conduce de lo dado a lo convenido, de las prácticas existentes y de los principios que requieren restricciones a aquellos que obtendrían el consentimiento de todos los individuos¹⁶.

¹⁵ Gauthier, «¿Por qué contractualismo?», cit., pág. 29.

¹⁶ Gauthier, «¿Por qué contractualismo?», cit., pág. 32.

Ahora sí nos encontramos dentro del ámbito de la moral. No se trata ya de aceptar sólo aquellas restricciones que maximicen nuestra utilidad. Se trata, en cambio, de aceptar todas las restricciones que sean necesarias para lograr el acuerdo de todos, aunque la utilidad de varios de los participantes del acuerdo resulte disminuida. Las restricciones no coinciden ya con la utilidad, toman en cuenta a la imparcialidad y a la equidad, y poseen las características que solemos atribuir a los principios morales, tal como los he descrito más arriba.

El problema, obviamente, consiste ahora en mostrar la racionalidad de aquellos individuos que deben resignar propiedades o ingresos como consecuencia de este nuevo tipo de restricciones. Al fin de cuentas, el individuo puramente racional debe actuar inmoralmente, por lo menos algunas veces¹⁷. Porque una cosa es establecer lo racional de la autorrestricción y otra es establecer que el cumplimiento de un acuerdo es racional sólo si los términos de ese acuerdo son equitativos¹⁸. El propio Gauthier advierte este problema. Por eso observa que sería irracional para cualquiera el abandonar los beneficios que le proporciona el orden moral existente simplemente porque comprende que este orden le proporciona más de lo que él podría esperar de un acuerdo puramente racional¹⁹. Buchanan es igualmente escéptico respecto de las modificaciones a la situación real: «El ejercicio contractualista -dice- no requiere la rectificación de injusticias pasadas para poder dedicarse a resolver las cuestiones futuras relevantes»²⁰.

Para resolver este problema Gauthier recurre a la idea de la estabilidad social: una sociedad que sólo acepta acuerdos equitativos es una sociedad estable. En caso contrario, aquellos que se encuentran en una posición privilegiada únicamente pueden mantenerla recurriendo a la coerción²¹. Pero, ¿por qué sería irracional recurrir a la coerción para resguardar un privilegio, cuando esto puede hacerse con buenas posibilidades de éxito? Supongamos que los negros fueran minoría en Sudáfrica y los blancos rehusaran renunciar a sus privilegios, prefiriendo mantenerlos en base a la coerción. Siendo los blancos mayoría existen buenas probabilidades de que la coerción sea efectiva. En ese

¹⁷ Kraus y Coleman, cit., pág. 715.

¹⁸ Kraus y Coleman, cit., pág. 740.

¹⁹ Gauthier, «¿Por qué contractualismo?», cit., pág. 33.

²⁰ James M. Buchanan, «The Gauthier Enterprise», *Social Philosophy and Policy*, vol. 5, Issue 2, pág. 87.

²¹ Gauthier, «¿Por qué contractualismo?», cit., pág. 34.

caso los blancos sudafricanos se estarían comportando de un modo inmoral, pero no de un modo irracional. Más aún: si la coerción fuera seguramente eficaz, los blancos se estarían comportando de un modo irracional si decidieran renunciar a sus privilegios por razones morales. Porque este proceder contrariaría sus preferencias consideradas y estables acerca de la maximización de su utilidad.

De modo que ahora hemos logrado caracterizar al individuo moral. Este actúa aceptando restricciones que no siempre maximizan sus preferencias consideradas y estables; acepta -en cambio- restricciones que son equitativas e imparciales. Estamos ahora ante el segundo cuerno del dilema enunciado más arriba: el individuo *X* es moral pero no es racional. Y ahora no puede argüirse que esta no es la propuesta de Gauthier porque ella se ajusta exactamente a su teoría.

La presunta solución del dilema

Hay un recurso a nuestra disposición para intentar evadirnos del dilema, pero no es un recurso satisfactorio. Gauthier pretende fundar la moral en la racionalidad, y para solucionar el dilema podemos intentar distinguir dos tipos distintos de racionalidad. Uno de ellos es el de la racionalidad como inteligibilidad. Consiste en una mínima coherencia que se le exige al individuo y funciona sólo con un carácter explicativo. El otro tipo es el de la racionalidad como justificación. En este caso se exigen razones adecuadas, pero el acto no sólo es explicado sino también justificado²². En el caso de las restricciones que maximizan la utilidad el individuo es racional en el sentido explicativo, en el sentido de la racionalidad como inteligibilidad. En el caso de las restricciones equitativas e imparciales que no maximizan la utilidad el individuo que las acepta es racional en el sentido de la racionalidad como justificación.

Pero esta presunta solución es inaceptable. Porque mientras el concepto de racionalidad como inteligibilidad es moralmente neutro, la racionalidad como justificación está cargada de nociones morales. Las «razones adecuadas» que este último concepto exige son adecuadas -precisamente- desde el punto de vista moral. Y no puede pretenderse justificar racionalmente a la

²² Joseph Mendala, «Gauthier's *Morals by Agreement* and Two Kinds of Rationality», *Ethics*, vol. 97, núm. 4, pág. 769.

moral con una noción de racionalidad que contiene -ella misma- rasgos morales. Aunque esto pudiera hacerse sin circularidad (y no veo cómo podría lograrse), de todos modos, el intento contrariaría la propia idea de Gauthier de hallar un modo no-moral de justificación, una justificación que él llama «deliberativa» o «neutral»²³. Contrariaría su intento de definir la racionalidad independientemente de la moral²⁴.

Conclusión

Gauthier se propuso fundamentar la moral en la racionalidad y fue rápida presa de un dilema. Si caracterizaba adecuadamente a la racionalidad, el individuo racional no aceptaba restricciones morales; y si caracterizaba adecuadamente a la moral, la conducta del individuo moral no siempre era justificable racionalmente. El dilema no se soluciona distinguiendo dos conceptos distintos de racionalidad, puesto que la racionalidad como justificación no es un concepto moralmente neutro. El dilema planteado al comienzo sigue en pie: si se es racional no siempre se es moral, y si se es moral no siempre se es racional. La tarea que Gauthier se propuso realizar es de dimensiones gigantescas y no debe extrañar que fracasara en su intento. En realidad, lo sorprendente es que haya aportado argumentos tan buenos como para llegar muy cerca del éxito en una empresa tan complicada.

²³ Gauthier, «¿Por qué contractualismo?», cit., pág. 24.

²⁴ David Gauthier, «The Unity of Reason», *Ethics*, vol. 96, núm. 1, pág. 85.



LA PREGUNTA DEL TONTO Y LA RESPUESTA DE GAUTHIER¹

The Foole hath sayd in his heart, there is no such thing as Justice; and sometimes also with his tongue; seriously alleaging, that every mans conservation, and contentment, being committed to his own care, there could be no reason, why every man might not do what he thought conduced thereunto: and therefore also to make, or not make; keep, or not keep Covenants, was not against Reason, when it conduced to ones benefit. He does not therein deny, that there be Covenants; and that they are sometimes broken, sometimes kept; and that such breach of them may be called Injustice, and the observance of them Justice: but he questioneth, whether Injustice, taking away ghe feare of God, (for the same, Foole hath said in his heart there is no God,) may not sometimes stand with that Reason, which dictateth to every man his own good... and if it be not against Reason, it is not against Justice: or else Justice is not to be approved for good.

Hobbes, 1651, cap. 15

I. INTRODUCCIÓN

De vez en cuando, hasta un Tonto tiene un momento lúcido y se le ocurre, si no una respuesta, al menos una pregunta que le asegura un lugar en el panteón de la historia de las ideas normalmente reservado a los Genios. Esto es lo que ha pasado, por ejemplo, con el Tonto de Hobbes, que desde hace más de tres siglos persigue a los filósofos con su pregunta: ¿Por qué debo ser «justo» y cumplir los contratos, aun cuando ello sea

¹ Cualquier mérito que tenga el presente trabajo debe entenderse como una muestra de los beneficios que pueden resultar de empresas cooperativas. Las ideas aquí presentadas no hubieran sido concebidas sin las contribuciones de cada uno de los miembros del grupo de trabajo que en los años 1988/89 se reunió varias veces para discutir sobre el pensamiento de David Gauthier; mis «socios» en este grupo eran Manuel Atienza, Albert Calsamiglia, Ricardo Caracciolo, Ernesto Garzón Valdés y Jorge Malem. Sin embargo, el trabajo es también una prueba de solidaridad altruista: agradezco a Ernesto Garzón Valdés su heroico esfuerzo para eliminar una multitud de faltas lingüísticas y otras sustanciales.

irracional, ya que perjudica mis intereses? Evidentemente, la respuesta que dio Hobbes en su momento no era satisfactoria: el Tonto sigue preguntando. Hobbes sostenía que es racional cumplir con lo racionalmente acordado siempre que se tenga la garantía de que también las otras partes contratantes lo cumplirán. Según Hobbes, esta condición del cumplimiento universal podría satisfacerse, desde luego, sólo si existiera un poder dotado de medios coactivos suficientes. Hobbes se limitó, pues, a compensar la constatada falta del «fear of God» con el miedo frente a un poder político². La amenaza de sanciones coactivas para el caso de la violación de un contrato cumple aquí dos funciones: por una parte, un individuo *A* puede estar seguro de que sus «socios» no tendrán ningún motivo para violar el contrato, ya que ello les resultaría costoso; queda así satisfecho el presupuesto hobbesiano para el cumplimiento del contrato por parte de *A*. Pero, por otra, cambia también -para decirlo en términos modernos- el resultado del cálculo de costos y beneficios que hace *A* de sus propias alternativas de comportamiento; en muchos casos, sólo así pierde atractivo la alternativa del comportamiento del polizón, porque *A* sabe que ya no podrá obtener beneficio alguno de su violación del contrato cuando los otros lo cumplen³.

El inconveniente de esta versión de una «solución política» a la inestabilidad de los contratos es que la racionalidad del cumplimiento de lo acordado -del comportamiento «justo»- resulta ser contingente. Depende de la existencia de circunstancias empíricas cuya creación y mantenimiento no son -justamente desde la perspectiva propuesta por Hobbes en su respuesta a la pregunta del Tonto- nada obvios⁴.

² Acerca de la concepción según la cual «la teoría política liberal de Hobbes se basa en la eliminación del miedo frente al “poder de los espíritus invisibles”, reforzando al mismo tiempo el miedo frente al “poder de los hombres”», cfr., entre otros, el trabajo reciente de *Blits*, 1989, esp. págs. 426 y sigs.

³ Cfr. *Taylor*, 1987, pág. 136, para la distinción entre estas dos funciones: sostiene que, a pesar de que suele tomarse en cuenta sólo la segunda de ellas, «Hobbes obviamente no afirma simplemente que el Soberano logrará mantener la paz porque cada individuo le obedecerá sólo por miedo a las sanciones. Cree que ... cada uno le obedecerá porque el Soberano eliminará la única razón en contra del cumplimiento de los acuerdos, es decir, la “sospecha razonable” de que los demás no cumplirán los suyos». Taylor cita a H. L. A. Hart y B. Barry para interpretaciones similares. Desde luego, la primera función es suficiente -también según Taylor- sólo bajo determinadas circunstancias. Cfr. también las diferentes interpretaciones del dilema del polizón en *Hampton*, 1986.

⁴ Cfr. con respecto al «problema de ordenamiento de Hobbes», entre muchos otros, *Kliemt*, 1987 y 1989.

Otra vía para llegar a una respuesta a la pregunta del Tonto ha sido la de admitir que, efectivamente, la justicia y la racionalidad, al menos a veces, dictan comportamientos distintos (por ejemplo, en lo que respecta al cumplimiento de los contratos), pero que ello no provoca conflicto alguno. Se puede pensar aquí básicamente en dos tipos de argumentos:

a) Sostener que no existe -y tampoco debería existir- *ninguna* relación entre racionalidad y moralidad, es decir, que la moralidad se basa totalmente en consideraciones extrarracionales (por ejemplo, metafísicas) y que tales criterios morales *sui generis* simplemente tienen prioridad frente a los criterios racionales.

Esta «solución teológica» difícilmente puede convencer a nuestro Tonto, ya que se trata, como es bien sabido, de un «Tonto racional» que no está dispuesto a creer en «dioses», de cualquier tipo que ellos sean.

b) Reconocer las discrepancias que existen entre lo racional y lo moral, pero sin inferir de ello una separación completa de los dos ámbitos. Por consiguiente, a diferencia de las soluciones propuestas por Hobbes y por los «teólogos», no habría aquí ninguna necesidad de decidirse por un principio de prioridad exclusiva en favor de la racionalidad o de la moralidad. Se insistiría, más bien, en la existencia de una relación entre los dos conceptos, asignándole a la racionalidad un papel importante en el ámbito de la moral; pero este papel se limita a la determinación del *contenido* de los comportamientos debidos -entre los que podría figurar, por ejemplo, el de «cumplir lo racionalmente acordado»-, y no se extiende a la constitución de los *motivos* para la realización del comportamiento debido. Por ello, podría ser debido, por ejemplo, el comportamiento racionalmente acordado, aun cuando no se pueda dar una «razón racional» para su cumplimiento en un caso particular. Según esta argumentación, si el Tonto carece de lo que podríamos llamar un «sentido de justicia», lo único que cabe decir es: peor para los demás; hay que cumplir lo racionalmente acordado justamente por haber sido racionalmente acordado, y por ninguna razón ulterior; dicho con otras palabras, hay que ser justo, no porque sea racional, sino simplemente porque es justo. Esta «solución moral» (en sentido estricto) parece ser la propuesta, entre otros, por Rawls, con su insistencia en el sentido de justicia.

Al «Tonto racional», por supuesto, no le satisfará ninguna de las soluciones propuestas: ni la «solución política» a la Hobbes (que, por cierto, da prioridad a la racionalidad, pero no logra establecer su coincidencia incondicionada con la moralidad) ni

la «solución moral» a la Rawls (que subordina la racionalidad a la moral) ni mucho menos la «solución teológica» (que no confiere a la racionalidad relevancia alguna en los asuntos de la moral).

La única solución que podría satisfacerlo plenamente sería aquella que contestara a su pregunta aduciendo que hay que ser «justo» -por ejemplo, hay que cumplir los contratos- porque ésta es la única actitud *racional*.

II. LA RESPUESTA DE GAUTHIER

La fundamentación argumentativa de esta respuesta es justamente la tarea que se ha propuesto llevar a cabo David Gauthier con su libro *Morals by Agreement* (1986).

El argumento básico de Gauthier es que el Tonto de Hobbes no merece el nombre de «Tonto racional» -en el sentido de «hombre perfectamente racional, pero sin sentido de justicia»⁵. Intenta mostrar que, efectivamente, su racionalidad es deficiente -es decir, que es un Tonto sin más- y que no formularía su pregunta si realmente fuera racional.

Parte para ello, siguiendo a Hobbes y a Rawls, de una perspectiva contractualista. La elección de este punto de partida no es en modo alguno arbitraria; por el contrario, se infiere lógicamente del criterio de racionalidad: Sería ilusoria la esperanza de poder convencer a un presunto «Tonto racional» para que acepte como debidos comportamientos que no le benefician; pero, los comportamientos beneficiosos son justamente aquellos que una persona racional podría aceptar como contenido de un contrato. Por ello, la perspectiva contractualista abarca todo el campo de los comportamientos racionalmente aceptables, es decir, todo el campo relevante para la discusión con el Tonto.

Pero, mientras que Hobbes respondía al Tonto que racionalidad y moralidad coinciden *bajo ciertas condiciones externas*, y que no necesariamente coinciden cuando ellas no se dan, y Rawls sostenía que, en última instancia, no importa si el comportamiento racional y el moral coinciden o no, la respuesta de Gauthier implica que la moralidad coincide siempre con la racionalidad, es decir, que el comportamiento racional siempre es, al mismo tiempo, moral, sin que para ello se requiera la satisfacción

⁵ Para una crítica a este tipo de «Tontos racionales», cfr. sobre todo el famoso artículo de Sen, 1982.

de ninguna condición adicional como no sea la racionalidad de todos los participantes en la interacción respectiva.

Más concretamente, con respecto al cumplimiento de los contratos, ello significa lo siguiente: En Hobbes, el cumplimiento de un contrato se vuelve racional a causa de los *costos externos* de la desertión; son ellos los que vuelven irracional la actitud del polizón, y sin ellos, el polizón sería -así se puede interpretar a Hobbes- perfectamente racional, aunque inmoral. En Rawls, donde no existe la amenaza de sanciones (al menos, no necesariamente), cumplir un contrato puede resultar menos beneficioso que la desertión «unilateral», pero ello es irrelevante, ya que sólo interesa el *status* moral de las acciones, y en este sentido el comportamiento del polizón es considerado siempre como inmoral. En cambio, a Gauthier, lo que le interesa es mostrar que el comportamiento del polizón, en un contexto de individuos racionales, *siempre* es irracional, y que, por el contrario, cumplir lo acordado *siempre* es racional; y como, también según Gauthier, cumplir los contratos es moral o «justo», racionalidad y moralidad coinciden.

Gauthier parte, efectivamente, de la concepción antropológica más pesimista imaginable: lo único que nos importa en la elección de nuestras acciones es -según él- el beneficio que podemos esperar de ellas en términos de la satisfacción de nuestras preferencias individuales. El hecho de que posiblemente esta premisa sea demasiado pesimista no afecta en nada la relevancia de la argumentación gauthieriana; por el contrario: si logra convencer a los empedernidos racionales y amorales, ¡cuánto más fácil será convencer a los que ya disponen de un sentido de justicia! Además, señala Gauthier, aun a estos últimos les conviene tener en cuenta, en sus interacciones con otras personas, sus propias preferencias e intereses y, si fuera necesario, revisar los términos de la interacción. «En efecto -dice-, suponemos que cierta medida de sociabilidad es característica de los seres humanos. Pero... [ésta] se convierte en fuente de explotación si lleva a las personas a tolerar instituciones y prácticas que, si no fuera por su sentido de compasión y afecto para los demás, les resultarían costosas. El pensamiento feminista nos ha aclarado definitivamente este mecanismo que es, quizás, la forma básica de toda explotación humana»⁶.

⁶ Gauthier, 1986, pág. 11. Más claramente aún lo ha formulado Braybrooke 1987, pág. 753: «Hasta las personas vinculadas por estrechos lazos de afecto -amantes, matrimonios felices- probablemente harían bien en preguntarse de vez en cuando si la división de beneficios entre ellos toma adecuadamente en cuenta sus diferentes intereses.»

Vistas así las cosas, el programa de Gauthier consiste en mostrar:

1. Que la racionalidad a veces prescribe no sólo celebrar un contrato, sino también cumplirlo. Evidentemente, esto no vale para cualquier tipo de contratos, sino sólo para aquellos que satisfacen ciertas condiciones.

2. Que es racional celebrar un contrato si y sólo si también es racional su cumplimiento. Esto es equivalente a la afirmación de que para una persona racional siempre es racional cumplir los contratos⁷.

Con ello, Gauthier ya habría contestado de manera concluyente a la pregunta del Tonto. El Tonto, una vez convencido, deja de ser un «Tonto sin más» y, por fin, se convierte en un ser estrictamente racional. Pero Gauthier no se contenta con ello. Su objetivo último es convencer también a todos los demás de que este nuevo ser ya no merece la denominación maliciosa de «Tonto racional». Por ello, la última parte de su programa consiste en mostrar:

3. Que el comportamiento prescrito por la racionalidad satisface, al mismo tiempo, todos los requisitos necesarios y conjuntamente suficientes para poder hablar de un comportamiento moral.

a) *El concepto de racionalidad*

Para fundamentar su afirmación en el sentido de que la racionalidad del Tonto es deficiente, Gauthier tiene básicamente dos posibilidades. Puede rechazar por completo el concepto de racionalidad del Tonto y aducir que los criterios de racionalidad deberían ser otros; o puede vencer al Tonto «con sus propias armas», haciendo suyos precisamente los mismos criterios del Tonto y mostrándole que no los aplica coherentemente. Desde luego, la primera alternativa sería más fácil: no es precisamente por escasez de conceptos que tenemos tantos problemas con la racionalidad⁸; pero esta alternativa conduciría a una polémica con alto riesgo de esterilidad, ya que en el ámbito de las definiciones

⁷ Obviamente, ello no vale para una persona que no es (perfectamente) racional, ya que en este caso puede haber contratos cuyo cumplimiento sería todo menos racional.

⁸ Cfr., por ejemplo, la lista con 21 significados diferentes del término «racionalidad» que presenta *Hans Lenk*, 1986, págs. 106 y sigs.; cfr. también *Harsanyi*, 1985, y *Mendola*, 1987.

no es posible aducir criterios concluyentes, como los de verdad o falsedad.

Felizmente, Gauthier opta por la vía más difícil y más interesante, al utilizar un concepto básico de racionalidad similar al del Tonto. Se trata de aquella racionalidad que «dicta a cada uno [procurar] su propio bien»⁹: Una persona es racional en la medida en que elige aquellas acciones que maximizan su utilidad esperada, donde esta utilidad depende exclusivamente de sus preferencias ponderadas (*considered*) que, a su vez, derivan del valor -subjetivo y relativo- que el individuo asigna a cada uno de los posibles estados de cosas alternativos¹⁰. Por consiguiente, la elección de una acción no maximizadora de utilidad debe ser considerada como irracional. Se definen así límites muy estrechos para las restricciones racionalmente aceptables a la maximización de utilidad. A primera vista, hasta parece que la racionalidad y la restricción a la maximización de utilidad se vuelven *per definitionem* recíprocamente excluyentes. Sin embargo, no es difícil percibir que esta impresión es falsa: Si la utilidad máxima que puedo sacar de mis ahorros actuales, dadas mis preferencias ponderadas, consiste en una semana de vacaciones en la playa, y si decido no realizar esta utilidad, ello restringe, sin duda alguna, la maximización de mi utilidad; si, además, gasto mis ahorros en alguna otra cosa y así realizo una utilidad menor que la que hubiera obtenido de la semana en la playa, la restricción a la maximización es claramente irracional. Pero, si renuncio a la realización de la utilidad máxima y de cualquier utilidad menor -porque sólo así puedo tener la esperanza de disponer algún día de los recursos necesarios para comprarme aquella casa en la playa con la que estoy soñando desde siempre y cuya utilidad (esperada) para mí será mucho mayor que la de una sola y corta visita a la misma playa- entonces la restricción, lejos de ser irracional, no es otra cosa que una estrategia totalmente adecuada para una maximización de utilidad a largo plazo. En este sentido, mi disposición a cumplir disciplinadamente con las restricciones a la maximización de utilidad que me impongo a mí misma es racional porque, en última instancia, sirve para elevar el máximo de utilidad «esperable», alcanzable -con lo cual, desde luego, cambia también el cálculo de utilidad esperada.

Lo mismo vale en el contexto de la interacción con los demás: «En tanto maximizador racional de utilidad, debo cumplir

⁹ Cfr. *Hobbes, loc. cit.*

¹⁰ Cfr., sobre todo, *Gauthier, 1986, capítulo II.*

con una restricción si y sólo si puedo dar para ello una razón maximizadora de utilidad. Ahora bien, una razón directa obviamente no es posible... Por ello, es racional adoptar aquellas disposiciones, con respecto al cumplimiento de principios restrictivos, que los demás consideran ventajoso recompensar»¹¹.

b) *La superación del problema del polizón*

La posibilidad de que una restricción a la maximización directa, a través de la obtención de beneficios que surgen de la restricción misma, sirva para la maximización indirecta de utilidad, es decir, la posibilidad de una restricción *racional* a la maximización de utilidad, es la idea clave para la argumentación de Gauthier en contra del Tonto.

Gauthier señala que hay «toda una gama de situaciones -entre ellas, en primer lugar, las del “dilema de los prisioneros” en forma general -en las que estrategias que exigen un comportamiento no maximizador realmente maximizan la utilidad y son, por ello, racionales»; ello es así porque tales estrategias introducen un cambio en «las probabilidades de que el agente se encuentre en ciertas situaciones, frente a ciertas alternativas. Sólo si entendemos esto, podemos comprender las verdaderas características y la complejidad de la racionalidad maximizadora de utilidad»¹². La probabilidad, por ejemplo, de que algún día me encuentre en una situación que ofrezca la alternativa directa de comprarme aquella casa en la playa aumenta en la medida en que persigo, durante algún tiempo, una estrategia indirecta, acumulando ahorros, en lugar de satisfacer mis preferencias de cada momento. Este mecanismo de las estrategias indirectas de maximización adquiere más importancia aun cuando se trata de beneficios realizables sólo mediante la colaboración de otras personas, es decir, cuando las situaciones en las que habré de encontrarme, y las alternativas que habrán de presentármese, ya no dependen sólo de mi propia disciplina en el cumplimiento de las restricciones que me impongo por mi propio bien, sino también

¹¹ *Gauthier*, 1988b, pág. 183; cfr. también *Gauthier*, 1988, pág. 13, donde repite: «Es racional disponerse a aceptar ciertas restricciones a la maximización directa, en la elección y el comportamiento, si y sólo si una disposición tal maximiza la utilidad esperada.»

¹² *Gauthier*, 1984, pág. 489.

de la disciplina de otras personas en el cumplimiento de las restricciones que ellas mismas se han impuesto.

Ciertamente, entre personas racionales no se puede contar con el cumplimiento voluntario, espontáneo, de restricciones que no aumentarán la utilidad máxima esperable para quien las cumpla. Por ello, en el caso de personas racionales, no vinculadas por lazos de afecto con las demás, el cumplimiento de las restricciones a la maximización directa de utilidad en aras de alguna empresa cooperativa es esperable, cuando más, si se trata de empresas mutuamente beneficiosas.

Pero aun en este caso, queda por resolver el viejo dilema de los prisioneros -víctimas de su racionalidad maximizadora: ¿Cómo evitar que los beneficios potenciales de la cooperación queden sin realizarse porque cada uno, sospechando que está frente a un polizón, ante la alternativa del riesgo de ser una víctima «ingenua» de la explotación, por un lado, y de los costos (de oportunidad) seguros, pero claramente menores, de la irrestricta persecución de la maximización directa de utilidad, por otro, elige esta última vía? ¿Cómo demostrarle plausiblemente al Tonto que justamente esta elección sería irracional?

Al reflexionar acerca de la *simetría* de las situaciones de los cooperadores potenciales, Gauthier encuentra la solución del problema. Resumida en muy pocas palabras, es básicamente la siguiente: En una empresa cooperativa, un maximizador directo de utilidad siempre *debe* (racionalmente) convertirse en polizón, es decir, aprovecharse de la cooperación de los demás y privarlos de los beneficios que habían esperado de sus respectivas restricciones a la maximización directa de sus utilidades. Justamente por ello, una persona racional jamás cooperará con alguien de quien se sabe o se sospecha que es un polizón; por consiguiente, el maximizador directo de utilidad quedará siempre al margen de todo beneficio realizable sólo mediante un esfuerzo común. Así pues, la única posibilidad que tiene una persona de convertirse en un socio aceptable para los demás -y asegurarse así alguna participación en los posibles beneficios cooperativos- consiste en convencerlos de que se encuentran frente a una persona que *no* se convertirá en polizón, es decir, que no persigue la maximización directa de su utilidad. Desde luego, sería irracional renunciar incondicionadamente a la maximización directa, porque ello equivaldría a una invitación a la explotación; la renuncia debe hacerse con la reserva de que ella vale exclusivamente para la interacción con personas igualmente dispuestas. En palabras de Gauthier: «La disposición de cumplir los contratos, *en condiciones de seguridad suficiente*, sin recurrir a consideraciones

acerca de la maximización directa de utilidad, lo convierte a uno en socio elegible para la cooperación beneficiosa y, por ello, es a su vez beneficiosa»¹³.

Pero esto, afirma Gauthier, no basta todavía para asegurar que efectivamente se realice una cooperación mutuamente beneficiosa. Una condición necesaria para que un individuo sea elegido como socio en una empresa cooperativa concreta es, por cierto, que renuncie a la maximización directa de su utilidad, pero ello no es una condición suficiente. Pues, una vez realizada la cooperación, siempre surge la cuestión de la distribución del beneficio resultante entre los participantes. Para cada uno de ellos, es racional aportar su parte del esfuerzo común sólo si puede estar seguro de que, después, recibirá una parte «adecuada» del beneficio comúnmente obtenido. Por lo tanto, para que se obtenga algún beneficio, es necesario que los socios potenciales no sólo se reconozcan recíprocamente como personas que, bajo ciertas condiciones, están dispuestas a renunciar a la maximización directa de su utilidad, sino que, además, se pongan de acuerdo acerca de los términos concretos de la distribución del beneficio de su eventual cooperación. A este acuerdo se llega a través de una negociación en la que cada uno de los participantes tiene que tomar en cuenta dos aspectos fundamentales: 1) que su propia racionalidad (indirectamente) maximizadora le exige, por supuesto, aceptar sólo aquellos acuerdos que le aseguran un beneficio «neto», es decir, una parte del beneficio global de la cooperación cuyo valor supera el de los costos que el mismo individuo asume en la cooperación; más aún, le exige también que no se «explote» a sí mismo -aceptando una parte que, si bien significa un beneficio neto, es menor que la que podría obtener de sus socios racionales- sino que reclame para sí ni más ni menos que la máxima parte del beneficio global que ellos deberían estar racionalmente dispuestos a concederle; y 2) que todos los demás tienen exactamente las mismas preocupaciones. Por ello, si se está realmente interesado en la obtención de algún beneficio cooperativo, no puede ser racional pedir de los socios potenciales concesiones «exageradas».

La cuestión ahora es saber cómo reconocer el punto en que una exigencia deja de ser racional y se convierte en exagerada. En el capítulo V de su libro, Gauthier desarrolla al respecto una

¹³ *Gauthier*, 1986, pág. 162 (subrayado R. Z.); con ello, Gauthier sostiene que, en todo caso, para una persona racional sería irrelevante la segunda de las más arriba mencionadas funciones de la amenaza de sanciones en la propuesta hobbesiana.

argumentación detallada y sofisticada, para mostrar que el resultado de una negociación entre personas racionales, con el fin de llegar a un acuerdo sobre la distribución de los beneficios esperados de una empresa cooperativa, consiste en una distribución tal que no exista ninguna otra distribución también racionalmente aceptable por todos y en la que la concesión relativa máxima sea menor¹⁴. Esto significa, en la terminología de Gauthier, que la negociación racional de un acuerdo acerca de los términos de una empresa cooperativa está guiada por el «Principio de la concesión relativa minimax». La persona racional, según Gauthier, no entra en acuerdos que no satisfacen este principio; pero, si ha celebrado un acuerdo que lo satisface, es también racional cumplirlo: «El mismo principio, el de la concesión relativa minimax, sirve a las personas racionales, tanto para llegar a un acuerdo como para cumplirlo, es decir, sirve de principio de elección tanto en la negociación como en la cooperación... La negociación es una actividad directamente maximizadora, que conduce a un acuerdo sobre una estrategia común. La restricción aparece tan sólo en la interacción cooperativa misma que exige la adhesión a esta estrategia...»¹⁵

Gauthier ha completado así su respuesta a la pregunta del Tonto. Parece haber mostrado que una persona racional, si tiene la oportunidad de negociar un acuerdo acerca de los términos de una empresa cooperativa mutuamente beneficiosa, debe aplicar el Principio de la concesión relativa minimax porque sabe que ello maximiza su utilidad: si insiste en pedir más, la cooperación no se llevará a cabo, ya que sería irracional aceptarla por parte de los otros, y no habrá beneficio alguno; y si pide menos, renuncia innecesaria y, por ello, irracionalmente a una parte de utilidad que le sería posible obtener. Parece haber mostrado también que una persona racional debe disponerse a cumplir los acuerdos, porque de otro modo sus congéneres (igualmente racionales)

¹⁴ Por ejemplo, en una negociación entre tres personas A, B y C: si hay una distribución posible (es decir, racionalmente aceptable para cada una de las tres y que, por ello, permite la cooperación) en la que A debería hacer la concesión más grande y conceder el 75 por 100 a las otras, contentándose con un 25 por 100 para sí misma, y si hay otra distribución posible en la que nadie debería hacer una concesión mayor del 66 por 100 del beneficio total (cada una contentándose con el 33 por 100 para sí misma), entonces es claramente irracional para A aceptar la primera alternativa. Desde luego, para evitar los problemas conocidos de la comparación intersubjetiva de utilidades, Gauthier habla siempre de concesiones relativas (relativas a la utilidad -subjetiva- que el total del beneficio cooperativo significaría para cada uno respectivamente).

¹⁵ *Gauthier*, 1986, págs. 146 y 151.

le negarán la participación en cualquier acuerdo, con lo que pierde toda posibilidad de beneficiarse de empresas cooperativas -sea como polizón, sea como un socio entre otros.

c) *La moralidad de la racionalidad*

Finalmente, Gauthier pretende mostrar que el Tonto, si aplica coherentemente su propio concepto de racionalidad y se dispone a cumplir los acuerdos racionales, no sólo es racional sino también moral y, por lo tanto, ya no merece el nombre de «Tonto» ni en uno ni en otro sentido.

Tiene que mostrar, para ello, que el cumplimiento racional de acuerdos racionales *coincide* con la moralidad. Aquí cabe señalar, desde luego, que Gauthier no pretende mostrar que la moralidad de que está hablando coincide, a su vez, con «la moralidad que aprendimos de nuestros padres y compañeros, nuestros curas y profesores»¹⁶. Sobre todo, la moralidad gauthieriana -dado que la racionalidad con la que debe coincidir está, como vimos más arriba, estrechamente vinculada con una evaluación subjetiva y relativa de las cosas- difícilmente podría adecuarse a una concepción de la moralidad «como restricción con respecto a los objetos deseados, impuesta por nuestro conocimiento de una bondad objetiva en el mundo. Según este punto de vista ... [una] persona racional y moral intentaría maximizar la satisfacción de sus deseos moralmente restringidos»; en cambio, según Gauthier, las únicas restricciones justificables son las restricciones racionales, y la fuerza de las prescripciones morales «deriva totalmente de su papel en la superación del problema estructural de la interacción presentada en el dilema de los prisioneros ... Todo lo demás sería sólo un *addendum* mítico que, una vez comprendido, volvería a la moralidad tan impotente como ya lo es la religión»¹⁷ o, para utilizar la expresión más lírica de González Ballesteros: «Lo demás es música de fandangos celestiales apócrifos»¹⁸.

Según este punto de vista, pues, «la base de la moralidad» no puede ser otra que un «acuerdo unánime entre personas racionales» acerca de «restricciones mutuas ... mutuamente ventajosas»¹⁹. Sin embargo, como afirma el propio Gauthier, la moralidad

¹⁶ *Ibid.*, pág. 6.

¹⁷ Gauthier, 1988a, págs. 175 y sig.

¹⁸ Teodoro González Ballesteros, «El cumplimiento del pacto», en *El País* del 6 de nov. 1989.

¹⁹ Gauthier, 1988b, pág. 10.

«no debe ser entendida como una restricción a la satisfacción de preferencias no racionales, que surge sólo de la racionalidad. Más bien, un agente racional es aquel que actúa para lograr la satisfacción máxima de sus preferencias, y la moralidad es una restricción a su manera de actuar que surge de los efectos de su interacción con otros agentes»²⁰.

El significado fundamental de «moralidad», según Gauthier, es la prescripción de restricciones a la libre persecución del autointerés. La racionalidad -como acabamos de ver- también exige restricciones de este tipo; por ello, es básicamente posible una coincidencia de racionalidad y moralidad. Pero, mientras que las restricciones racionales a la maximización directa se producen *por razones maximizadoras*, la moralidad, *per definitionem*, consiste en restricciones. Ahora bien, para poder contestar a la pregunta de si las restricciones dictadas por la racionalidad coinciden con las prescritas por la moralidad, hay que saber cuáles son los criterios que hacen de una restricción una restricción moral. Según Gauthier, los únicos criterios necesarios para que una restricción sea moral son los de la *autoimposición* voluntaria y la *imparcialidad*²¹. En el contexto de personas racionales, el primero de los dos criterios está satisfecho si y sólo si se trata de una restricción racional. Por ello, las restricciones *morales* son justamente aquellas restricciones *racionales* que son también *imparciales*; el ámbito de la moralidad es idéntico al ámbito de las restricciones racionales, imparciales²².

Con respecto a la imparcialidad, el argumento de Gauthier sostiene que las restricciones racionales *siempre* son imparciales, es decir, el resultado de un acuerdo racional es siempre *equitativo*. Por lo tanto, la exigencia de imparcialidad no añade nada a la exigencia de racionalidad, es decir, la racionalidad y la moralidad coinciden plenamente.

²⁰ *Ibid.*, pág. 11.

²¹ Gauthier, 1988a, pág. 177: «[U]na restricción moral se caracteriza por dos propiedades: es una restricción interna que opera a través de la voluntad o toma de decisiones del agente, y opera de una manera que satisface algún estándar de imparcialidad entre las personas»; cfr. también Gauthier, 1988b, págs. 17 y sig., donde afirma que «sería erróneo considerar las restricciones racionalmente acordadas a la maximización directa de utilidad como una moralidad en sí, en lugar de como un sustituto a la moralidad, si no fuera por la coincidencia de su contenido con nuestras opiniones morales preteóricas. Y la coincidencia se debe -según creo- al hecho de que el consenso hipotético exige la imparcialidad».

²² Cfr. Gauthier, 1986, pág. 6: «Pretendemos mostrar que existen restricciones racionales, y que estas restricciones son imparciales. Identificamos, pues, la moralidad con ellas.»

La fundamentación de este argumento presenta dos aspectos diferentes. Primero, Gauthier sostiene que la negociación racional, guiada por el Principio de la concesión relativa minimax, siempre es imparcial y equitativa. Ello parece plausible ya que el Principio mismo se infiere de la reflexión acerca de las preocupaciones simétricas de todas las partes contratantes: ninguna de ellas aceptaría ni desventajas particulares para sí misma ni ventajas particulares para alguna de las otras. Pero si no se admiten «privilegios» o «excepciones», entonces la negociación es imparcial, es decir, equitativa. Pero, segundo, surge ahora un problema que todavía no ha sido mencionado. En la negociación, el Principio de la concesión relativa minimax implica exclusivamente la imparcialidad de la distribución del beneficio de la cooperación. Se refiere, por así decirlo, sólo al futuro. Por lo tanto, el resultado de una negociación imparcial conduce a un estado de cosas equitativo sólo si parte ya de un estado de cosas equitativo. La negociación imparcial no puede corregir «injusticias»²³ del pasado; especialmente, no da lugar a ninguna redistribución.

La imparcialidad como requisito de la moralidad exige, obviamente, que en ningún momento -tampoco antes de la celebración del primer acuerdo- exista una distribución injusta de bienes, es decir, una distribución en la que alguna persona se haya apropiado de lo que le corresponde a otra. Ahora bien, lo que le corresponde a una persona -prescindiendo de lo que ha obtenido a través de negociaciones imparciales- es todo aquello que, con sus propios esfuerzos, hubiera obtenido sin ninguna interacción con otras personas. Ello significa especialmente que sólo le corresponde aquello que no ha obtenido a través de una interacción perjudicial para los demás y que hubiera podido evitar sin perjudicarse a sí misma. Por lo tanto, según Gauthier, la imparcialidad implica la observancia de una variante de la «cláusula cautelar de Locke» que «le prohíbe a uno mejorar su propia situación mediante una interacción que empeora la situación de otra persona. Ello expresa ... la idea subyacente de no aprovecharse de los demás»²⁴. Dicho de otra manera, la moralidad exige que se reconozcan los *derechos* de cada persona a ciertos bienes

²³ Cfr. *ibid.*, pág. 150: «La justicia es la disposición a cumplir ... una restricción imparcial.»

²⁴ *Ibid.*, pág. 205; la derivación de esta «cláusula cautelar de Gauthier» y la demostración de su imparcialidad y racionalidad son el tema del cap. VII del libro. Para la versión «original» de la cláusula, cfr. *Locke*, 1689, cap. V (Of property), § 27.

y que la persecución de la maximización de utilidad se restrinja a aquello que puede obtenerse sin aprovecharse de los demás y violar así sus derechos.

Como ya se ha visto, por lo que respecta a la racionalidad, Gauthier sostiene lo siguiente: La celebración y la disposición al cumplimiento de un acuerdo son racionales si y sólo si se tiene la garantía de un resultado imparcial. Pero la imparcialidad depende, tanto del Principio de la concesión relativa minimax como de la cláusula cautelar. Por lo tanto, «la disposición al cumplimiento [de los acuerdos imparciales] incluye la disposición a la aceptación de esta cláusula como restricción a la interacción natural, en la medida en que se tiene la esperanza de ingresar en la sociedad, ... en las prácticas cooperativas»²⁵.

Con ello, Gauthier ha llegado al final de su argumentación que concluye con la afirmación de que «la justicia, es decir, la disposición a no aprovecharse de sus congéneres, es la virtud apropiada para la cooperación y es voluntariamente aceptada por personas igualmente racionales»²⁶.

III. OTRA VEZ, PREGUNTAS

La extensa respuesta elaborada por David Gauthier a la pregunta del Tonto, en el sentido de que para ser «justo» sólo sería necesario ser racional, ha sido objeto ya de un gran número de comentarios críticos. En su mayoría, estas críticas se refieren a los detalles de la argumentación «técnica» de Gauthier e intentan mostrar que sus inferencias no siempre son válidas²⁷. Este no es el lugar para entrar en esos detalles y repetir lo que ya se ha dicho al respecto. Más interesante parece analizar si la argumentación de Gauthier -prescindiendo de la necesidad de corregirla en algunos puntos- básicamente tiene alguna oportunidad de

²⁵ Gauthier, 1986, pág. 226.

²⁶ *Ibid.*, pág. 232.

²⁷ Cfr., aparte de los ensayos críticos en Frankel Paul et al, 1988, sobre todo la discusión muy detallada de Kraus/Coleman, 1987, que sostienen la implausibilidad de algunas de las premisas y la incoherencia lógica de algunas de las conclusiones básicas de Gauthier; además, Hegselmann, 1988, quien señala algunos problemas en los cálculos que presenta Gauthier para mostrar que bajo ciertas condiciones es más beneficioso ser un maximizador restringido que un maximizador directo; como así también la reseña de Nelson, 1988, con objeciones empíricas y conceptuales en contra de la idea de que sea posible adoptar voluntariamente una disposición a ser un maximizador restringido, parcialmente reconocible (*traslúcido*).

éxito, es decir, de poner fin de una vez para siempre a la preguntona actitud del Tonto. Para ello, me limitaré en lo que sigue a formular tres nuevas preguntas que, desde el punto de vista de un presunto Tonto, se le pueden hacer a Gauthier.

1. *¿Es realmente racional aceptar la cláusula cautelar?*

La argumentación de Gauthier concluye, como acabamos de ver, con la afirmación de que una persona racional debe aceptar la versión gauthieriana de la Cláusula cautelar de Locke que prohíbe aprovecharse de los demás. Gauthier fundamenta esta tesis de la siguiente manera: En el primer paso (en los caps. V y VI), muestra que una persona racional celebra y cumple sólo aquellos contratos que prometen un resultado imparcial y que son, por ello, equitativos. En el segundo paso (en el cap. VII), aduce que la imparcialidad implica dos cosas: el Principio de la concesión relativa minimax (PCRM), con respecto a la negociación, y la cláusula cautelar (CC), con respecto a la situación inicial de la negociación. De ello infiere, tercero, que una persona racional debe aceptar la CC. El problema con esta conclusión es que la imparcialidad cuya racionalidad Gauthier había mostrado en el primer paso, se refería exclusivamente a la imparcialidad de la negociación, es decir, sólo a aquel aspecto de la imparcialidad «total» captado por el PCRM. Por lo tanto, el primer paso no contribuye nada a la conclusión de que es racional aceptar la CC²⁸.

²⁸ Gauthier, 1986. En el cap. VI (pág. 178), define el «cumplimiento estrecho» (*narrow compliance*) como la disposición a «cooperar de una manera tal que, si todos la adoptan, proporciona resultados aproximadamente óptimos y equitativos». Luego, explica (pág. 179): «En el capítulo siguiente, extenderemos la concepción del cumplimiento estrecho para que incluya no sólo la satisfacción de la concesión relativa minimax, sino también la de algún *standard* de equidad para la posición inicial de la negociación.» Finalmente, en el cap. VII, el argumento reza (pág. 226): «Una persona dispuesta al cumplimiento estrecho compara el beneficio que se puede esperar de la cooperación con el que se podría esperar de un resultado óptimo y equitativo, y sólo cumple con una estrategia común si aquél se aproxima a éste. Un resultado es equitativo si satisface los *standards* de la imparcialidad que consisten, como hemos mostrado, en la cláusula cautelar y en el Principio de la concesión relativa minimax. *Por lo tanto*, una persona dispuesta al cumplimiento estrecho supone que los demás adoptan -y consideran racional adoptar- la cláusula como una condición para la cooperación. Pero entonces, dada la igualdad de racionalidad, ella misma también debe considerar racional adoptar la cláusula como condición para la cooperación. *Por lo tanto*, la disposición al cumplimiento

La argumentación de Gauthier tiene, pues, una «laguna» justamente en uno de los puntos decisivos de su programa; hasta que se logre llenarla con argumentos que no den lugar a dudas con respecto a la racionalidad de aceptar la CC -es decir, de aceptar ciertos derechos y con ello, por lo menos, ciertos deberes negativos, sin recurrir a argumentos morales- no se habrá mostrado la coincidencia de la racionalidad con la moralidad. El hecho de que justamente en este punto central, falle la «perfección técnica» de Gauthier, generalmente reconocida hasta por sus críticos²⁹, no permite alentar una actitud optimista con respecto a una posible superación del problema.

2. ¿Es realmente racional la maximización restringida?

La segunda pregunta plantea un problema más fundamental. Si Gauthier, con su advertencia de que no es racional la maximización directa sino la indirecta, no quiere decir nada más que, en general, «no es rentable» tomar en cuenta sólo las perspectivas inmediatas, sin pensar en las consecuencias más remotas de las acciones, obviamente no nos dice nada nuevo. El problema de la miope persecución de la satisfacción inmediata de nuestras preferencias, en detrimento de la consideración ponderada de las consecuencias a medio y largo plazo, fue tratado ya con toda claridad, por ejemplo, por David Hume³⁰. Más recientemente, en 1979, Jon Elster escribió que «esperar y servirse de estrategias indirectas son características centrales de la toma de decisión humana»; propone, por ello, «considerar al hombre como una máquina globalmente maximizadora -una caracterización que se

estrecho incluye la disposición a aceptar la cláusula...» (subrayado R. Z.). Aquí, casi imperceptiblemente, en el curso de la argumentación, se cambia la noción de imparcialidad con el cambio del significado del término «resultado»: primero, se habla del resultado de una negociación; luego, del resultado del conjunto de interacciones que hasta un momento determinado se han llevado a cabo.

²⁹ Cfr. Braybrooke, 1987, pág. 751.

³⁰ Cfr. Hume, 1739/40, Libro III, Parte II, Sección VII (Sobre el origen del gobierno), donde se refiere a la «debilidad de la naturaleza humana» que lleva a la «propensión violenta de preferir lo contiguo a lo remoto» y dice: «Cuando consideramos los objetos desde la distancia, ... siempre preferimos aquello que sea en sí mismo preferible, sin considerar su situación y circunstancias. De ello, surge lo que, en un sentido impropio (*improper*), llamamos la *razón*, que es un principio frecuentemente contradictorio a aquellas propensiones que se manifiestan al acercarse el objeto.»

remonta a Leibniz; según él, el hombre es el único ser capaz de “reculer pour mieux sauter”³¹. Parece que el pensamiento de Gauthier, efectivamente, va en la misma dirección cuando, por ejemplo, observa -en tono de objeción- que «Hobbes nunca reconoce explícitamente que es motivacionalmente posible adoptar, por razones egoístas, una regla que prescribe acciones no egoístas»; su objetivo es justamente mostrar los motivos que «le facilitan a una persona adoptar una regla ventajosa, al precio de cometer actos particulares perjudiciales»³².

Sin embargo, una cosa es sostener que *muchas veces* la maximización indirecta es más beneficiosa que la directa, y otra que ello *siempre* sea así. Sólo si se afirma lo segundo, se puede también sostener que es racional adoptar la disposición a la maximización restringida, sin que en cada caso concreto se calculen los costos y beneficios. Si se afirma lo primero, por el contrario, no sería racional esta disposición: En cada caso concreto, una persona racional habrá de hacer un cálculo para saber si los posibles beneficios «netos» de la deserción (tomando en cuenta los costos de la consecuencia de que así se pierde toda oportunidad futura de obtener beneficios cooperativos) no superarían quizás los beneficios esperables, aun en el mejor de los casos, de las posibles empresas cooperativas futuras. En este sentido, la estrategia más beneficiosa -y, por ello, racional- sería posiblemente la simulación de la disposición a la maximización restringida,

³¹ Elster, 1987 (publicación del original 1979), cap. I (Vollständige Rationalität: Jenseits gradualistischer Entwicklung), pág. 41, donde define: «Una máquina posee la capacidad de esperar si puede decir No a una mutación ventajosa para más tarde poder decir Sí a otra más ventajosa aún»; y «[u]na máquina posee la capacidad de adoptar estrategias indirectas si puede decir Sí a una mutación perjudicial para más tarde poder decir Sí a otra más ventajosa». Más adelante, Elster recuerda explícitamente la distinción fundamental entre la elección de una acción y la de una estrategia («un procedimiento para elegir»; pág. 43), para luego -cap. II (Unvollständige Rationalität: Odysseus und die Sirenen), pág. 96- pronunciarse partidario de la opinión de *Pascal* de que la racionalidad debería guiar solamente esta última, es decir, que una vez hecha la elección racional de una estrategia, las acciones deben seguir «automáticamente», sin que se considere a su vez, en cada caso, su racionalidad. Finalmente, sostiene que la idea central de *Descartes* era «que la modificación del comportamiento puede lograrse a través de una modificación autocontrolada (estratégica) del carácter» (pág. 86). Con todo, se muestra más bien escéptico acerca del alcance de la racionalidad estratégica en la realidad, debido a «la exigencia muy rigurosa de información» que ella supone (pág. 86), y concluye que «no tanto la falta de voluntad cuanto la falta de información impide la racionalidad perfecta» (pág. 93).

³² Gauthier, 1987, págs. 287 y sig.

porque ella permite obtener todos los beneficios cooperativos posibles hasta el momento en el que se presenta la ocasión para la «deserción maximizadora»³³. El propio Gauthier admite que «es una cuestión empírica saber si la simulación es lo mejor»³⁴. Pero si es así, entonces es también una cuestión empírica -y no una mera cuestión de inferencia lógica desde premisas sobre la racionalidad y la estructura general de las interacciones humanas saber si es racional renunciar a la simulación y adoptar sinceramente una disposición de maximización restringida. Por lo tanto, la relación entre la equidad de un contrato y la racionalidad de su cumplimiento, sostenida por Gauthier, es más que dudosa: «...el hecho de que una regla sea considerada como equitativa ... no asegura, *per se*, la voluntad de cumplir esta regla. El problema del cumplimiento resulta del hecho de que hay beneficios potenciales en la deserción. La existencia o inexistencia de tales beneficios no depende *per se* de las propiedades de la equidad»³⁵.

Sería extraño que el pensamiento de Gauthier realmente se limitase a una concepción de la racionalidad maximizadora tan fácilmente refutable. Y, en efecto, hay indicios de que sus reflexiones acerca de la racionalidad estratégica implican algo más. Gauthier sostiene que la noción «tradicional» de la racionalidad -utilizada por la teoría económica, la teoría de la decisión o la de los juegos- es falsa. Según él, la propia maximización de utilidad no debe referirse a rendimientos particulares (*performances*), sino a estrategias (*policies*)³⁶. La diferencia le parece decisiva: «La maximización es la meta del maximizador de estrategias, y el destino del maximizador de rendimientos»³⁷. Por ello, en el último párrafo de su libro, rechaza explícitamente la concepción del hombre de Elster en el sentido de la «máquina globalmente

³³ Cfr., por ejemplo, *Parfit*, 1987, pág. 18.

³⁴ *Gauthier*, 1987, pág. 297.

³⁵ *Vanberg/Buchanan*, 1989, pág. 55; en este contexto, los autores se refieren (*ibid.*, nota 11) explícitamente a Gauthier, aduciendo que «[l]a teoría de David Gauthier en *Morals by Agreement* parece basarse en parte en la suposición de que existe algún vínculo directo entre la equidad y el cumplimiento». Cfr. también *McClennen*, 1989, pág. 12 (n. 21), quien, a su vez, sostiene que «un sentido de la inequidad de un esquema por parte de algunos de los participantes no es una condición suficiente para su inestabilidad. Y sin duda, tenemos que admitir que un sentido de la inequidad de un esquema tampoco es una condición necesaria para la deserción unilateral...»

³⁶ Cfr., por ejemplo, *Gauthier*, 1986, pág. 182: «Identificamos la racionalidad con la maximización de utilidad en el nivel de las disposiciones para elegir.»

³⁷ *Gauthier*, 1984, pág. 488.

maximizadora», ya que aquí la maximización se refiere a los rendimientos (globales)³⁸.

La concepción de la racionalidad como maximización de estrategias es justamente lo que le permite a Gauthier rechazar los argumentos, más arriba presentados, en contra de la racionalidad general de una disposición a la maximización restringida. Así, puede afirmar que «la maximización restringida no es la maximización directa en su disfraz más eficiente ... El maximizador restringido no razona más eficientemente acerca de cómo maximizar su utilidad, sino que razona de otra manera»: según Gauthier, el maximizador directo cumple un contrato sólo cuando ello le proporciona más beneficios que *cualquier* otro comportamiento (lo que explica la frecuencia de la deserción), mientras que el maximizador restringido cumple sus contratos siempre que el resultado (global) de la cooperación mutua de todos los socios sea óptimo y equitativo y si, al mismo tiempo, el resultado que el individuo puede esperar para sí mismo es mejor que el resultado esperado sin cooperación alguna³⁹.

Aquí cabe señalar, desde luego, que el maximizador restringido así entendido parece padecer cierta presbicia en el sentido de que ya no logra enfocar aquellas alternativas que le proporcionarían un beneficio directo aún mayor al de la cooperación -deficiencia en la racionalidad justamente contraria a la más arriba mencionada miopía de los que no logran tomar en cuenta las consecuencias remotas de sus acciones.

Pero, parece haber un argumento aún más fuerte en contra de la concepción de la racionalidad como maximización de utilidad referida sólo a estrategias: El propio Gauthier advierte que no tendría sentido hablar de una «restricción» al comportamiento si la deserción no fuera beneficiosa (porque entonces no sería necesaria ninguna «restricción»)⁴⁰. Ahora bien, si se entiende la racionalidad como maximización de la utilidad con respecto a resultados (rendimientos), entonces es fácil comprender que la maximización indirecta -la renuncia a beneficios inmediatos en aras de un mayor beneficio futuro- implica una restricción. Pero si los resultados (rendimientos) particulares ya no tienen

³⁸ *Gauthier*, 1986, pág. 355.

³⁹ *Ibid.*, pág. 169 y sig.

⁴⁰ *Ibid.*, pág. 171. Cfr. al respecto también *Nelson*, 1988, pág. 151 (n. 3), quien rechaza el término «maximizador restringido» porque opina que o se maximiza o no se maximiza y que, en todo caso, la racionalidad estratégica no lleva a ninguna restricción a la maximización sino, por el contrario, es necesaria justamente para maximizar.

ninguna relevancia porque la racionalidad se refiere exclusivamente a la utilidad (total) de las estrategias, entonces ya no está muy claro en qué sentido justamente la adopción de la estrategia presumiblemente maximizadora de utilidad significa una restricción. Y más aún, si la utilidad de una estrategia se determina, en última instancia, precisamente por el rendimiento (total) que ella proporciona, nos encontramos nuevamente ante el problema empírico de los rendimientos, problema que en cada caso particular hay que resolver mediante un cálculo de los costos y beneficios esperados.

El cambio en la concepción de la racionalidad, es decir, el paso del nivel de la utilidad de los actos particulares al de la utilidad de las estrategias, por cierto, le sirve a Gauthier para inmunizar su argumentación contra cierto tipo de preguntas⁴¹; pero plantea, a su vez, nuevos problemas fundamentales cuya gravedad hace dudar de la utilidad de estas estrategias para la teoría de Gauthier.

3. ¿Es realmente justificatoria la empresa de Gauthier?

Finalmente, aun si la dos preguntas anteriores, acerca de la racionalidad de la maximización restringida, pudieran ser contestadas de manera satisfactoria, quedaría todavía abierta la pregunta más fundamental acerca del *status moral* de la moralidad gauthieriana.

El objetivo de Gauthier es, según sus propias palabras, la «reconstrucción racional» de una moralidad *justificable*, donde «las prácticas morales justificables son aquellas que recibirían nuestro consenso *ex ante*, en una situación premoral adecuada»⁴². En este sentido, se trata, por cierto, de una *empresa justificatoria*⁴³.

El resultado de este trabajo justificatorio es una concepción de la moralidad más bien estrecha. La moralidad «justificada» exige tan sólo no aprovecharse de los demás, y cumplir los contratos imparciales, equitativos, para que sea posible la interacción

⁴¹ Por ejemplo, resuelve el problema planteado por la aparente contradicción de una disposición de «racionalidad irracional» en el sentido de *Parfit*, 1987, pág. 13.

⁴² *Gauthier*, 1988b, pág. 13.

⁴³ *Gauthier*, 1986, pág. 2; cfr. también *Buchanan*, 1988, pág. 85: según Buchanan, la diferencia básica entre su propio trabajo y el de Gauthier es que el primero es explicatorio, mientras que el segundo es justificatorio.

mutuamente beneficiosa; específicamente, esta moralidad no tiene *nada* que decir acerca de la interacción con aquellas personas que no pueden contribuir nada -o muy poco- al beneficio mutuo.

¿En qué sentido se puede decir, pues, que esta moralidad ha sido *justificada*? El propio Gauthier distingue entre «justificaciones morales» y «justificaciones deliberativas»: las segundas son justificaciones basadas en lo racional; las primeras, justificaciones basadas en lo moral. Gauthier parece, a primera vista, interesarse exclusivamente por el primer tipo de justificación, ya que postula la precedencia de la racionalidad frente a la moralidad: «[L]a justificación deliberativa es claramente más básica... [E]n la medida en que somos agentes racionales, no podemos prescindir de ella, de manera que cuando la justificación moral entra en conflicto con aquélla, la moralidad ... parece oponerse a lo que es racionalmente más fundamental»⁴⁴. Por lo tanto, no puede sorprender que Gauthier considere que se puede justificar una acción o una disposición aduciendo simplemente que ella maximiza la utilidad esperada (basada en las preferencias ponderadas), sin que sea necesaria alguna consideración moral: «La justificación deliberativa ... ignora la moralidad, y aparentemente la sustituye»⁴⁵.

Sin embargo, vista más de cerca, la justificación a la que aspira Gauthier, en última instancia, va más allá de la mera «justificación deliberativa». Gauthier puede sostener que «la justificación deliberativa ... sustituye la moralidad» sólo porque identifica la racionalidad con el criterio último de la justificación *moral*. Ello se muestra muy claramente, por ejemplo, cuando dice: «Evaluar una acción como irracional es, en mi opinión, lo mismo que pretender que ella no debe o no hubiera debido ser ejecutada»⁴⁶. Es precisamente esta concepción normativa de la racionalidad la que, *per definitionem*, crea la coincidencia de lo moral con lo racional y, por consiguiente, también de la justificación deliberativa con la justificación moral.

Las consecuencias de esta concepción de la racionalidad como principio último de la moralidad se manifiestan también cuando Gauthier se plantea la cuestión de «¿qué significa preguntarse a sí mismo cuál es la acción que uno tiene la mejor razón para ejecutar?» y ofrece la siguiente respuesta: «Según mi opinión, las razones tienen que ser derivadas de las preferencias,

⁴⁴ Gauthier, 1980, pág. 6.

⁴⁵ *Ibid.*, págs. 5 y sig., y pág. 8.

⁴⁶ Gauthier, 1984, pág. 487.

de manera que, a través de la reflexión acerca de nuestras preferencias, típicamente llegamos a saber cuáles son nuestras razones. *Ceteris paribus*, la mejor razón que tengo es hacer lo que más prefiero. Desde luego, ... una persona puede tener razones para actuar en contra de sus preferencias; insisto en que las restricciones morales se basan en tales razones. Pero una tesis central de mi teoría moral es que estas razones derivan, a su vez, de preferencias; las restricciones a la actividad maximizadora exigen una justificación maximizadora»⁴⁷.

El problema es saber de qué tipo de «razones» Gauthier está hablando; la cuestión se vuelve más grave aún cuando Gauthier afirma, además, que «las razones son causas»⁴⁸. Aquí conviene recordar la distinción propuesta, entre otros, por Carlos S. Nino, entre «razones *explicatorias*» y «razones *justificadoras*»: las primeras son «razones a las que se recurre para explicar o predecir un comportamiento sin valorarlo [y ellas] se superponen con el concepto de motivo», mientras que las segundas son «razones a las que se acude para mostrar la corrección o legitimidad de una conducta»⁴⁹. La afirmación de Gauthier en el sentido de que «las razones son causas» parece indicar que se refiere aquí a razones *explicatorias* o motivos. En este sentido, la llamada «justificación deliberativa» de Gauthier puede ser entendida como una *explicación* basada en el motivo de la maximización de utilidad y, más concretamente, la «empresa justificatoria» de *Morals by Agreement* como una *explicación* de lo que una persona perfectamente racional, es decir, motivada exclusivamente por el motivo de la maximización de utilidad, puede aceptar en términos de restricciones a su actuar.

Ahora bien, las razones *justificadoras* pueden ser causas sólo en la medida en que se convierten, primero, en razones *explicatorias*. Y éstas, a su vez, pueden servir para la *justificación* de una acción sólo si se puede mostrar que forman parte de aquéllas. Pero, al mismo tiempo, una razón explicatoria presupone la *creencia*, por parte de la persona en cuestión, en una razón justificatoria⁵⁰.

Como Gauthier toma en cuenta sólo a las personas perfectamente racionales, puede afirmar *-per definitionem-* que la

⁴⁷ Gauthier, 1988a, pág. 192.

⁴⁸ *Ibid.*, pág. 174.

⁴⁹ Nino, 1987, pág. 83. Cfr. con respecto a la confusión de estos dos tipos de razones en Gauthier, Mendola, 1987; sobre la diferencia entre «ser racional» y «tener razones» y las relaciones entre racionalidad, preferencias y valores, cfr. también Baier, 1988.

⁵⁰ Cfr. Nino, *loc. cit.*

racionalidad forma parte de sus motivos, es decir, de las razones explicatorias de su comportamiento, lo que implica, además, que estas personas *creen* también en la racionalidad como una -la única- razón *justificatoria*. Por ello, con respecto a estas personas, ciertamente tiene razón Gauthier cuando sostiene que «para establecer un papel explicatorio de la moralidad, hay que demostrar primero sus credenciales justificatorias»⁵¹, es decir, que no se puede explicar el comportamiento de una persona aduciendo que tenía la intención de comportarse moralmente, sin mostrar que ella cree que el comportamiento moral está también justificado. Pero con ello, volvemos al nivel de la «justificación deliberativa», ya que para las personas racionales de Gauthier, esta es la única «justificación» admisible. Lo que se justifica aquí es, pues, la moralidad; y el criterio justificatorio, la racionalidad.

Sin embargo, lo que queda por mostrar es que -independientemente de lo que crean las personas de Gauthier- la racionalidad tiene, en efecto, la fuerza normativa que le confiere el propio Gauthier; es decir, queda por mostrar que la racionalidad, según los criterios, ya no de la moralidad positiva de las personas, sino de una moral crítica, es una razón justificatoria última. Habría, pues, que justificar la racionalidad, utilizando la moral como criterio justificatorio, es decir, llevar a cabo una justificación moral. Sólo así se podría demostrar que la «moralidad gauthieriana» derivada de la racionalidad merece el nombre de moral. En ningún momento, Gauthier ofrece esta prueba.

Al fin y al cabo, el *status* de la moralidad «justificada» (en el sentido gauthieriano) es más bien lamentable: no puede justificar nada, ya que toda justificación debe basarse sólo en la racionalidad; pero tampoco puede explicar nada, pues obtiene toda su fuerza explicatoria de la misma racionalidad que debe «justificarla». Por lo tanto, la moralidad, así entendida, pierde toda razón de ser.

IV. CONCLUSIONES

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

La pregunta del tonto y la respuesta de Gauthier

73

⁵¹ Gauthier, 1988b, pág. 9.

Desde luego, la superación del dilema de los prisioneros aun en ausencia de amenazas externas de sanciones, no depende necesariamente de la corrección general del argumento de la disposición *racional* a cumplir lo acordado. Como recientemente lo ha señalado Robert H. Frank, puede ser una estrategia beneficiosa y eficiente, por ejemplo, convencer a los demás justamente de que uno *no* se deja guiar por la racionalidad, sino por alguna «pasión»⁵².

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

En última instancia, el propio Gauthier parece admitir la necesidad de una solución política cuando dice: «En un mundo de Tontos, ser un maximizador restringido y cumplir lo contratado no es beneficioso. En tales circunstancias, ser moral no sería racional»⁵³. Como no ha logrado contestar de manera concluyente la pregunta del Tonto, estas son justamente las circunstancias vigentes. Pero, si no es lo mismo ser racional que ser moral, tampoco coinciden la justificación deliberativa y la justificación moral.

Una propuesta que, sin embargo, pretende reconciliar la solución política con la coincidencia de racionalidad y moralidad ha sido presentada recientemente por Otfried Höffe, en su *Justicia Política*. Con respecto al contenido de los contratos racionalmente acordados, Höffe coincide ampliamente con Gauthier; pero, a diferencia de éste, reconoce varios problemas que hacen dudar acerca del cumplimiento espontáneo de lo acordado y, consiguientemente, de la emergencia espontánea de lo que Höffe llama la «justicia natural»⁵⁴. Concretamente, menciona tres argumentos,

⁵² Frank, 1988.

⁵³ Gauthier, 1986, pág. 181 y sig.

⁵⁴ Señala, sin embargo, que, a primera vista, los problemas no son evidentes (Höffe, 1989, pág. 407): «Por lo pronto, la posición anarquista que sostiene una existencia prepolítica y hasta preinstitucional de la justicia, parece bastante plausible. Pues... debido a sus ventajas para todas las partes, la justicia natural no requiere para su cumplimiento ningún sentido moral, ninguna justicia personal. Puede contentarse con el autointerés como principio motivacional y contar con su imposición espontánea, es decir, preinstitucional.»

de los cuales el más relevante en el presente contexto es el que Höffe llama el «dilema del acatamiento»: «Desde el punto de vista de la teoría de la racionalidad, el dilema muestra que el intercambio mutuo de libertad es óptimo sólo según un cálculo de racionalidad de primer grado, pero, según el cálculo de racionalidad de segundo grado -es decir, según el dilema del polizón- es aún menos que subóptimo, ya que contiene el riesgo de la deserción unilateral ... Allí donde lo único que cuenta es el beneficio, los acuerdos sin medidas coactivas comunes no tienen ningún valor.» La solución propuesta por Höffe es, por lo tanto, una solución política: «Si, con respecto a las obligaciones morales, nos limitamos temáticamente a ... aquellos deberes que surgen de la coexistencia de la libertad, entonces hemos encontrado, en las libertades básicas, una coincidencia de la moral (como justicia) y del autointerés. Esta coincidencia, sin embargo, está puesta en tela de juicio por un cálculo prudencial de segundo grado, es decir, por la ventaja que ofrece la insinceridad o el comportamiento del polizón. Para, a pesar de ello, salvar la coincidencia, se requiere un poder coactivo ... Pero, dado que este poder coactivo es beneficioso para cada cual, su establecimiento ya no es debido sólo en virtud del autointerés, es decir, de un cálculo prudencial de tercer grado; es también una exigencia de la moral (interpretada como justicia)»⁵⁵.

El problema con esta solución de Höffe es que no queda nada claro en qué sentido este poder coactivo es «beneficioso para cada cual» si su función consiste justamente en evitar que alguien pueda beneficiarse del comportamiento de polizón. Como ya se ha visto en el análisis de la propuesta de Gauthier, el que ello sea beneficioso o no para una persona sigue siendo una cuestión empírica, contingente en cada caso particular.

Con respecto a la relación entre racionalidad y moralidad, parece, pues, acertada la afirmación de Harsanyi: «Si nos importa el bien común, entonces la racionalidad nos dice claramente qué código moral hay que seguir ... Pero si no nos importa el bien común, entonces la racionalidad no puede decirnos que hay que seguir éste (ni tampoco cualquier otro) código moral»⁵⁶.

La pregunta del tonto y la respuesta de Gauthier

75

⁵⁵ *Ibid.*, pág. 425 y págs. 425 y sig. Los otros dos problemas con la constitución espontánea de la justicia natural mencionados por Höffe se refieren al surgimiento de «conflictos de interpretación» de las reglas acordadas y al «dilema diacrónico» de la justicia entre las generaciones como así también a la cuestión del tratamiento de aquellas personas que no tienen nada que ofrecer para entrar en una cooperación mutuamente beneficiosa (como, por ejemplo, algunos tipos de minusválidos).

⁵⁶ Harsanyi, 1985, pág. 55.

Como he tratado de mostrar, la «solución racional» propuesta por Gauthier para dar respuesta a la pregunta del Tonto conduce a una serie de nuevas preguntas -de las que, desde luego, sólo algunas han podido ser tratadas aquí, aunque creo que ellas son básicas. Por lo tanto, parece que el Tonto, que no deja de tener sus intervalos lúcidos, todavía no ha sido desplazado de su lugar en el panteón mencionado más arriba. Seguirá preguntando, a menos que algún día deje de concentrarse en el valor exclusivo de la racionalidad y adopte para sí mismo un sentido de moralidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Baier, Kurt, 1988, *Rationality, Value and Preference*, en E. Frankel Paul *et al.* (1988), 17-45.
- Blits, Jan H. (1989), «Hobbesian Fear», en *Political Theory*, 17:3 (August), 417-431.
- Braybrooke, David, 1987, «Social Contract Theory's Fanciest Flight», en *Ethics*, 97 (July), 750-764.
- Buchanan, James M., 1988, *The Gauthier Enterprise*, en E. Frankel Paul *et al.* (1988), 75-94.
- Elster, Jon, 1987, *Subversion der Rationalität*, Francfort d. M. y Nueva York.
- Ethics*, 1985, vol. 96, núm. 1, «Symposium on Rationality and Morality».
- Frank, Robert, H., 1988, *Passions within Reason. The Strategic Role of the Emotions*, Nueva York: Norton.
- Frankel Paul, Ellen *et al.* (comps.), 1988, *The New Social Contract-Essays on Gauthier*, Londres y Nueva York.
- Gauthier, David, 1984, «Deterrance, Maximization, and Rationality», en *Ethics*, 94 (April), 474-495.
- , 1986, *Morals by Agreement*, Oxford.
- , 1987, «Taming Leviathan», en *Philosophy, & Public Affairs*, 16:3 (Summer), 280-298.
- , 1988a. *Morality, Rational Choice, and Semantic Representation - A Reply to My Critics*, en E. Frankel Paul *et al.* (1988), 173-221.
- , 1988b. *Why Contractarianism?* Mimeo (del original inglés de la contribución de Gauthier a este número de *Doxa*).
- Hampton, Jean, 1986, *Hobbes and the Social Contract Tradition*, Cambridge *et al.*

- Harsanyi, John C., 1985, «Does Reason Tell Us What Moral Code to Follow and Indeed, to Follow Any Moral Code at All?» en *Ethics*, 96:1 (October), 42-55.
- Hegselmann, Rainer, 1988, *Rational Egoism, Mutual Advantage and Morality - A Review-Discussion of D. Gauthier: Morals by Agreement*, Mimeo.
- Hobbes, Thomas, 1651, *Leviathan*, citado según la edición de C. B. Macpherson, Harmondsworth, Penguin, 1985.
- Höffe, Otfried, 1989, *Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*, Francfort d. M.
- Hume, David, 1739-40, *A Treatise of Human Nature* (edición e introducción de Ernest C. Mossner), Harmondsworth, Penguin, 1987.
- Kliemt, Hartmut, 1987, «The Reason of Rules and the Rule of Reason», en *Crítica*, vol. XIX, núm. 57 (diciembre), 43-86.
- , 1989, *Der Beitrag der Spieltheorie zur Lösung des Hobbesschen Ordnungsproblems*, en Wolfgang Boger (comp.), *Zum Menschenbild der Politischen Ökonomie*, en prensa.
- Kraus, Jody S., y Jules L. Coleman, 1987, «Morality and the Theory of Rational Choice», en *Ethics*, 97 (July), 715-749.
- Lenk, Hans, 1986, «Über Rationalitätstypen und Rationalitätskritik», en (del mismo autor) *Zwischen Wissenschaftstheorie und Sozialwissenschaftstheorie und Sozialwissenschaft*, Francfort d. M., 104-130.
- Locke, John, 1689, *Second Treatise*, citado según la edición de South Bend (Ind.), Regnery/Gateway, 1955.
- McClennen, Edward F., 1989, «Justice and the Problem of Stability», en *Philosophy & Public Affairs*, 18:1 (Winter), 3-30.
- Mendola, Joseph, 1987, «Gauthier's *Morals by Agreement* and Two Kinds of Rationality», en *Ethics*, 97 (July), 765-774.
- Nelson, Alan, 1988, «Economic Rationality and Morality», en *Philosophy & Public Affairs*, 17:2 (Spring), 149-166.
- Nino, Carlos S., 1987, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires.
- Parfit, Derek, 1987, *Reasons and Persons*, Oxford.
- Sen, Amartya, 1982, «Rational Fools: A Critique of the Behavioural Foundations of Economic Theory, en *idem*. Choice, Welfare and Measurement», Oxford, 84-106, primera publicación en *Philosophy & Public Affairs*, 6 (Summer, 1977).
- Taylor, Michael, 1987, *Possibility of Cooperation*, Cambridge *et al.*
- Vanberg, Viktor y James M. Buchanan, 1989, «Interests and Theories in Constitutional Choice», en *Journal of Theoretical Politics*, 1:1 (January), 49-62.

DOXA -6 (1989)



UN EGOÍSTA COLECTIVO. ENSAYO SOBRE EL INDIVIDUALISMO SEGÚN GAUTHIER*

Asistimos hoy como actores y espectadores a las transformaciones de la sociedad contemporánea. Por una parte, el idílico racionalismo naturalista de la mano invisible guiado por el autointerés se estrella frente a la racionalidad colectiva representada por el Dilema del Prisionero: el individuo egoísta smithiano es irracional -no maximiza sus beneficios- desde el punto de vista de la racionalidad colectiva.

Por otra parte, y como consecuencia de ello, el Estado introduce mecanismos correctores del mercado porque éste es incapaz de comportarse eficientemente en todos los ámbitos. Sus quiebras están a la orden del día y su descripción es objeto de regocijo por parte de los estudiosos. El lenguaje de los parásitos, informaciones asimétricas, riesgos morales lo pone de manifiesto. El mercado continúa funcionando pero muy presionado desde arriba y desde abajo. *Desde arriba* porque el Estado toma decisiones que cercenan el ámbito del mercado. Pero el fenómeno no deja de ser paradójico porque al mismo tiempo la decisión estatal se diluye merced a la multiplicación de administraciones sea la comunitaria, la estatal o la autonómica. *Desde abajo*, el mercado se ve limitado por el proceso de concentración empresarial. Poco a poco el mundo económico y social convierten los esquemas tradicionales en inadecuados. Al mercado ya no acuden individuos aislados más o menos iguales, sino potentes organizaciones.

Hoy más que nunca somos conscientes de los innumerables problemas que originan los mercados. Nuestro mundo no es smithiano y la mano invisible no nos conduce a los resultados previstos. En este mundo todos usamos los lavabos pero la mano invisible produce como externalidad lagos y ríos deteriorados. Las externalidades y las ineficacias del mercado exigen la

* Me he beneficiado de las críticas y comentarios de M. Atienza, E. Garzón Valdés, J. Malem y R. Zimmerling para la redacción de este trabajo.

intervención del Estado. El problema de la justificación de los bienes colectivos se replantea.

Políticos y funcionarios toman decisiones que responden a criterios institucionales sobre el bienestar colectivo. La vida social y económica depende de aquéllas. Ello supone una concepción supraindividualista, una concepción del bien superior a los individuos. Desde el Estado se diseña una concepción de la justicia y del bien común que el mercado es incapaz de generar. La principal consecuencia de ello es que los intereses de los individuos y de la colectividad no responden a los mismos criterios. La racionalidad individual y la colectiva se presentan como contradictorias.

El Estado, a pesar de ser intervencionista, no renuncia por ello a su pretensión liberal individualista. Nuestra concepción compartida de la justicia no implica la subordinación absoluta del individuo a la colectividad. El estado social y democrático de derecho se toma a los individuos en serio.

Explicar la crisis de la moral desde esta perspectiva puede resultar aleccionador. El equilibrio entre bienes colectivos y valores individuales -constantemente desequilibrado por las tensiones y relaciones inversas entre racionalidad individual y colectiva- no se ha alcanzado. La obra de Gauthier se produce en este contexto y representa uno de los intentos más acabados de unificar la racionalidad individual y la colectiva, los valores liberales y la actividad intervencionista correctora de las ineficiencias e injusticias del mercado. Sostiene que las restricciones que establece la moral en el mundo real interesan a los individuos racionales y egoístas. Para ser racional se debe cumplir con la moral.

Morals By Agreement constituye una respuesta interesante a la crisis de la Moral. Gauthier se enfrenta a la tradición dominante del pensamiento occidental que considera que el núcleo de la moral consiste en establecer restricciones a los intereses de los individuos. Su gran proyecto consiste en *reconciliar la racionalidad con la moralidad*.

Ahora bien, el concepto de racionalidad tiene una pluralidad de significaciones. ¿En qué sentido lo utiliza? Gauthier parte de la *económica* y presupone que el hombre es egoísta y que persigue sus propios intereses¹. El individuo racional trata de maximizar

¹ Gauthier sostiene reiteradamente en *Morals by Agreement* (a partir de ahora citado por *M. A.*), Oxford University Press, 1986 el concepto de racionalidad ligado con el de maximización. Por ejemplo, en la pág. 6 dice: «una persona actúa racionalmente si y sólo si busca su mayor beneficio o interés».

sus beneficios. La filosofía de Gauthier parte del **autointerés** y la entiende como el acuerdo sobre las restricciones necesarias para preservar y mejorar los intereses individuales en unas circunstancias que mejoran la situación del hombre económico². Uno de los argumentos más importantes de este autor es que el hombre económico deja de percibir beneficios que podría obtener si estableciera mecanismos de cooperación. El hombre gauthieriano está impregnado de la filosofía del hombre racional económico³ pero lo supera por la vía del egoísmo y no del altruismo. Esta es una de sus pretensiones⁴: argumentar que los criterios que el hombre debe respetar en situaciones de racionalidad colectiva son más ventajosos para sus intereses que la maximización estricta. Y estos criterios constituyen la moral por acuerdo.

Una de las aportaciones más interesante de Gauthier es la utilización del instrumental analítico de la *teoría de la elección racional* para el estudio de la moralidad⁵. Concretamente, la moral por acuerdo es -según Gauthier- una de las partes más

En la pág. 22 «la racionalidad práctica en su sentido más general se identifica con la maximización de los beneficios». Para la crítica de la obra de Gauthier véase E. Frankel Paul y otros (eds.), *The New Social Contract. Essays on Gauthier*. Oxford Basic Blackwell, 1988. Véase también J. Coleman, *Markets, Morals and the Law*, Cambridge University Press, 1988, especialmente el capítulo 13.

² «Nuestra teoría rechaza cualquier restricción racional... que no conlleve un beneficio mutuo. Una teoría contractualista de la moral no da ningún valor a las obligaciones meramente redistributivas que transfieren bienes de unos a otros, pero no generan beneficios mutuos.» Pág. 16 de *M. A.*

³ Véase *M. A.*, pág. 182, en la que afirma que una elección es racional si y sólo si maximiza la utilidad esperada del actor.

⁴ El concepto de racionalidad es muy ambiguo. Véase sobre los diversos conceptos de racionalidad J. Elster, *Uvas amargas*, Barcelona Península, 1988, cap. I. Aquí lo utilizaremos en el sentido de racionalidad económica. Pero después veremos que la interpretación recibida de los economistas -el maximizador estricto de beneficios- es reinterpretada conforme a unos principios diferentes y Gauthier reconstruye un modelo de individuo liberal distinto al hombre económico que denominaremos el hombre gauthieriano.

⁵ En la pág. 2 y sig. afirma: «Desarrollaremos una teoría moral como parte de la teoría de la elección racional. Argumentaremos que los principios racionales para tomar decisiones entre acciones posibles incluyen algunas que limitan la persecución del autointerés de un modo imparcial. Estas limitaciones las identificamos como principios morales.» En la pág. 4 afirma que «se puede suponer que la teoría de la elección racional y la teoría moral sólo están relacionadas porque poseen una estructura similar. Pero, nosotros desarrollaremos la teoría moral como una parte importante de la elección racional». Y más adelante, en pág. 5, afirma mostrando sus diferencias con Harsanyi que «un individuo debe elegir moralmente para elegir racionalmente».

importantes de la teoría de la elección racional⁶. El imperialismo de la teoría de la elección racional ha integrado partes muy sustanciales de la teoría económica, de la filosofía moral y de la ciencia política. En este sentido, la obra de Gauthier pretende colaborar a la unificación de la Ciencia Social.

Otra perspectiva importante a tener en cuenta es el aspecto *normativo* de su teoría. Nuestra teoría -dice Gauthier en *M. A.*, pág. 2- «provee una justificación -y no una explicación- de los principios y de la conducta moral. Desarrollaremos una teoría normativa de la moral». Es por tanto una teoría que pretende dar razones que justifican la adopción de ciertos principios morales.

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

El concepto de racionalidad

Empecemos por el concepto de racionalidad. Es bien sabido que la racionalidad se atribuye a multiplicidad de entidades, como por ejemplo, preferencias, elecciones, instituciones, acciones y decisiones. Gauthier parte del *hombre económico* y sostiene que el hombre es racional si trata de satisfacer sus preferencias meditadas⁷. El hombre económico es egoísta y sólo tiene en cuenta sus intereses. No es altruista ni tiene en cuenta los intereses de los demás. El primer punto importante es la reducción de

⁶ Véase *M. A.*, pág. 5 y sig. para la relación entre Teoría de la elección racional y teoría moral.

⁷ Véase *M. A.*, págs. 23 y sigs. para la definición y propiedades de las preferencias meditadas.

la *racionalidad a racionalidad económica*. Desde este presupuesto se plantea si es posible la emergencia de una moralidad y si esa moral siempre establece restricciones a los intereses egoístas y es por tanto un elemento externo a los individuos.

La doctrina ético-política dominante en la historia enseña que la moral es un conjunto de restricciones de los intereses individuales. Si eso es cierto, entonces es imposible reconciliar la moral con la racionalidad. La moral es algo ajeno al sujeto, que se le impone desde fuera. Griffin ha denominado a este problema el de la *alienación* de la moral⁸. Gauthier trata de avanzar en el análisis de este problema preguntándose cómo es posible superar la contradicción entre moralidad y racionalidad. Si la empresa gauthieriana tuviera éxito entonces se habría dado un gran paso para resolver el problema de la alienación de la moral porque entre el autointerés y la moral no se darían conflictos. Como más adelante veremos, Gauthier pretende responder la objeción del tonto (*fool*) del Leviathan criticando la relación entre racionalidad e interés individual establecida por Hobbes en el tema del cumplimiento de los pactos⁹.

La hipótesis del mercado ideal

Dando por supuesta la antropología racionalista del hombre económico, la moral carece de sentido en condiciones de mercado ideal. El egoísmo individual guiado por la mano invisible conduce al resultado de un óptimo de Pareto. Cualquier restricción de los intereses egoístas conduce a un resultado subóptimo de Pareto. Si eso es cierto, entonces la reconciliación entre la racionalidad y la moralidad es imposible. Y ése es el caso en las condiciones del mercado ideal.

Gauthier sostiene que en esta situación *no existe espacio* para la moral porque cualquier restricción establecida por la moral supondría una irracionalidad, es decir, un subóptimo de Pareto. En un mercado ideal, el equilibrio es un óptimo de Pareto y eso produce o la identificación entre racionalidad y moralidad o una zona libre de moral. Si la moral debe tener algo que ver con la racionalidad en ese caso o no hay espacio para la moral porque cualquier restricción moral supone un subóptimo de Pareto y

⁸ Véase J. Griffin, *Well-being*, Oxford, Clarendon Press, 1986, págs. 127 y sigs.

⁹ Gauthier explica las relaciones de su teoría con la de Hobbes en la pág. 10. Las principales discrepancias pueden verse en las págs. 158 y sigs.

por tanto la moral es irracional o bien moralidad y racionalidad se confunden¹⁰. Ambas prescriben lo mismo: la maximización de beneficios. Gauthier es explícito en este punto, pues llega a afirmar que «el mercado y la moral reconcilian de un modo no coercitivo el interés individual y el beneficio mutuo» (pág. 14).

La hipótesis del mundo real

Sin embargo, el mundo real no es el mundo ideal. En el mundo real existen numerosas rupturas del mercado. Los casos del parásito y del *free rider*, muestran que en situaciones reales la defensa de intereses individuales a través de los mecanismos de mercado produce subóptimos de Pareto. Es precisamente por esta razón que Gauthier busca construir una moral fundamentada en el autointerés y que encuentra su brecha en las quiebras del mercado. En el mundo real la racionalidad individual fracasa en la generación de bienes públicos. Es necesario introducir criterios restrictivos del egoísmo individual para que alcance los resultados de la racionalidad colectiva.

Por esa brecha tratará de conquistar la montaña de la moralidad -entendida como restricciones del autointerés pero que tienen como consecuencia un surplus beneficioso para el propio individuo- utilizando unas herramientas muy sofisticadas como la teoría de la elección racional, la del maximizador constreñido, las cláusulas cautelares de no dañar al otro ni explotarlo, la idea de la estabilidad, la idea de la igual racionalidad de los hombres, el principio de imparcialidad y una teoría de la negociación determinada. Pero no abandona el concepto de racionalidad. El intento de Gauthier de construir una moral por acuerdo se basa en el autointerés. Racionalidad y Moralidad no son incompatibles en el mundo real porque los mercados reales no son ideales. Existen situaciones en las que el racionalismo del hombre económico no conduce al óptimo de Pareto. Un buen ejemplo lo encontramos en el Dilema del Prisionero -símbolo de la racionalidad colectiva en el seno de la cual el individuo racional económico fracasa estrepitosamente- en los casos de información asimétrica o en la generación de los bienes públicos.

Gauthier es un defensor de la economía de libre mercado aunque reconoce sus limitaciones en el mundo real, ya que los bienes públicos se ofrecen a través de un procedimiento ineficiente

¹⁰ Véase *M. A.*, pág. 13.

e injusto. Más que suprimir el mercado lo que se necesita es complementarlo con instituciones y prácticas cooperadoras que aseguren una oferta de bienes públicos óptima.

Su propuesta es análoga a la teoría del hombre económico porque cree en el modelo ideal de la mano invisible, pero en caso de quiebra del mercado -el caso del parásito o del polizón- una *mano visible* debe enmendar las imperfecciones (*M. A.*, pág. 113). Esa mano visible debe diseñar instituciones o prácticas cooperativas para que el hombre económico se vea superado por el hombre gauthieriano. Obsérvese que el individualismo económico de Gauthier no supone cerrarse al diseño de instituciones que permitan superar al hombre económico. Su gran desafío consiste en superar al hombre económico sin perder algunas de sus propiedades esenciales como, por ejemplo, el individualismo, el racionalismo económico y el egoísmo. Pero esas propiedades deben cambiar en un contexto de racionalidad colectiva. Para ser racional no se puede ser un maximizador estricto.

Pero Gauthier es liberal en otro sentido más fuerte si cabe: es *subjetivista e individualista*. No existe ningún valor de justicia por encima de las preferencias de los individuos. El ideal de autonomía y de la dignidad de la persona ocupa un lugar muy importante. El individualismo constituye un valor sustancial. Su diseño de una sociedad justa *no responde a una idea supraindividual*. En este punto Gauthier es explícito: «Nuestro objetivo es demostrar la posibilidad y las características de una moral racional dando por supuesto que el valor es subjetivo y relativo» (*M. A.*, pág. 59). La moral puede consistir en un conjunto de procedimientos y de restricciones para que sea posible y mutuamente beneficiosa la cooperación. Gauthier afirma que «podemos esperar cierto grado de conflicto entre los intereses y deseos individuales y la armonía natural. El mercado y la moral amansan estos conflictos reconciliando la individualidad con el beneficio mutuo» (*M. A.*, pág. 19). Pero en ningún caso «un individuo debe sacrificar su propio interés en favor de otros con el objetivo de conseguir la satisfacción de la relación social» (*M. A.*, pág. 351).

La moral gauthieriana no crea un concepto sustantivo de justicia impuesto desde fuera por un sabio o por un profeta o por el Estado. Este punto es muy importante porque pretende salvaguardar un núcleo importante de la filosofía liberal. La sociedad debe ser diseñada de tal forma que permita el máximo desarrollo de las capacidades y preferencias de los individuos. La moral por acuerdo es el instrumento que permite ampliar y profundizar las preferencias de los individuos. Pero lo primario, lo que se debe

preservar, lo que es valioso es la autonomía del individuo que se manifiesta en sus preferencias meditadas. Por esa razón su teoría es liberal individualista: «Lo que es bueno lo es porque es preferible y únicamente es bueno para los que lo prefieren»¹¹.

Pero para defender su tesis necesita responder a dos cuestiones:

— La *primera* hace referencia a cuál es el *contenido* de esta moral por acuerdo, sin coacción ni imposiciones externas. La moral gauthieriana es la del autointerés. La crisis de la moral se manifiesta porque ser inmoral o amoral es más beneficioso que ser moral como reza la célebre tesis de Glaucón. Gauthier reacciona frente a esta tesis y sostiene que ser moral es más beneficioso para los intereses individuales que no serlo. El individuo tiene primacía sobre la sociedad pero le conviene cooperar. Y le conviene porque de esta forma se asegura más posibilidades de beneficio que si no está dispuesto. Gauthier afirma que «los maximizadores moderados son capaces de hacer acuerdos beneficiosos con sus compañeros mientras que los estrictos no ... porque no serán aceptados por los demás dada su disposición a violar los pactos» (*M. A.*, pág. 173).

— La *segunda* cuestión hace referencia a los *motivos* que tienen los hombres para abrazar una concepción de la moral por acuerdo. Y eso supone también un tipo de hombre distinto al hombre económico maximizador de sus intereses pero incapaz de cooperación por miedo a la explotación. Gauthier sostiene que el hombre que defiende sus intereses egoístas no puede alcanzar todos los valores porque hay algunos fines que sólo se pueden alcanzar mediante la cooperación.

El hombre económico y el gauthieriano

El hombre económico y el gauthieriano -aunque son distintos- tienen unos puntos de coincidencia (*M. A.*, pág. 346): Primero, los dos maximizan sus preferencias y sus utilidades (que son las medidas de sus preferencias). Segundo, los dos se caracterizan porque siempre quieren más, es decir, son insaciables. Tercero, los dos son, en cierta medida, asociales en el sentido de que persiguen sus propios intereses y no actúan por benevolencia

¹¹ Véase sobre este punto del subjetivismo y el relativismo la pág. 59 de *M. A.*

o por razones altruistas. La moral por acuerdo capta el sentido general del hombre económico pero fabrica un hombre distinto. El hombre económico y el gauthieriano no son idénticos. Gauthier sostiene que si respetamos el sentido general del hombre racional ideal, y si lo trasplantamos al mundo real, y sostenemos al mismo tiempo los principios generales del individualismo liberal, el hombre racional no puede ser el hombre económico sino el gauthieriano porque ha aprendido del fracaso estrepitoso del hombre económico en situaciones de racionalidad colectiva representada por el Dilema del Prisionero. La cooperación -por tanto- no emerge del altruismo sino del egoísmo. Si el hombre persigue sus propios intereses -en un mundo en el cual las decisiones de unos interfieren en las decisiones de otros- le conviene más cooperar que dejar de hacerlo.

El hombre gauthieriano es social no porque considere que existe una instancia superior que le obligue a ser altruista sino que *es social porque le conviene*. Ser egoísta supone también beneficiarse de la posibilidad de la cooperación. En este sentido el liberal individualista gauthieriano es distinto al hombre económico. Allí donde éste no es racional -por ejemplo en los bienes públicos- el gauthieriano lo será. Este desea cooperar porque es consciente de sus limitaciones. La *escasez* le conduce a comportarse de modo cooperativo. Pero la escasez puede ser de muy diversos tipos. Las utopías acostumbran a crear modelos de sistemas económicos sin escasez. Pero el mundo real no es un mundo utópico. Y eso el hombre gauthieriano lo sabe. Tiene incentivos para comportarse cooperativamente.

Un rodeo por la escasez, la utopía y los ideales cooperativos

Gauthier estudia la utopía para mostrar que la *escasez* es el motor de la cooperación. El hombre gauthieriano no es autosuficiente porque hay valores que él mismo persigue y sólo puede conseguir mediante la cooperación. El rodeo a través del análisis de la Utopía (*M. A.*, págs. 330 y sigs.) le sirve para plantear algunos problemas importantes. La Utopía supone *el fin de la escasez*. Muchas veces cuando se piensa en la utopía se cree que los recursos se asignan de tal forma que se producen suficientes riquezas para todos y por tanto en la Utopía la distribución deja de ser problema. Sin recursos escasos la justicia distributiva no existe.

Gauthier sugiere que las utopías son entelequias y mitos porque aun en el hipotético caso de que llegáramos a la situación de

producir suficientes bienes para todos, aun en el caso de que no se plantearan problemas de distribución, siempre existirían problemas de *escasez*, de tiempo, conocimiento e información. La utopía marxista sólo se plantea el problema de la producción y parece que una vez que se hayan liberado las fuerzas productivas las riquezas manarán como ríos de las montañas y, por lo tanto, cualquier forma de vida será accesible al hombre.

La tesis de Marx -según Gauthier- es unilateral porque aunque careciésemos de limitaciones a la hora de escoger entre productos y pudiéramos elegir cualquiera de ellos, *el consumo siempre será limitado*. Cualquier forma de vida no es accesible a cualquier hombre. Quizá es posible que en una sociedad primitiva a las nueve uno sea pescador, a las doce carpintero y a las tres agricultor. Pero esa no es la vida del siglo XX. Nadie en una sociedad desarrollada puede ser a las nueve pianista, a las doce cirujano, a las cuatro programador de informática y a las ocho ciclista profesional. Para disfrutar de ciertos bienes es necesario sostener la división social del trabajo. Sin división y especialización no es posible alcanzar objetivos en una sociedad postindustrial. De nuevo nos encontramos con los planteamientos individualistas economicistas. Smith celebraba la división social del trabajo porque permitía aumentar la productividad y favorecía el intercambio.

La escasez no sólo es de producción sino que lo es también de conocimiento y de consumo (*M. A.*, págs. 334 y sigs.). Aquellos que valoran la cooperación -argumenta Gauthier en pág. 337- consideran que una moralidad por acuerdo, «además de ser una fuente de restricciones convierte su actividad mutua en estable y bien recibida porque asegura la ausencia de coacción».

Pero existen otros argumentos:

1. Los hombres sólo tienen una *vida*. Elegir significa asignar el tiempo que necesariamente es escaso. Decidirse en favor de una cosa excluye otra.
2. Los hombres no sólo tienen ideales individuales sino *ideales cooperativos* que necesitan de una cierta especialización, división del trabajo y conocimiento específico. Un buen ejemplo es el caso de quien desea ser futbolista o clarinetista de una orquesta. Precisamente de la limitación de los individuos y de la insuficiencia individual surge y emerge la cooperación para alcanzar objetivos que sólo cooperando se pueden obtener. Sólo si existen varios jugadores puede jugarse al fútbol o sólo si existen instrumentistas se puede organizar una orquesta. Gauthier está muy interesado en mostrar que si el hombre persigue su propio

interés debe abrazar voluntariamente la Moral por acuerdo porque puede alcanzar fines superiores (o que el hombre calibre superiores a los que podría alcanzar por sí solo). Por eso el gauthieriano no es el hombre económico ni tampoco es un colectivista que considera que la sociedad tiene valores sustantivos superiores e independientes de las preferencias de los individuos. Gauthier ha hecho una incursión por el mundo de la utopía para poner de manifiesto las limitaciones del hombre económico.

El hombre gauthieriano es consciente de la escasez y sabe cuáles son sus limitaciones, y que la única forma de conseguir ciertos ideales individuales es mediante la cooperación. Pero es *semejante* al hombre económico porque es un ser *activo* y encuentra satisfacción en la actividad. Tiene su propia concepción del bien pero no es asocial. Es un ser *autónomo* que valora la sociedad porque le conviene. Es *racional* porque tiene capacidad para elegir y perseguir sus objetivos y fines maximizando su utilidad esperada.

Ahora bien, es un hombre *distinto* al económico porque sabe que la *riqueza de sus decisiones* depende de la existencia y de las elecciones de otras personas por esa razón *valora* positivamente tanto la *participación* como a los individuos que participan. Valora también las *limitaciones* que hacen posible la participación.

Con estos argumentos Gauthier nos ha fabricado un modelo de hombre que es capaz de dar el salto de la cooperación sin necesidad de la coacción. En este punto se separa de Hobbes y Locke y trata de lograr el mismo objetivo -la cooperación- por el camino de la moralidad. La moral por acuerdo constituye una *respuesta distinta* al problema que se planteaba Hobbes con el contrato social. Mientras la respuesta política supone la creación de un aparato coactivo o de una magistratura, en el caso de Gauthier la coacción se ve sustituida por la racionalidad y el acuerdo (*M. A.*, pág. 268).

Si observamos las limitaciones de los individuos y los beneficios que se generan en la participación entonces no será necesaria la coacción porque los individuos que persiguen sus propios intereses -y son plenamente conscientes de ello- están más interesados en cooperar que en no hacerlo. El hombre económico maximiza sus beneficios individuales pero *renuncia* a la participación y quizá renuncia a asignar sus recursos y su tiempo de la forma óptima porque no podrá conseguir los bienes que sólo se pueden alcanzar mediante la cooperación. El hombre económico no consigue el óptimo de Pareto en las condiciones de mercado

real, mientras que el gauthieriano sí. Este es el gran argumento de Gauthier. En *M. A.*, pág. 183, sostiene que «un maximizador absoluto que está dispuesto a hacer elecciones maximizadoras debe esperar ser excluido de los acuerdos cooperadores en los cuales encontraría ventajas. Un maximizador limitado debe esperar ser incluido en estos acuerdos ... Defendemos la racionalidad de los maximizadores limitados ... En situaciones de elección estratégica la disposición a hacer elecciones maximizadoras limitadas es maximizadora de la utilidad».

El hombre de Gauthier está dispuesto a cooperar y no ser un maximizador de beneficios estricto sino limitado. Está dispuesto a ofrecer concesiones siempre y cuando el surplus de la cooperación le ofrezca suficiente compensación porque el resultado global de la cooperación es superior al resultado producido sin cooperación.

Ahora bien, ¿cómo se consigue que el hombre actúe de este modo? Gauthier sostiene que una persona valora la cooperación en función del valor que atribuye al fin en relación a los costes que debe pagar para conseguirlo. Si cada participante encuentra fines intrínsecamente valiosos estará dispuesto y será sensible a la cooperación. Los individuos se interesan en la cooperación cuando no ven a los otros como explotadores, ya que no quieren sacar ventaja el uno del otro sino únicamente de la cooperación.

Pero ¿cómo sabemos quién está dispuesto a cooperar, es decir, quién no es un maximizador estricto? Gauthier introduce los conceptos de hombres *transparentes*, *opacos* y *traslúcidos*. Sostiene que el transparente muestra claramente su disposición o no a la cooperación; el opaco no da ninguna pista para conocer su disposición a la cooperación y el traslúcido ofrece suficiente información para conocer si tiene o no la disposición para la cooperación. El hombre gauthieriano es *traslúcido*. Evidentemente si fuera transparente podría distinguir entre el maximizador estricto y moderado y sabría con quién ha de cooperar pero eso supondría considerar la sociedad de los hombres como una sociedad de ángeles. Despojaría -por tanto- a la teoría de toda aplicación práctica. Como bien dice Gauthier en *M. A.*, pág. 174: «Asumir la transparencia despoja a nuestro argumento de interés. Queremos relacionar nuestras asunciones ideales con el mundo real. Si el maximizador moderado sólo derrota al absoluto si se supone que todas las personas son transparentes habremos fracasado en mostrar que las personas actuales y en condiciones reales son racionales si aceptan las restricciones morales». La idea de traslúcido supone que la disposición o no para

la cooperación puede ser afirmada no con certeza sino con algo más que con meras conjeturas (*M. A.*, pág. 174).

En síntesis, Gauthier sostiene que su modelo es superior al económico porque genera más beneficios. Por tanto, será racional (conveniente desde el punto de vista de sus intereses) abrazar el ideal de la moralidad por acuerdo y por tanto no existirá incompatibilidad entre Racionalidad y Moralidad.

Si nos preguntamos por las razones que tienen los individuos para aceptar esta moral, la respuesta es muy sencilla: es más beneficiosa para el propio individuo que el egoísmo económico. Por tanto, si el hombre es plenamente racional las restricciones que establezca la moral serán adoptadas voluntariamente sin necesidad de coacción y se superará el problema de la alienación de la moral.

Pero ¿cuál es el contenido de esta moral?

En este punto el liberalismo individualista de Gauthier es riguroso. El holismo siempre ha sostenido que una sociedad justa supone un contenido determinado del bien común. Gauthier se enfrenta al colectivismo, al socialismo y a todas aquellas teorías sociales que no respetan la autonomía y la individualidad y les imponen desde fuera los criterios de justicia. Se enfrenta a todas las concepciones artificiales de la justicia según las cuales una élite, un sabio o un conjunto de personas están mejor calificadas que los individuos para definir qué es lo justo o lo bueno. Es una moral contraria a cualquier forma de fundamentalismo. Sostiene, por tanto, otra tesis defendida por el liberalismo más tradicional. La incompatibilidad entre valores -holísticos y supraindividuales- objetivos sociales impuestos por alguien y los derechos y la autonomía individual. Gauthier insiste en el individualismo liberal, pues una sociedad liberal no tiene objetivos sustanciales justos (*M. A.*, pág. 341). No existen valores superiores a los que los propios individuos tienen como tales. Supone, por tanto, el respeto de la autonomía del individuo. La estructura de la sociedad incentiva y garantiza el orden social en el cual se desarrollan las iniciativas de los individuos. El elemento primario es la preferencia meditada del individuo. La sociedad es un instrumento para la realización de objetivos individuales. La sociedad sólo constituye un cinturón protector de seguridad para que los individuos desarrollen libremente sus iniciativas. Una sociedad es justa si «permite que cada persona persiga su mayor bien posible en términos que sean aceptables para todos» (*M. A.*, pág. 341).

Una sociedad justa respeta la autonomía de las personas y es compatible con la racionalidad reflexiva de los individuos (*M. A.*, pág. 341). Es decir, supone la posibilidad de la definición y del cambio de preferencias de los individuos en el tiempo.

El hombre gauthieriano no defiende una concepción del bien objetivo e impuesto desde fuera (*M. A.*, pág. 349). Una buena sociedad ha de permitir y tolerar la existencia de distintas preferencias. No sólo eso, sino que una sociedad que se rija por este principio es más rica y hace posible y rentable la cooperación (*M. A.*, pág. 337). Del mismo modo que la división del trabajo no es una limitación, sino una ventaja, una sociedad organizada de tal modo que incentive y tolere diversas concepciones de vida y preferencias es una sociedad justa.

Pero si el individuo tiene prioridad sobre la sociedad, entonces la socialización para la ventaja mutua ¿tiene sentido o es contradictoria? La función de la socialización es conseguir las ventajas que los individuos autónomos no podrían conseguir por sí solos. La insuficiencia individual tanto en la producción de bienes como en el de la realización de planes de vida se disminuye gracias a esta socialización. Y el individuo cuando reconoce esta necesidad abraza la moral por acuerdo sin que sea necesaria ninguna coacción.

Gauthier concluye sosteniendo y apuntalando las tesis sustanciales de la moral por acuerdo con la imagen del hombre gauthieriano. No pone en duda que el progreso de Occidente se debe en gran medida al individualismo liberal que ha potenciado al máximo las capacidades humanas. «Históricamente, la individualidad ha surgido -tanto prácticamente como conceptualmente- en un entorno en el cual ha existido una fuerte correlación entre la persecución del interés individual y la provisión de bienes y servicios» (*M. A.*, pág. 354).

La emergencia de una moral por acuerdo supone un fundamento racional y egoísta. La moral no está constituida por un conjunto de restricciones irracionales, sino que son aquellas restricciones que permiten potenciar al máximo las capacidades y los intereses de los individuos. Cuando el hombre se perca de los beneficios de las restricciones establecidas entonces elige la moral por acuerdo y ya no considera incompatible racionalidad y moralidad.

Reflexiones críticas finales

1. Cualquier doctrina contractualista parte de una situación original en el estado de naturaleza y exige por las razones que

sean -la inseguridad, la racionalidad, la prudencia, etc.-, salir de la vida natural. En algunas doctrinas existe ignorancia, en otras existe conocimiento e información suficiente. El caso de la de Gauthier el hombre no sólo tiene información sino que es capaz de contratar y llegar a un acuerdo siempre y cuando la estructura de la interacción sea suficientemente beneficiosa para el propio individuo. Los ideales de justicia son individuales, ya que no hay una concepción sustantiva de la justicia social que se pueda imponer desde fuera a los individuos.

Sin embargo, según el propio Gauthier el desarrollo pleno de la autonomía humana sólo se puede conseguir en la sociedad. Hay ideales individuales alcanzables mediante la cooperación y la sociedad sería un instrumento de la cooperación. Si se admite este paso, entonces parece que la realización plena de la autonomía del individuo sólo se encuentra en el marco de un cierto tipo de sociedad y para lograr ese objetivo deberá preservarse esa sociedad. El individualismo liberal de Gauthier es muy moderado porque reconoce que el hombre sólo puede conseguir el pleno desarrollo de sus capacidades en la sociedad. Y posiblemente si eso es cierto entonces *deberá estar obligado* a mantener una sociedad que permite al hombre ser autónomo. Fuera de la sociedad la autonomía es muy limitada. ¿No desemboca el individualismo en unas obligaciones impuestas desde fuera? O bien, ¿debemos pensar que el individualismo de Gauthier no es autosuficiente? En otras palabras, ¿no requerirá la autonomía plena del individuo una protección y una defensa adecuada de la sociedad? El egoísta colectivo gauthieriano tiene interés en asumir y defender determinada estructura de la sociedad.

2. El modelo de hombre gauthieriano sólo funciona si es *traslúcido*. Gauthier insiste en que su modelo se fundamenta en la propiedad de comunicar su disposición o no a la cooperación. El hombre gauthieriano no es transparente porque no se conoce con seguridad su disposición o no a la cooperación. Ahora bien, ¿cómo descubrimos esta característica? Gauthier sostiene que si el individuo es *traslúcido* -es decir, si conocemos con algo más que meras conjeturas su disposición o no a la cooperación- cooperará incluso en la situación del dilema del prisionero no reiterado. En la vida real no está claro cuándo nos encontramos frente a un sujeto *traslúcido*. En casos del Dilema del Prisionero reiterado existen algunos procedimientos pero en el caso de Gauthier la cooperación debe existir incluso cuando no existe esperanza de futuras relaciones.

De cooperador transparente conocemos lo que va a hacer. Pero Gauthier no toma en cuenta esta idea porque no se cumple

en la práctica. Muchos individuos no son transparentes. Además el transparente es fácilmente explotable en una sociedad de egoístas racionales estrictos.

Del cooperador traslúcido sólo tenemos algo más que conjeturas sobre su disposición a la cooperación pero no es algo claro. Por tanto, sólo se puede descubrir calculando la probabilidad. ¿Pero cómo calcularemos la probabilidad si la situación de interacción sólo se da una vez? Sólo si sabemos que la mayoría de los ciudadanos están dispuestos a cooperar tendríamos las ventajas probabilísticas de la cooperación. Pero es muy posible que se interaccione con personas -de las cuales no conocemos su disposición a la cooperación- y entonces el liberal gauthieriano sale perdiendo y si pierde tenderá a convertirse en un hombre racional económico. El concepto de traslúcido es fundamental para distinguir el hombre gauthieriano del económico pero sus líneas de demarcación son muy confusas y eso le invalida para que sea útil en la práctica.

3. ¿Hasta qué punto el problema de la alienación de la moral queda resuelto en la obra de Gauthier?

El concepto originario de racionalidad de Gauthier es muy estrecho y hace difícil la reconstrucción de la cantidad de problemas que se presentan a la moral. Uno puede preguntarse si el autointerés es el único motor que conduce a la moral por acuerdo. Existen algunos conceptos interesantes como el de cláusulas cautelares -que prohíben beneficiarse uno mismo dañando a los otros- que no provienen estrictamente del autointerés, sino que son condiciones para que se pueda producir el acuerdo (*M. A.*, pág. 16). Introduce el criterio de la inestabilidad para aquellas negociaciones que partan de una situación coactiva o que sigan un procedimiento que no respete la imparcialidad, lo cual constituye un límite a la negociación (*M. A.*, pág. 16). También introduce el principio de igual racionalidad de las personas (*M. A.*, pág. 17).

Poco a poco todas y cada una de estas cláusulas y limitaciones van diluyendo aspectos importantes de su doctrina hasta el punto que uno puede preguntarse si con esas excursiones normativas no se ha reducido el papel del autointerés a un aspecto secundario de la doctrina. De una forma gradual e imperceptible se introduce un «mordisco normativo» -como diría Garzón Valdés- que proviene de instancias distintas del autointerés. Si reconstruyéramos este mordisco nos encontraríamos con elementos sustanciales de lo que se denomina la dignidad o la autonomía de la persona. Por supuesto que en ese caso el problema de la alienación queda pendiente de resolución. Y en la

medida en que estas limitaciones normativas no proceden del autointerés su proyecto de reconciliar moralidad y racionalidad quedaría por alcanzar.

4. Uno se pregunta si esa moral que debe aceptarse por acuerdo es una moral que excluye a todas las personas que no pueden prestarlo. Nuevos equilibrios dialécticos serán necesarios para incluir a las futuras generaciones o a los niños o dementes. Y de nuevo nos encontramos con el problema de la autonomía y de la dignidad. Un niño, un demente, aunque no puedan prestar su consentimiento son personas y sus derechos merecen protección.

5. También ofrece algunas dudas la calificación de esta teoría como una teoría moral. Seguramente las razones que mueven a la acción son más prudenciales que estrictamente morales. Debemos reconocer que las razones prudenciales pueden ser -a veces- razones para actuar, pero no siempre. Las razones morales tienen la pretensión de ser siempre finales y de vencer a cualesquiera otras. Es posible que existan razones morales para desobedecer el derecho, por ejemplo, pero sería difícil encontrar razones morales para desobedecer la propia moral. Las razones que justifican la desviación o la conculcación de una norma moral son siempre morales o deberían serlo.

Cuando hablamos de moral pensamos también en algo superior a lo que nos conviene. La teoría de Gauthier intenta resolver este problema reduciendo la maximización del beneficio y señalando que lo que a mí me conviene también conviene a los demás. En situaciones de racionalidad colectiva comportarse como un hombre smithiano es irracional y abrazar la moral por acuerdo -es decir, las restricciones al interés- es racional. En el último capítulo de su trabajo señala que quien elija la moral por acuerdo está reflejando no sólo su elección personal sino las posibles preferencias de todos los seres humanos. Decir que eso es una sociedad justa y que por eso se sale del mundo de la prudencia y se pasa al reino de la moralidad es cuanto menos discutible. Quizá otro planteamiento podría ser un poco más profundo. Entre las preferencias de los individuos puede encontrarse el comportarse moralmente como uno de los criterios fundamentales. Si esa preferencia tiene suficiente fuerza social y se impone entonces es el propio individuo el que acepta la moral, pero esos principios morales son distintos a la prudencia, y están por encima de ella en la escala jerárquica de valores.

6. Gauthier parte de presupuestos hobbesianos. La antropología pesimista de Hobbes está en la base de la teoría gauthieriana. Ahora bien, Hobbes no mantiene el egoísmo hasta sus

últimas consecuencias. Racionalidad y egoísmo van de la mano cuando Hobbes enuncia su primera ley de la naturaleza -la búsqueda de la paz- y la segunda -constituir un pacto social-, sin embargo en la tercera ley de la naturaleza racionalidad y egoísmo se separan. La postura del tonto representa la defensa coherente del autointerés. Hobbes no continúa el argumento y deja sin respuesta el desarrollo coherente del egoísmo: «¿Por qué debemos cumplir los pactos si a veces mi autointerés me lo desaconseja?» (*M. A.*, pág. 15). Gauthier afirma que «la gran debilidad de la teoría contractualista ha sido su explicación defectuosa de la racionalidad del cumplimiento de los pactos» (págs. 161 y sigs.) y pretende ofrecer respuesta al maximizador estricto, a la pregunta no contestada por Hobbes. A partir de aquí se separa de Hobbes y trata de argumentar que la razón y la utilidad van por el mismo camino. El tonto está equivocado en su respuesta pero no en el espíritu. Hobbes separa racionalidad e interés individual. El tonto los une a través del modelo del maximizador absoluto que cuando le conviene no cumple los pactos y explota a los otros. Gauthier trata de reunir el egoísmo, la moralidad y el autointerés a través de su modelo del maximizador limitado. Un análisis detallado de este modelo muestra las dificultades de su aplicación práctica porque depende de la transparencia o traslucidez y del número de individuos dispuestos a cooperar. Gauthier sólo puede dar una respuesta al tonto si además del autointerés introduce algún que otro mordisco normativo como por ejemplo las cláusulas cautelares de carácter lockiano -el no beneficiarse a costa de los otros, no dañarlos ni explotarlos. El precio que paga es el mismo que Hobbes, no generar la moral del autointerés.

7. La propuesta de Gauthier plantea problemas semejantes a los que se planteaban los contractualistas del siglo XVII. Sin embargo, la solución que adopta es distinta. La propuesta de Gauthier tiene un trasfondo anarquista importante porque trata el consenso como el elemento fundamental. En otras palabras, el problema se podría formular del siguiente modo: ¿Acaso se podría lograr el beneficio de una asociación suficientemente amplia sin los sufrimientos de la política? La ciencia política ha respondido negativamente a esta cuestión mediante la instauración del Estado y de la coacción, la moral por acuerdo de Gauthier trata de responder afirmativamente a la cuestión y se acerca al ideal anarquista. La Moral y el Mercado serían instituciones que proveen a la cooperación sin la necesidad de la coacción.

DOXA -6 (1989)



DEMOCRACIA Y REPRESENTACIÓN

PROBLEMAS DE ÁMBITO DE LA DEMOCRACIA

El propósito fundamental de este escrito es suscitar algunos problemas y preguntas relativos a la justificación de quién, dónde y cómo se deben adoptar las decisiones democráticas. El texto se organiza en torno a tres preguntas. La primera pregunta a responder -y quizá sea de las pocas, entre las muchas que voy a plantear, que tiene una solución sencilla- es la que se refiere al título: ¿qué se entiende aquí por «ámbito de la democracia» y cuáles son sus problemas? Responderé inicialmente a la pregunta en dos partes: ¿qué entiendo por «ámbito» de un sistema de decisiones políticas?, y, en segundo término, ¿por qué limito el problema al sistema político democrático? Una segunda pregunta, de carácter conceptual, es la siguiente: ¿cuál es el alcance del asunto del ámbito o ámbitos de la democracia y por qué es difícil? En fin, la tercera pregunta pretende plantear algunos problemas de justificación ética del actual ámbito de la democracia, problemas que se intentarán ejemplificar en dos cuestiones interrelacionadas que pretenden mirar críticamente el ámbito estatal de la democracia: ¿hasta dónde y en qué términos deben llegar las decisiones democráticas en el área infraestatal o local y regional? ¿Y en el área supraestatal o internacional e, incluso, mundial?

1. El ámbito de los sistemas políticos

Lo que es el ámbito de un sistema político puede describirse y clasificarse de diversas maneras. La más sencilla es definirlo mediante los tres elementos que tradicionalmente se atribuyen al Estado, que ha llegado a ser la organización política por excelencia: la población, el territorio y la propia forma de organización jurídico-política. O, situando esos tres elementos en una distinción tradicional en la teoría jurídica, análoga aunque no idéntica a la anterior, se trata de determinar el ámbito personal,

el ámbito territorial y el ámbito material del sistema político y de las decisiones que lo caracterizan. Pues bien, se puede utilizar esos tres elementos para analizar el ámbito de las organizaciones políticas, poniendo por ahora entre paréntesis si esas organizaciones son estatales o no.

En primer lugar, la población, que presenta la pregunta de *quién*, qué *personas* deben decidir políticamente y sobre quiénes se debe decidir: por no insistir en la secular discusión sobre la mejor forma de gobierno, en la propia definición de la democracia ha sido un tema históricamente muy debatido qué personas deben estar llamadas a la tarea de tomar decisiones (o a la tarea de elegir a quienes deben tomarlas); y ha sido muy debatido, especialmente a lo largo del siglo XX, tanto en la teoría (recuérdese la institución del sufragio censitario o la defensa del voto desigual por parte de John Stuart Mill) como en la práctica, a través de las luchas por la ampliación del sufragio; si bien en la anterior vertiente se trata hoy de un problema prácticamente resuelto en el sistema democrático estatal por la institución del sufragio universal para los nacionales, todavía debe suscitar intereses teóricos la extensión del voto a los extranjeros y, como se verá, la fundamentación de la democracia cuando se pregunta por los sujetos de las decisiones políticas en sedes no estatales, por ejemplo, en algunas decisiones económicas de transcendencia pública o en las internacionales. En cuanto a la pregunta por sobre quiénes pueden ser destinatarios de las decisiones, baste mencionar el problema de la afectación a las generaciones futuras.

El segundo ámbito, relativo al territorio, plantea varias preguntas relacionadas con el *dónde* y para dónde se deben tomar las decisiones políticas, con el *espacio* del poder político: ¿exclusivamente en el Estado, o también a nivel local y supraestatal?, ¿de manera privilegiada y definitiva por el Estado en todos los casos -con reserva de la soberanía- o también, soberanamente, al menos en algunos casos y materias, por organizaciones infra o supraestatales?; en fin, si se considera que el Estado no debe ser el único o el supremo centro decisorio, ¿cómo deberían tomarse las decisiones políticas en esos otros posibles ámbitos territoriales?, ¿con mayor democracia directa en el plano local?, ¿con un voto por individuo o, en cambio, por nación o Estado en el plano internacional?

El tercer ámbito, el relativo a la forma de organización política, al *cómo* gobernar, que entendido con amplitud comprende también la pregunta sobre *qué materias* se deben tomar las decisiones

políticas, presenta diversos problemas «últimos» que merecen una mención: ¿cuál es la forma de organización política más justa (o menos injusta)?; dando por supuesto que se trata del sistema de gobierno democrático, ¿qué tipo de democracia?, ¿la directa, la representativa o una combinación de ambas?; una vez decidido el tipo, ¿qué sistema y qué criterios de votación han de seguirse (mayorías exigidas, posibles derechos de veto, valor de las abstenciones, representación proporcional o mayoritaria, etc.)?; y, ulteriormente, ¿cuál debe ser la extensión del poder político democrático?, o, de otro modo, ¿debe extenderse, y cuánto y cómo, el control político democrático a ámbitos tradicionalmente ajenos o distintos de él, como las empresas -locales, nacionales, o multinacionales-, el aparato judicial y burocrático, o el sector de la influencia ideológica (prensa, enseñanza, etc.)?

Hasta aquí unas cuantas preguntas -no exhaustivas, desde luego- que pueden servir para situar el significado del término «ámbito». Demasiadas preguntas, se dirá. Demasiado complejas también, entre otras cosas porque se entrelazan en los tres ámbitos, admiten respuestas diferentes y sugieren justificaciones y límites no sólo estricta y puramente democráticos, sino también, por ejemplo, liberales, como ocurre con la división de poderes. Preguntas, en fin, demasiado complejas como para intentar responder incluso a cada una por separado y no ya a todas a la vez. No voy a intentar, ni mucho menos, abordarlas todas aquí¹. Pero es útil dejarlas mencionadas como primera muestra de la magnitud de los problemas suscitados por la aparentemente simple pregunta sobre el significado del ámbito del sistema político.

Había quedado pendiente responder a la segunda parte de la pregunta inicial: ¿por qué limitar el análisis al ámbito del sistema político democrático? Sencillamente, porque asumo y presupongo que la democracia es aceptable como sistema de gobierno justo o, mejor, como sistema más justo que ningún otro existente, por más que pueda no ser la perfección suma, sobre todo en la práctica. Aunque la discusión sobre el ámbito de la democracia permitirá más adelante matizar algunos de estos presupuestos preliminares, no estará de más precisar que entiendo por

¹ Dos análisis meditados y profundos sobre buena parte de estos problemas pueden encontrarse en Norberto Bobbio, «La regola di maggioranza; limiti e aporie», y Claus Offe, «Legittimazione politica mediante decisione di maggioranza?», ambos en el libro colectivo *Democrazia, maggioranza e minoranze*, Bolonia, Il Mulino, 1981, págs. 33-72 y 73-98, respectivamente.

democracia el método de gobierno que se caracteriza por el consenso de los ciudadanos expresado en un sistema de libertades y a través del derecho efectivo a la participación popular en la adopción de las decisiones políticas según la regla de mayoría. Añadiré que uso y usaré el término «decisión» en su significado más amplio, comprensivo no sólo de tomas de posición concretas, sino también de normas y principios generales.

Dentro de tal caracterización de la democracia, se incluye la participación popular indirecta a través de elecciones periódicas, de modo que asumo y doy por supuesta la suficiente justificación de la democracia representativa de tipo occidental. En cambio, y sin que haga falta citar a las «democracias orgánicas», son radicalmente deficitarias respecto al mínimo exigible las llamadas democracias populares, al menos tal y como han venido funcionando hasta la presente oleada de reformas en varios países del oriente europeo. Desde estos presupuestos iniciales favorables a la democracia de impronta liberal, se limita un poco la pregunta por cuál debe ser el ámbito del sistema político, pues se niega de antemano que, respecto al quién y al cómo, la respuesta pueda ser que debe decidir un dictador o un comité central no elegido democráticamente, así como se rechaza también que la propia organización política deba ser autoritaria o despótica. Sin embargo, aun dentro de la fundamentación democrático-liberal, los problemas a plantear siguen siendo grandes y complejos, pues afectan al alcance y a los límites de las decisiones políticas en este tipo de legitimidad.

2. Alcance y dificultades del ámbito de la democracia

La segunda pregunta pendiente era: ¿cuál es el alcance de este asunto del ámbito de la democracia y por qué resulta especialmente difícil? De entre las varias justificaciones del sistema democrático, considero fundamental la que se apoya, entre otras cosas, en el juicio de valor último de que toda persona tiene derecho a decidir sobre lo que le afecta. De ese juicio de valor, que expresa la creencia en la relevancia de la autonomía individual, se deriva lo que estimo el fundamento básico de la democracia: que en principio toda persona tiene derecho a participar en la adopción de las decisiones colectivas que le afectan². Bajo

² No es en absoluto casual que un kantiano como Karl Otto Apel haya podido insistir en la conexión necesaria entre la consideración de los intereses de todos los afectados y el respeto a la autonomía moral individual como presupuesto

el anterior supuesto, dejo a un lado toda discusión sobre las múltiples y difíciles aristas que presenta el problema de la justificación de la democracia³. En cambio, no puedo pasar por alto que el concepto de «afectado» es en principio tan ambiguo e impreciso que puede resultar formal o vacío: al igual que ocurre con la célebre definición de justicia, «Dar a cada uno lo suyo», necesita contenidos concretos para significar algo sustancial. Esa determinación no creo que pueda intentarse de modo genérico y abstracto, sino en conexión con circunstancias históricas y sociales específicas y variables, cuyas indicaciones de márgenes, reglas y excepciones no pueden aspirar a ofrecer más que criterios de razonabilidad, no apodícticos, sino de *más o menos*, en el sentido de la *doxa* aristotélica. No obstante, con antelación a esas determinaciones concretas, cabe sugerir al menos dos generalizaciones sobre el concepto de «afectado» en el contexto de la adopción de decisiones.

La primera generalización es que con tal concepto puede plantearse una disyuntiva paralela a la de una polémica bien familiar

a priori de la moralidad (cfr. «El *a priori* de la comunidad de comunicación y los fundamentos de la ética. El problema de una fundamentación racional de la ética en la era de la ciencia», en *La transformación de la filosofía*, II, *El a priori de la comunidad de comunicación*, trad. cast. de A. Cortina, J. Chamorro y J. Conill, Madrid, Taurus, 1985, pág. 426; así como *Estudios éticos*, trad. cast. de Carlos de Santiago, Barcelona, Alfa, 1986, págs. 117, 201-202 y 215 (naturalmente, lo que asumo en el texto no compromete a aceptar necesariamente esa tesis de Apel u otras conectadas con ella).

³ Entre la abundantísima bibliografía al propósito no me resisto a citar el libro de William N. Nelson, *La justificación de la democracia* (Barcelona, Ariel, 1986; ed. orig., 1980), donde se critica con harta ligereza el intento de justificar la democracia por el valor intrínseco del derecho a la participación de los afectados por las decisiones colectivas, intento que, según Nelson, no es «verosímil» porque «(e)stá claro que muchas personas disfrutan de la actividad política, pero no lo es menos que para otras es absolutamente desagradable» (pág. 43). Por lo que pueda servir de ampliación o aclaración de lo afirmado en el texto sobre este asunto, no estará de más mencionar tres falacias detectables en la objeción de Nelson; *a)* lo que está en cuestión es el valor del derecho a la participación y no el de la participación misma, entre otras razones porque no ejercer formalmente tal derecho (no votando, por ejemplo) puede ser una forma más de participar políticamente; *b)* el valor intrínseco de la democracia, como el de la libertad de expresión o de religión, no depende de que todas las personas, y ni siquiera la mayoría, lo aprecien o lo reconozcan, salvo que uno se obligue a justificar eventuales estados de esclavitud feliz; *c)* el disfrute subjetivo de la participación política, y aun del derecho a la participación, y, más en general, criterios como los de utilidad o felicidad no son la única fuente posible de contraste del valor de la autonomía, sea individual o colectiva, como sobradamente lo muestra la filosofía práctica kantiana.

en la teoría de los derechos subjetivos: si es afectado bien quien tiene un interés o necesidad, porque recibe un beneficio o perjuicio, o bien quien es capaz de manifestar su voluntad tanto fáctica como normativamente, es decir, quien tiene fácticamente y debe tener normativamente (en seguida especificaré en qué sentido) capacidad o poder para decidir en la materia. A mi modo de ver, la disyuntiva es falsa porque uno y otro rasgo sirven como condiciones necesarias de la afectación que da título para la participación en la toma de la respectiva decisión. Ciertamente que la exigencia de tener un interés o necesidad parece inescindible de la idea de estar afectado por alguna acción o circunstancia. Sin embargo, aun siendo necesaria, la presencia de un interés o necesidad no es suficiente para tener título a decidir en cuanto afectado, como lo prueba, por un lado, la existencia de menores o la posibilidad de generaciones futuras con intereses y necesidades relevantes, a quienes no se puede pedir opinión, y, por otro lado, la razonabilidad de que ciertas interferencias en intereses de terceros no autorizadas por éstos sean subsanables sólo mediante indemnización o algún mecanismo similar. De ahí que también la exigencia de que exista capacidad fáctica y normativa de manifestar la propia voluntad parezca necesaria para participar en la adopción de decisiones sobre lo que a uno le afecta. Bien entendido que el tipo de capacidad normativa relevante en este escrito es la moral y no la jurídica o cualquier otra meramente social, de manera que el detentar de hecho o el tener jurídicamente reconocida la capacidad de actuar sobre determinados intereses no necesariamente ha de entenderse que implica que se merezca moralmente tal reconocimiento.

La segunda generalización que cabe formular se refiere a la necesidad de una mínima determinación previa de quienes pueden ser los afectados. Dada la variedad y multiplicidad de intereses y necesidades humanas, siempre será posible encontrar afectados remotos respecto de casi cualquier acción y situación, que es la vía por la que la pérdida de una espuela termina «explicando» la pérdida de un reino. Evitar ese tipo de entrelazamientos indirectos anima a diferenciar entre distintas formas de afectación que permitan enmarcar sólo para los casos relevantes el concepto de afectados con título a la participación. En versiones previas de este texto sugerí como diferencia plausible la basada en la distinción de Dworkin entre preferencias personales y externas, según una decisión se refiera a intereses propios en exclusiva o a intereses ajenos, altruistas o no. Sin embargo, la extrema rareza en la práctica de intereses puramente personales, entre los que no parecen encontrarse los intereses colectivos y los

generales, obliga a revisar esa propuesta⁴. En cambio, aunque inevitablemente vaga, probablemente sea más prometedora la menos novedosa distinción entre intereses directos e indirectos, de modo que sólo los primeros se considere que afectan relevantemente a las personas en cuestión. Desarrollar esta sugerencia con detalle, sin embargo, exigiría un escrito diferente.

Tras las dos precisiones anteriores, es ya momento de presentar algunas de las implicaciones del principio básico de la democracia, de que cada uno tiene derecho a participar en las decisiones colectivas que le afectan. Este principio se suele entender, en primer lugar, en referencia a decisiones que pueden llamarse simples o de primer nivel, es decir, decisiones que tienen consecuencias directas en la realidad (si se debe permanecer o no en una alianza militar, si debe despenalizarse o castigarse el aborto, si es preferible esta política económica o aquella otra, etc.). Sin embargo, para que el principio sea válido y completo es imprescindible también, en segundo lugar, que el derecho de participación alcance a decisiones de segundo nivel -o, por así llamarlas, ya que son lógicamente superiores o previas, «metadecisiones»-, es decir, a las decisiones que no afectan directamente a la realidad sino al propio ejercicio del derecho de decisión: son las decisiones a propósito de si se debe, y cuándo, tomar una decisión (si se decide o no poner en cuestión la permanencia en una alianza militar, si se decide o no reformar la ley del aborto, si se decide o no cambiar de política económica...). Es lo que Robert Dahl ha llamado el «control de la agenda»⁵. Y por cierto, que este derecho a participar en las decisiones de segundo nivel es

⁴ La distinción de Dworkin puede verse en «Reverse Discrimination», *The New York Review of Books*, 1976, § 4; ahora también en *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1978, cap. 9, § 4 (hay trad. cast. de éste, de Marta Gustavino, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984) y en «Do We Have a Right to Pronography?», *Oxford Journal of Legal Studies*, 1981, núm. 1; también, por donde se cita, en *A Matter of Principle*, Oxford, Clarendon Press, 1985, págs. 359-372. Un escrito dedicado a impugnar la distinción de Dworkin es el de John Hart Ely, «Professor Dworkin's External/Personal Preference Distinction», *Dike Law Journal*, 1983, vol. 5, november, págs. 959-986; en castellano, una síntesis de distintas críticas, propias y ajenas, en Diego M. Farrell, «Dworkin y el utilitarismo; algunas inconsistencias», *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 2, 1985, págs. 187-195 (también yo mismo me ocupé con mucha mayor amplitud de esta distinción en un libro en preparación, de probable título *Discriminación inversa e igualdad*).

⁵ Cfr. «Procedural Democracy», en Laslett, Peter y Fishkin, James (comps.), *Philosophy, Politics and Society*, Fifth Series, Oxford, Basil Blackwell, 1979, págs. 105-108.

imprescindible, pues sin él la legitimidad democrática sería un fraude. Sólo si puedo determinar que algo me afecta -y en esa posibilidad de determinación está la decisión de segundo nivel-, de modo que ponga en marcha el mecanismo para adoptar una decisión sobre ello -y esta otra decisión es ya de primer nivel-, participo en un sistema democrático. O, por dar un ejemplo, si no tengo el control de la agenda, estoy en el caso de los hijos de una familia en la que son los padres quienes deciden qué estudios se deben seguir, cómo gastar el dinero o cuándo se debe ir al cine o salir a la calle; aunque esporádicamente los padres *permitan* a los hijos decidir en algunas cosas (supongamos, dónde hacer las vacaciones), no son los hijos quienes tienen el derecho de decisión propiamente dicho, como tampoco se puede decir que tal sistema de organización sea democrático: más bien es la representación típica del poder patriarcal o paternal, que cuando se traslada a la política caracteriza al poder despótico.

La distinción anterior -y especialmente el concepto de decisión de segundo nivel- permite mostrar dos cosas. En primer lugar, una característica general de las decisiones que ha de tenerse presente: las decisiones pueden adoptarse no sólo de modo expreso, sino también -con tal de que exista capacidad y voluntad- tácitamente, es decir, por omisión. Al igual que cuando se vota en un referéndum se participa en la decisión tanto votando «sí» como votando «no», en las decisiones de segundo nivel se participa en la decisión tanto si se decide decidir como si se decide no decidir sobre una cuestión. Naturalmente, para ello es preciso tener, primero, capacidad o posibilidad -física y normativa, usualmente capacidad jurídica- de tomar tal tipo de decisión; y, segundo, voluntad de tomarla, lo que implica consciencia de su posibilidad y oportunidad. Estas dos condiciones son necesarias, pues pueden existir asuntos no decidibles para un determinado colectivo o sobre los que, aunque exista la capacidad, ni siquiera se piensa que, al menos de momento, puedan ser objeto de decisión: el primero es un caso de falta de capacidad (por ejemplo, en nuestro sistema jurídico, una comunidad autónoma no puede decidir si emitir moneda o no) y el segundo de falta de voluntad (por ejemplo, en nuestro país, y en la actualidad, la inexistente decisión de reformar la Constitución). Dadas esas dos condiciones, parece que pueden tomarse decisiones por omisión, lo que es especialmente claro en las de segundo nivel -en las de primer nivel, en cambio, aparece con más virulencia el problema del significado de la abstención, que, como el del silencio en el Derecho, suscita interpretaciones contradictorias;

pero no me entretendré en este problema: si ante unas elecciones un partido propugna bajar los impuestos y otro no dice nada sobre el asunto, la gente interpretará, y con razón, que ambos han tomado una decisión sobre el problema y que la del segundo partido significa que, en el mejor de los casos, los impuestos no bajarán, es decir, que las cosas seguirán igual. Y, como en este ejemplo, en la mayoría de las ocasiones, precisamente, las decisiones por omisión consagran el *status quo*, pero no por eso dejan de ser tan decisiones como las que intentan cambiarlo.

En segundo lugar, la distinción entre los dos niveles de decisión permite entrar de lleno en el problema del ámbito de la democracia porque ayuda a comprender que el principio democrático básico, el derecho a la participación, presupone un conjunto de decisiones lógicamente previas a los dos tipos anteriores, es decir, que se trata de decisiones de tercer nivel o meta-metadecisiones. Son las decisiones que suministran el marco imprescindible en el que actuar democráticamente o, con otra formulación, que proporcionan las reglas últimas y principales del juego democrático: precisamente, las decisiones a propósito del triple ámbito relativo a quién, dónde y cómo de la decisión política, es decir, de los sujetos que deben decidir y sobre los que se puede decidir, del espacio territorial en el que y sobre el que se debe decidir y, en fin, de la forma de decidir, que comprende la determinación de las materias sobre las que se puede o no se debe decidir. En muchos casos, las decisiones sobre el ámbito de la democracia se adoptan de manera expresa, típicamente -como prueba de su importancia- mediante normas constitucionales. En otros casos, en cambio, determinados elementos de ese triple ámbito se adoptan implícitamente, tratándose de decisiones por omisión. Así como la reserva de un área de derechos exenta en principio de la decisión democrática suele decidirse expresamente (por ejemplo, los derechos de libertad o de propiedad privada y libre empresa), la determinación del ámbito territorial suele presuponerse y basarse en la historia o la tradición, como lo ejemplifican las fronteras de América latina. Pero tanto en uno como en otro caso se plantea el problema de cómo justificar esas decisiones: ¿deben legitimarse a su vez democráticamente?; es decir, ¿debe aplicarse a tales decisiones de tercer nivel el principio de que cada uno tiene derecho a participar en la toma de las decisiones colectivas que le afectan, como hemos visto que sí debe ocurrir para las decisiones de primero y de segundo nivel? Este es el problema.

A primera vista parece que es tan innecesario justificar democráticamente esas decisiones de tercer nivel como innecesario es

legitimar democráticamente el propio principio de que cada cual tiene derecho a participar en la decisión de lo que le afecta. Con tal que las cuestiones por decidir en el ámbito marcado -que serían las de primero y segundo nivel, no las de tercer nivel- se circunscriban a los afectados y éstos participen en ellas, tan democrática es una familia como un partido político, una comunidad religiosa como un cártel industrial o un sindicato como un Estado, y el *quién* vota es bien diferente en cada caso, sin que su determinación provenga necesariamente de una decisión previa por parte de los afectados; por su parte, igual de democráticas pueden ser las decisiones que se toman en un pequeño pueblo, en una universidad, en un gran Estado o en una organización internacional, y el territorio es bien diferente, siendo establecido o señalado en ocasiones por una instancia ajena; o, en fin, democráticos son -no voy a entrar aquí en el problema de si más o menos- la decisión a concejo abierto en Castilla, el abundante uso del referéndum en Suiza, el sistema electoral mayoritario inglés y el proporcional italiano, sin que quepa duda de que se trata de formas bien distintas de ejercer la democracia que pueden haber sido establecidas no por decisión democrática expresa, sino por la tradición o por decisiones más o menos autoritarias.

No puede negarse que en muchos casos, tal vez en la mayoría, el ámbito en el que se ejerce la democracia es aceptado de hecho como suficientemente legítimo, se haya o no decidido democrática y expresamente sobre él; que sean los irlandeses, y no, por ejemplo, el parlamento europeo, quienes decidan no autorizar el divorcio en Irlanda, que los italianos no se planteen reformar su sistema electoral o que en todos los sistemas democráticos conocidos se excluya de la toma de decisiones a colectivos eventualmente interesados, como son los extranjeros residentes o los menores de edad, no parece que ponga en cuestión la legitimidad democrática de tales decisiones, al menos de hecho (lo que no impide que pueda ser discutida críticamente, por ejemplo al modo como se sugiere en la siguiente y última parte de este escrito).

Sin embargo, no siempre ocurre así. Hay otros casos en los que la determinación del ámbito de la democracia aparece como claramente ilegítima, sin que el hecho de que tal determinación se produzca a través de una decisión democrática sirva para subsanar el defecto, es decir, que hay casos de decisiones democráticas sobre el ámbito que son injustificables. Considérense los siguientes ejemplos, en los que la legitimación democrática es insuficiente o aparente: que los varones de un país nieguen durante largo

tiempo el derecho de sufragio femenino a sus conciudadanas, que el presidente de un gran país, elegido democráticamente, presione de tal modo que consiga que un tercer país instale misiles nucleares contra la voluntad de la mayoría de la población afectada, o, en fin, que una nación elija democráticamente a un dictador fanático que fulmina el sistema democrático, no justifica ninguna de tales decisiones, que ejemplifican, respectivamente y de manera indicativa, decisiones relativas al quién, al dónde y al cómo se debe decidir, es decir, decisiones sobre el ámbito de la democracia. Como se puede observar, estos son problemas graves e importantes y, de nuevo, complejos. Prueba de su complejidad es que la razón de la ilegitimidad es distinta en cada uno de los tres ejemplos: en el primero -que es el caso suizo hasta 1971- porque decide sólo una parte de los afectados, siendo a todas luces culpable de parcialidad y discriminación hacia la otra mitad de la población; en el segundo ejemplo -que es el caso holandés de la instalación de los euromisiles en el invierno de 1984- porque un tercero decide contra la voluntad de los principales afectados; y en el último ejemplo -que es, con más o menos matices, el caso Hitler- porque una decisión democrática que acaba con las libertades básicas es ilegítima, como mínimo, por violar el derecho de las minorías afectadas a disentir y a participar.

Naturalmente, se podrían buscar otros muchos ejemplos en los que se entremezclen más todavía los tres ámbitos: la agresión armada o la incitación al golpe de Estado en un país por parte de otro, la emisión de polvo radiactivo tras las pruebas nucleares, la negación o limitación de los derechos políticos a una minoría racial (y no digamos a una mayoría, como ocurre en Sudáfrica), el castigo grave de toda forma de objeción de conciencia, el establecimiento de discriminaciones sexuales en el trabajo, la supresión de un mínimo de bienestar para minorías como ancianos, minusválidos, parados, etc., o el acuerdo de que las disputas científicas han de decidirse por la mayoría de la población. Aun en el caso de que todas esas decisiones fueran tomadas por órganos y procedimientos democráticos, ¿no pondrían de manifiesto bien una mala interpretación y aplicación del principio democrático, bien importantes limitaciones del mismo? Ejemplos como los anteriores ilustran dos puntos relevantes con cuyo comentario concluiré esta parte del escrito.

El primer punto está en que el principio democrático no agota los criterios de legitimidad y de justicia. Desde luego, cuando el principio se interpreta severamente -incluyendo el respeto a las minorías y la garantía de determinados derechos básicos,

como insiste Elías Díaz⁶- es el mismo principio democrático el que excluye la legitimidad de hechos como la agresión armada a otro país, las pruebas nucleares o la limitación de derechos políticos a cualquier minoría. Pero aun así, existen al menos dos tipos de razones que matizan o limitan el propio principio: primero, la existencia de derechos básicos que son válidos al margen de su reconocimiento por la mayoría y cuya violación no pone en riesgo, en principio, la limpieza del propio juego democrático (por ejemplo, los derechos a la igualdad y a la libertad en esferas no políticas, como la igualdad laboral y la justicia fiscal o la tolerancia en materias religiosas y hacia determinadas formas de objeción de conciencia); y, segundo, la misma posibilidad o, por lo menos, la eficiencia suficiente de determinadas instituciones (por ejemplo, la cooptación del profesorado, cuyo carácter aristocrático u oligárquico parece defendible, o la organización militar y sanitaria, cuyo carácter no democrático resulta funcional).

El segundo punto ilustrado por los ejemplos anteriores es que la justificación de la democracia y de su ámbito depende del contenido de tal justificación y no de la forma o método utilizado, sea democrático o no, ya que en el mejor de los casos tal método será insuficiente, y en el peor, injusto. Es más, existen casos en los que es lógicamente imposible o absurdo pretender obtener una decisión democrática sobre problemas de ámbito. En un extremo acecha el recurso al infinito -en términos castizos, el cuento de nunca acabar-, como ocurre a veces en los procedimientos, en el cómo se decide, donde a falta de reglas previas siempre es posible poner a discusión el modo de votación, elevar después el debate a cómo se debe votar sobre el modo de votación y así sucesivamente: personalmente, recuerdo como típica de muchas asambleas de facultad la propuesta de «se vota si se vota»..., por ejemplo, una huelga. En el otro extremo, aparece un mecanismo alternativo que también la lógica condena, el recurso al círculo -popularmente, la pescadilla que se muerde la cola-, como si, respecto a la determinación de los sujetos, del quién decide, se formulara la absurda propuesta de que los afectados decidan sobre quiénes son los afectados, lo que exigiría que alguien decidiera previamente quiénes son los primeros afectados llamados a votar, de modo que sobraría la decisión de éstos: recuerdo también aquí que la última ley sindical

⁶ Así, por ejemplo, en su último libro, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid, Editorial Debate, 1984, cap. I, § 4.

franquista incurría en un recurso de este tipo -que Kelsen llamaba «lagunas técnicas»- al decir, en un precepto, que el consejo sindical debía nombrar a su presidente y, en otro precepto, que el tal consejo se debería constituir a convocatoria de su presidente, de modo que el consejo no se podía constituir ni su presidente ser elegido (ignoro cómo se solucionó la paradoja, aunque sospecho que debió ser el poder político quien realmente eligió tanto al consejo como a su presidente).

3. *Problemas de justificación: de la democracia local a la democracia mundial*

Si la justificación de los criterios de determinación del ámbito de la democracia no está, de manera última al menos, en el propio principio democrático, me ceñiré al análisis de esa justificación en dos campos que comprenden algunos de los muchos elementos que, como hemos visto, conforman tal ámbito. Esas dos áreas problemáticas toman como punto de referencia fundamental el sistema político democrático estatal: por abajo, el área de la democracia infraestatal, que se refiere principalmente al ámbito local y regional, y, por arriba, el área de la democracia supraestatal, que se refiere fundamentalmente al ámbito de la incipiente y posible democracia en el nivel internacional. Sería interesante tocar también el área de la democracia paraestatal, referida por ahora a un ámbito en buena parte «extrapolítico» y, con mayor razón, extrademocrático: el segmento de la economía, que no sólo coexiste horizontalmente con el Estado, sino también -basta mencionar las empresas multinacionales- con el área supraestatal. Sin embargo, aunque sólo sea por razones de extensión, soslayaré este problema⁷.

Si las áreas local e internacional tienen como punto de referencia central el marco estatal, la justificación de tal marco merece algún comentario. A fin de cuentas, salvo Atenas y algunas pocas excepciones más, el Estado nacional es el reducto típico donde se viene practicando el juego democrático; y eso sólo en los contados Estados en que se practica y -para ser francamente generoso- desde finales del siglo XVIII. Esta reducción básica del ámbito de la democracia de los modernos al área estatal-nacional no es, por cierto, una elaboración racional especialmente

⁷ Sobre este asunto me limito a recomendar un libro de Robert Dahl en buena parte dedicado a él, *Dilemmas of Pluralist Democracy. Autonomy vs. Control*, New Haven-London, Yale University Press, 1982.

justificada, sino un dato complejo transmitido por la historia y asumido cultural y normativamente. No es difícil exagerar la importancia y la gravedad de la división en Estados tendencialmente nacionales que pretenden la soberanía -en palabras de su primer formulador, Bodino, «la puissance absolue et perpétuelle»- hacia el interior y hacia el exterior. Sin embargo, no siempre se cae en la cuenta de que tal reducción a ese ámbito, y su consiguiente atribución de soberanía al Estado, suministra implícitamente no sólo una respuesta al problema del dónde y para dónde se debe gobernar, sino también a la pregunta estrechamente conectada del quién, que constituye el primero y más decisivo problema que el ámbito de la democracia plantea: ¿quiénes son los afectados?

Que esa doble pregunta por el dónde y el quién se ha tendido a responder implícitamente -salvo, quizá, en las justificaciones nacionalistas y románticas del poder- muestra ejemplarmente la doctrina de Thomas Hobbes. Hobbes, al igual que Maquiavelo o Bodino, en ningún momento de su obra apela de forma explícita a la idea de nación o nacionalidad como condición del Estado⁸. Y, no obstante, sin un concepto de nación, sea amplio o estricto, es imposible entender y enmarcar la propuesta hobbesiana de justificación del Estado, una doctrina en la que los *individuos* (y subrayo la idea de «individuos», que hace referencia al colectivo de la humanidad) acuerdan constituir el cuerpo político y ceder su poder a un soberano común, convirtiéndose con ello en *ciudadanos* (y subrayo ahora la idea de «ciudadanos», que son los pertenecientes no a la humanidad, sino, precisamente, a una comunidad política determinada y limitada). En esa transformación contractual, si no se presupone que la comunidad política es la constituida históricamente -es decir, la que llegaría a ser, con diferentes variaciones y nunca sepultadas reivindicaciones, la nación- el esquema hobbesiano pierde sus puntos de referencia. Piénsese que cualquier grupo político dotado de un jefe soberano y con cierto poder efectivo en una población y un territorio sería formalmente un Estado, con independencia de que se mantuviera en competencia o guerra con grupos exteriores. Sin esa referencia al ámbito territorial nacional, y por ejemplificarlo con una dramática situación actual, Líbano -en especial su capital-, no sería tanto, paradójicamente, una perfecta representación del puro estado de naturaleza hobbesiano, de guerra total y sin fin de todos contra todos, como un

⁸ Cfr. Alessandro Passerin d'Entrèves, *La dottrina dello stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, 2.^a ed., Torino, Giappichelli, 1967, págs. 241-242.

conjunto de pequeños Estados en ese estado de naturaleza externo de guerra internacional entre sí.

Así pues, el Estado, o, mejor, los Estados presuponen unas fronteras territoriales y una población, es decir, presuponen el fenómeno de la nación, entendida esta palabra en uno de sus sentidos más genéricos y menos inmanejables. No me detendré en el importante problema de si en la actualidad asistimos a un declive de las nacionalidades históricas y a un retorno de los particularismos⁹. También doy por supuesto que la existencia de las naciones viene dada por la historia, una historia no siempre forzosamente lejana y -casi no hace falta recordarlo- tantas veces surcada por guerras, conquistas, repartos y anexiones, en suma, por el uso y abuso de la fuerza. Nada de todo ello impide que el área territorial y poblacional común a la mayoría de los Estados -que dentro de grandes oscilaciones tiene grandes dimensiones- aparezca, en principio y a toro pasado, como más justo y eficaz para la cobertura de las enormes necesidades sociales actuales que hipotéticos modelos de dimensiones más reducidas, como la ciudad-Estado, las pequeñas repúblicas italianas del Renacimiento o los casos monegasco, luxemburgués y similares. El problema hoy parece más bien si las dimensiones de los Estados no se han quedado pequeñas para afrontar los grandes retos pendientes de la humanidad, de los que los dos más graves son el peligro bélico y el hambre. En definitiva, al hablar de humanidad, surge inmediata la pregunta de si hoy, en un mundo tan interdependiente, no somos todos afectados, ya que no por absolutamente todas, sí por buena parte de las decisiones que se adoptan en distintas esferas y territorios. Bajo estos presupuestos, veamos el proceso de justificación que va de la democracia local a la democracia mundial.

Comenzaré por el área infraestatal o local en sentido amplio; éste comprende las regiones y naciones integradas en Estados territorialmente más amplios y a las que, por comodidad, unificaré terminológicamente en adelante como regiones sin más. Analizaré tres preguntas generales: en primer lugar, la más grave, la justificación de quiénes deben decidir, que plantea el doble problema del derecho a la autodeterminación de los pueblos y el de los conflictos entre regiones que pertenecen a un Estado más amplio; en segundo lugar, la pregunta por la justificación del cómo debe organizarse la autonomía -término que aquí no

⁹ Véase sobre ello un jugoso artículo de Francisco Murillo Ferrol, titulado precisamente «La nación y el ámbito de la democracia», *Sistema*, núm. 26, sept. 1978, págs. 3-19.

equivale a independencia soberana- regional y local; y, en fin, una pregunta relativa al dónde deben tomarse algunos tipos de decisión que atribuyen especiales cargas y beneficios a áreas locales determinadas.

Hoy, prácticamente superada la descolonización política, el derecho a la autodeterminación de los pueblos sigue teniendo cierta significación para algunas naciones integradas en Estados multinacionales. En último término, el problema es siempre relativo a quienes deciden y, como ya he sugerido antes, creo que la justificación democrática no puede dar razón en exclusiva ni por completo de la soberanía estatal, al menos en un mundo tan interrelacionado como el nuestro. Pero, en principio, y en tanto se justifique la existencia de Estados independientes, no me parece que haya razón democrática alguna -más bien al contrario- para negar la justificación de la posibilidad de obtener la soberanía por parte de un pueblo o nación que así lo desea. Esto significa que, según el principio democrático, parece que debe preferirse el derecho de una minoría étnica, religiosa, etc., que se desea a sí misma como Estado independiente al posible derecho de la mayoría en la que aquella comunidad está previamente integrada. Ahora bien, el problema no puede despacharse en cuatro frases, dada su gravedad y complejidad; basta pensar en una pequeña parte de la historia centro-europea, como la del imperio austro-húngaro en los dos últimos siglos, para darse cuenta de ello¹⁰.

Por un lado, es claro que para preferir el derecho de una comunidad sobre el de otra tiene que desear libremente la independencia la mayoría de la comunidad separatista (la mayoría de la minoría, en términos del Estado preexistente). Y es igualmente claro que no basta la voluntad de una minoría (una minoría de la minoría, se entiende), quizá violenta, que pretenda representar un espíritu del pueblo metafísico al margen de la voluntad real de la mayoría o, peor, a una parte parcialmente significada (por motivos racistas, por ejemplo) del total de los efectivos habitantes -y, por tanto, primeros afectados- del territorio en cuestión.

Por otro lado, de las tres formas típicas de resolución de conflictos de autodeterminación, la aplicación del principio democrático no es forzosamente y en todos los casos, ni mucho

¹⁰ Para una descripción de este caso, en relación con las doctrinas y propuestas de Karl Renner y Otto Bauer, véase Manuel García Pelayo, *El tema de las nacionalidades. La teoría de la nación de Otto Bauer*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1979, esp. págs. 1-6.

menos, la panacea, y ni siquiera la solución menos mala. Aparte de las dificultades que puede introducir la distribución aleatoria de distintas comunidades nacionales en un mismo territorio, una aplicación mecánica del criterio democrático en este campo puede provocar una enorme disgregación social y gravísimas heridas producidas por la división radical entre comunidades diferenciadas pero no necesariamente hostiles. Todo ello inclina a estimar preferibles los acuerdos entre las distintas poblaciones implicadas, como ejemplifican los sistemas federales y similares: es la solución del pacto, que no sigue el principio de mayoría, típico de la democracia, sino el de unanimidad o, si éste es inviable, el del consenso. De todas formas, cuando el acuerdo se muestra imposible, el método democrático parece el más justificado, pues el tercer método, el recurso a la violencia, es incomparablemente más injusto, dañino y costoso que los anteriores, al menos, y sin margen de duda, cuando existe previamente un marco democrático suficiente, que, por tanto, respeta a las minorías nacionales. En todo caso, el recurso a la violencia extrema se produce generalmente por la exasperación ideológica y puramente irracional entre el nacionalismo regional que es capaz de todo para conseguir la separación y el nacionalismo estatal dispuesto a la guerra y a la dominación para mantener la unidad. Y aunque luego -como enseñan, respectivamente, la guerra de secesión americana y las revoluciones anticolonialistas- la historia pueda dar la razón al vencedor, sea el que sea, ¿estamos seguros de que esa «razón» justifica de verdad?

La pregunta por el quién debe decidir en los ámbitos locales afecta también a un problema relacionado con el anterior, acaso menos grave pero no menos importante. Me refiero a los conflictos de inclusión y exclusión recíproca de dos o más comunidades en donde no se pone en cuestión la existencia de un aparato soberano común o superior a ambas. Supongamos que una localidad quiere pertenecer al ayuntamiento de otra y que la otra no desea tal incorporación o que de dos localidades que pertenecen al mismo ayuntamiento una desea separarse y la otra continuar unida. ¿Quiénes deben ser los afectados llamados a decidir en este tipo de casos? Cuando las decisiones afectan a la demarcación política de dos comunidades parece que sigue siendo preferible el pacto o acuerdo -unanimidad o consenso, recuérdese, y no criterio de mayoría-, acuerdo como el que se produce si se exige la aprobación por separado de una mayoría cualificada de cada una de las dos comunidades. Una vez más, el criterio democrático por sí solo se muestra insuficiente, pues globalizar la adopción de la decisión entre las dos comunidades (por ejemplo,

mediante un referéndum con un cuerpo consultivo único e indiferenciado de ambas), comporta el riesgo de que una gran mayoría de una comunidad prevalezca sobre una gran mayoría de la otra. En todo caso, puesto que aquí está excluido de hecho el recurso a la violencia, el planteamiento y la resolución de este tipo de conflictos sobre el quién decide, reclama tanto unas reglas previas y superiores a la decisión de las dos comunidades como un eventual árbitro por encima de las partes que resuelva o limite el conflicto; reclama, en suma, la intervención del Estado.

Respecto a la segunda pregunta, relativa a la justificación del cómo y qué decisiones adoptar en áreas locales, dejo a un lado la discusión sobre la mayor adecuación de algunas formas de democracia directa a ámbitos territoriales menores a los usuales en los Estados, aunque pueda formularse la sospecha de que la aplicabilidad de formas de democracia directa en sustitución de formas representativas sólo sería viable en el ámbito local más estricto, en la ciudad, y siempre que ésta se mantuviera en dimensiones poblacionales muy reducidas. Me interesa más -siempre respecto al cómo y sobre qué gobernar- centrarme en la justificación de la demanda de mayor autonomía local y regional basada en el principio democrático. Junto a una razón fundamental que parece justificar esa demanda aparece al menos una dificultad importante que inclina a limitar su alcance.

La razón fundamental que puede justificar la autonomía democrática de ciudades y regiones -y no espero descubrir ningún misterio- es que la cercanía o proximidad a los problemas puede comportar un mayor grado de legitimidad democrática que la eventual lejanía de la centralización estatal. No es que la cercanía no se preste al riesgo de miopía egoísta del localismo, pero sin duda existen materias en las que la relación entre la población afectada y la decisión a adoptar está tan circunscrita a un determinado territorio que parece demandar la cercanía política, personal y no sólo geográfica, que proporciona la autonomía. Se trata aquí no tanto de razones de mayor eficacia como sobre todo de fomentar la adopción de decisiones queridas, o más directamente controladas, por los afectados, ya que no exclusivos -puesto que tal condición resulta draconiana-, sí principales o decisivos. En términos de justificación democrática, es imprescindible insistir en que la cercanía o lejanía no es sólo, ni principalmente, un factor geográfico -que puede ser muy importante, en cambio, en términos de eficacia, pero que es una cercanía perfectamente accesible para una administración central eficiente-, sino sobre todo un factor político, dependiente del tipo de

decisiones a tomar y, por tanto, ligado a la preferibilidad de la decisión tomada por los afectados. La condición de esta justificación está en que los llamados a decidir localmente sean los decisivos o principales afectados, por más que esto no sea siempre fácil de interpretar y aplicar. En efecto, esta condición es clara en los extremos y dudosa en las zonas intermedias: mientras es evidente que la política económica o militar no puede ser competencia local, y que la política de obras públicas, transportes, comercio y cultura puede perfectamente sustraerse al Estado en beneficio de su gestión local o regional, existen materias discutidas en las que se lucha por el control exclusivo (piénsese en materia de control judicial, orden público, educación o sanidad). Sin embargo, la justificación de alguna sustracción al poder estatal parece democráticamente clara.

Frente a esa razón, existe una dificultad alternativa, es decir, en términos de justificación democrática, sin entrar aquí tampoco, por tanto, en problemas de eficacia, entre los que destaca la duplicación de la burocracia por una defectuosa distribución de las competencias entre centro y periferia. Esa dificultad de justificación está en que la autonomía local y regional puede producir descoordinaciones y conflictos entre localidades y regiones, siendo uno de los más importantes el relativo a las desigualdades en la distribución de cargas y beneficios. Los problemas surgen solos en el momento en que se dice que en determinadas materias son afectados principales los habitantes de una localidad o región, puesto que las decisiones de éstos (o de sus representantes) pueden sobrepasar el límite y afectar de manera importante a personas ajenas.

Pues bien, el punto al que me interesaba llegar es que tanto la razón de proximidad política «interior» -o hacia dentro de la propia comunidad- de los afectados como la dificultad de la repercusión exterior injustificada, así como el juego entre ambas, exigen una instancia supralocal de decisiones que establezca, de antemano, el marco de la democracia local y un mínimo común a todas las competencias locales (por ejemplo, garantizando los derechos fundamentales) y, *a posteriori*, una coordinación o control que, negativamente, solucione posibles conflictos y, positivamente, asegure y fomente la cooperación y la solidaridad entre las distintas ciudades y regiones. En suma, la justificación del cómo distribuir las competencias locales presupone la justificación de una instancia coordinadora superior.

En fin, la última pregunta dentro del área local que pretendo formular es la relativa al dónde deben afectar las decisiones o, para decirlo de manera más precisa, a la justificación de dónde

localizar beneficios y cargas. El problema es fácilmente ejemplificable mediante el caso de la central nuclear que, por ejemplo, el gobierno central, pretende instalar cerca de un territorio determinado sin haber consultado a la población afectada. Aunque pudiera parecerlo por razones de simetría, no es el mismo caso que el de la decisión opuesta de situar un polo industrial limpio (por ejemplo, un «parque tecnológico», como se dice y hace ahora para la industria de nuevas tecnologías). Como tampoco es equiparable a la instalación de una industria molesta pero no peligrosa o a la imposición de un impuesto especial a una localidad o región. En todos estos últimos casos podrá ser admisible la competencia de un poder central -sea estatal o regional- ajeno a la periferia afectada con tal de que la decisión haya sido, como mínimo, imparcial en la consideración de los distintos intereses y, como máximo, inversamente discriminatoria, es decir, en beneficio especial de localidades o regiones menos favorecidas. En el primer caso, en cambio, lo que se discute aquí es si cualquier centro de decisión que no sea propio y exclusivo de los afectados está justificado para atribuir cargas tan graves. Este y otros similares en gravedad serían casos, por tanto, en los que el principio democrático inclina a legitimar el mantenimiento de un ámbito de decisión de carácter local, por ejemplo en forma de veto de tal comunidad tras el correspondiente acuerdo mayoritario entre los individuos o sus representantes.

Resumiendo, en la mayoría de los problemas de ámbito en el área local y regional, para que puedan obtenerse soluciones correctas, debe apelarse a una instancia superior y globalizadora que, de hecho, por una ya larga tradición histórica, no es otra que la organización estatal. Incluso en el caso del reconocimiento del derecho a la autodeterminación termina apareciendo la vieja fórmula del Estado nacional. La cuestión ahora es si los distintos Estados entre sí no podrían ser legítimamente comparados a poderes regionales o locales cuya soberanía debería limitarse en favor de una instancia ulterior que ya no podría ser un Estado igual entre otros, sino un poder internacional con capacidad de regular los conflictos y la cooperación y de arbitrar con eficacia y, sobre todo, justicia. Personalmente así lo deseo, aunque lo crea a duras penas. Es una utopía, si bien acaso una utopía en marcha, de la que son pasos -cortos y vacilantes, es verdad, pero no por ello despreciables- experiencias como la ONU o la tendencia a las uniones continentales y especialmente la europeo-occidental. Y es en el marco de esa utopía en el que pueden plantearse algunos problemas de justificación de los ámbitos de decisión del área de decisión supraestatal.

El ejemplo de la central nuclear que citaba hace un momento se manifiesta con especial relevancia en las relaciones interestatales, en las que el dónde deben tomarse las decisiones está resuelto en principio en favor del Estado, pero, en mi opinión, no siempre con suficiente justificación. No es sólo que un Estado pueda colocar una central nuclear (o una industria contaminante) junto a la población de un Estado vecino; es que el planeta se ha hecho tan pequeño para las capacidades y riesgos de numerosas actividades que no hace falta ser vecino para resultar gravemente afectado por decisiones y acciones ajenas. El último ejemplo a mano es la explosión de Chernobil, y si se piensa además en decisiones de tipo político-militar o económico, es como para criticar, por haberse quedado corto, a quien dijo que cada año bisiesto *nos* eligen un presidente en los Estados Unidos. Esto viene a plantear el problema de quién debería decidir internacionalmente en un hipotético Estado mundial.

Es sabido que el Derecho internacional no reconoce como sujetos a los individuos, salvo en concretísimos y limitados campos relacionados con la garantía de algunos derechos humanos. Los sujetos típicos del Derecho internacional son los Estados, y así se manifiesta en los tratados y en las organizaciones y organismos internacionales existentes. Tal presupuesto implica que quienes deciden colectivamente en el área interestatal, al menos formalmente, sean los Estados, bien a través del acuerdo, es decir, mediante tratados, bien -aunque en escasas materias y contadas ocasiones- por votación. En los dos casos se aplica genéricamente, no sin excepciones, el principio de igualdad jurídica de los Estados. Principio que, además de consagrar la soberanía estatal, se diferencia radicalmente del principio democrático estatal e infraestatal: dada la desigual dimensión de los distintos Estados, los individuos ni aparecen como afectados ni resultan representados conforme al criterio de Bentham de que cada individuo vale como uno y nada más que como uno.

Tiene interés, sin embargo, comentar una línea de excepciones existentes en el Derecho internacional que reduce sustancialmente la enorme distancia entre la igualdad jurídica estatal y la igualdad jurídica individual. Me refiero a los casos en que determinados órganos de instituciones supranacionales -como el Parlamento europeo o la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa- se configuran mediante un número de representantes relativamente proporcionado a la población de los Estados miembros. Sólo en estos casos, me parece, podría decirse que las decisiones adoptadas siguen un principio democrático equivalente al aplicado en órganos estatales o infraestatales de

representación política. Debe cuidarse de distinguir esta excepción al principio de igualdad de los Estados de otros tipos sustancialmente diferentes. Por no insistir en el derecho de veto de los cinco grandes en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, hay otros casos en los que se acepta el voto ponderado de diferentes Estados, pero si esto implica una excepción al principio de igualdad formal de los Estados, no por ello se aproxima al principio de la igualdad formal de los individuos: así, el distinto peso de los Estados, según el número de acciones suscritas, en un organismo internacional de cooperación financiera como el Fondo Monetario Internacional es similar al funcionamiento de una junta de accionista de una sociedad anónima y no tiene nada que ver con el criterio democrático tal y como se aplica y se debe aplicar en la política.

A mi modo de ver, una organización internacional centralizadora que pudiera afrontar democráticamente los problemas comunes a la humanidad -especialmente en materias de seguridad, economía y derechos humanos- debería seguir el camino de la igualdad individual y no estatal. No hace falta argumentar mucho para comprender que en una organización semejante Estados Unidos, la Unión Soviética o la India no merecerían el mismo peso que Luxemburgo, Costa de Marfil o Haití. Así pues, tanto por la afirmación del criterio individualista típico de la tradición democrático-liberal como por la negación de que el criterio «Un Estado, un voto» sea propiamente democrático, la conclusión es que también las decisiones internacionales, para ser democráticas, deberían adoptarse mediante un sistema de representación de la población, todo lo ponderado que se quiera, pero representación de individuos a fin de cuentas. Casi viene a reconocerlo así un filósofo político como D. D. Raphael, que, sin embargo, no oculta sus prejuicios discriminatorios hacia los países y poblaciones del tercer mundo (que en número de habitantes es el primero). Raphael sostiene que «la *opinión* mundial no puede evaluarse en términos de *población* mundial» y termina defendiendo una «democracia limitada» o «cualificada» para la esfera internacional. Su razón fundamental, que no tiene inconveniente en estimar aplicable a los sistemas políticos nacionales, es que el derecho al voto exige «un grado razonable de conocimiento y educación»¹¹.

¹¹ Cfr. *Problems of Political Philosophy*, London, The Macmillan Press, 2.^a ed., 1976; trad. cast. de María Dolores González Soler, por la que se cita, *Problemas de filosofía política*, Madrid, Alianza Editorial, 1983, págs. 176-177.

Se debe reconocer que este argumento no deja de tener su fuerza, pues el principio de que cada uno tiene derecho a participar en las decisiones que le afectan exige responsabilidad y, por tanto, un mínimo de formación e información que permita conocer qué le afecta a cada uno y a su comunidad y cuáles son las alternativas a elegir o decidir. Dicho de otro modo, para que una decisión o elección sea informada y propiamente una decisión o elección y no un sorteo o un juego, hace falta que quienes eligen tengan un cierto conocimiento previo. En realidad, esta es, me parece, la única razón fuerte por la que se niega el voto a los menores, puesto que si no fuera exigible un mínimo de responsabilidad y formación no se entendería por qué en ningún lugar se rebaja la edad del voto hasta, pongamos, los seis o siete años, cuando ya existe cierta capacidad de decidir.

Sin embargo, hay que tener en cuenta dos órdenes de problemas. En primer lugar está el peligro de que el criterio anterior sea interpretado o aplicado con parcialidad o, simplemente, de manera incorrecta. Por un lado, cuando esa argumentación se utiliza para justificar una variedad del sufragio censitario -basado ahora no en la propiedad privada, sino en la educación- es apropiada la acusación de discriminación injusta, es decir, de parcialidad: es el caso de algunas leyes electorales que, si no me equivoco, se han aplicado hasta hace no mucho en algunos Estados del sur de la Unión y que afectaban en especial a los negros. Y, por otro lado, cuando se utiliza para justificar la permanencia en un país de un sistema no democrático -lo que resulta familiar para quienes hemos vivido en el franquismo- la argumentación, aparte de sospechosa de parcialidad, puede ser también incorrecta si no resuelve la objeción de que una forma fundamental de educación política la suministra precisamente el ejercicio de las libertades y derechos democráticos.

El segundo orden de problemas se presenta una vez supuesto que el criterio se interpreta y aplica con imparcialidad y corrección. Aun así, la razón aducida por Raphael no tiene en cuenta varios factores. Primero, que la suficiente información y conocimiento como condición del voto ha sido y sigue siendo más un ideal que una realidad, incluso en los países más desarrollados política y democráticamente: si esto es así, ¿por qué exigir más a otros de lo que nos exigimos a nosotros mismos? Una segunda razón que justifica mantener el sufragio universal es que la ecuación entre conocimiento suficiente para participar o decidir y conocimiento o formación intelectual está lejos de ser perfecta: así como hay personas analfabetas perfectamente sensatas e informadas en lo fundamental para saber lo que les conviene, en

todos los parlamentos hay representantes políticos perfectamente formados intelectualmente que votan lo que dice su partido sin haber oído o entendido una palabra de lo que se debate. Y, en fin, enlazando con lo anterior, aunque los analfabetos informados y los licenciados que votan de oídas fueran un caso marginal, el argumento de Raphael no tiene en cuenta la función canalizadora de las organizaciones de representación política, en especial de los partidos, en la información y formación de los afectados. Canalización no siempre perfecta, por supuesto, pero la menos mala que se ha inventado para practicar la democracia en grandes áreas. Así pues, si se piensa que en un no imposible futuro pudieran irse creando instancias de control internacional que deberían ser democráticas, no hay razón para aplicar un principio distinto al de la representación por sufragio universal y a través de organizaciones de canalización similares a los actuales partidos políticos.

Para concluir, como tal vez muchos lectores vengan pensando que soñar es gratuito -en los dos sentidos de la palabra-, me excusaré (y acusaré manifiestamente) diciendo que señalar las dificultades prácticas de un mayor control internacional y hacer previsiones pesimistas al respecto es tarea fácil y obvia que he dado y doy por descontada. No tengo inconveniente en reconocer la magnitud del salto desde una situación internacional como la actual hasta una organización mínimamente centralizada, que puede llamarse Estado mundial, salvando que no tiene por qué seguir un modelo calcado al de los actuales Estados. Como tampoco tengo inconveniente en reconocer que los pasos desde la actual realidad hasta esa otra deberían ser lentos y cuidadosos, de modo que la construcción de un Estado mundial verdaderamente democrático ni podrá ser, si lo es alguna vez, labor de un día, ni estará libre de ensayos, errores y rectificaciones. Pero reconozco todo eso con una sola condición: que quienes creen en el método democrático y en sus valores reconozcan también que la democracia estatal debería ser sólo una etapa y no una meta con la que conformarse, de modo que sigue habiendo un camino por recorrer que va desde la democracia local a la democracia mundial.

DOXA -6 (1989)



**SOBRE LA TEORÍA
DE LA DEMOCRACIA
Y EL CONCEPTO
DE REPRESENTACIÓN POLÍTICA:
ALGUNAS PROPUESTAS
PARA DEBATE**

La presencia del mecanismo institucional de la representación política en todas las sociedades democráticas conocidas ha sido explicada y justificada desde siempre mediante una argumentación canónica que, seguramente por su aparente trivialidad, apenas se ha cuestionado. Uno de los propósitos de este trabajo es sugerir que podría hacerse. Por otro lado, la noción misma de «representación» ha sido sometida a un detenido examen analítico y los resultados de ese examen han disipado muchas confusiones, pero también han abierto incógnitas nuevas. En la segunda parte me ocuparé de algunas de ellas. En cualquier caso el tema es complejo y debatido y la intención de estas páginas sólo es ponerlo de manifiesto para estimular la discusión en torno a él.

I

La justificación de la democracia representativa se ha realizado secularmente mediante una fórmula arquetípica que parece haberse incorporado al acervo de los tópicos políticos comunes. Así la expresaba Montesquieu: «Puesto que en un Estado libre todo hombre, considerado como poseedor de un alma libre, debe gobernarse por sí mismo, sería preciso que el pueblo en cuerpo desempeñara el poder legislativo. Pero como esto es imposible en los grandes Estados, y como está sujeto a mil inconvenientes en los pequeños, el pueblo deberá realizar por medio de sus representantes lo que no puede hacer por sí mismo.» Un siglo después lo hacía así John Stuart Mill: «Según las consideraciones antedichas, es evidente que el único gobierno que satisface por completo todas las exigencias del estado social es aquel en el cual tiene participación el pueblo entero... Pero puesto que en toda comunidad que exceda los límites de una pequeña población

nadie puede participar personalmente sino de una porción muy pequeña de los asuntos públicos, el tipo ideal de un gobierno perfecto es el gobierno representativo.» Y por último, en el siglo XX, Hans Kelsen lo afirmaba así: «Cuanto más grande es la colectividad política, tanto menos capaz se muestra el “pueblo”, como tal, de desenvolver la actividad creadora de la formación directa de la voluntad política, y tanto más obligado se ve -aunque sólo fuese por razones técnicosociales- a limitarse a crear y controlar el verdadero mecanismo que forma la voluntad política.»

Estas tres posiciones comparten una cláusula común. La imposibilidad material de participación de todos en la elaboración de las normas generales debida al tamaño físico de la colectividad. Pero parten de fundamentos distintos. Montesquieu arranca de la noción de «alma libre» que se gobierna a sí misma; es decir, del principio ético de autonomía. Mill, por su parte, apoya más su opción en la participación de todos los intereses en la elaboración de la decisión. Ambos suponen, sin embargo, que la transición de la presencia directa de todos en la decisión a la presencia solamente de los representantes no invalida la justificación última de la institución. Kelsen, por el contrario, afirma que esa transición supone una cierta ruptura con el ideal de libertad política, pero alega la ineludible necesidad técnica de división del trabajo social para defender el parlamentarismo representativo como fórmula estable de articulación del Estado. Al margen de la mayor complejidad de la aportación de cada uno de ellos y de los matices y variantes (a veces importantes) que introducen en sus enfoques podemos tomar estas aproximaciones como modelos *ad hoc* de un razonamiento que se desarrolla en tres fases. 1) Justificación de la presencia de todos en la decisión (autonomía, interés, paz social). 2) Cláusula de imposibilidad, y 3) por tanto, necesidad del mecanismo de la representación. El núcleo de este razonamiento es que el modelo ideal de organización política sería la democracia directa, pero como se da la cláusula de imposibilidad, tenemos que desembocar en la aceptación de la democracia representativa como forma menor o atenuada, como sucedáneo *posible*, del modelo ideal. La representación, por tanto, tendría en el mejor de los casos, una justificación «derivada» y no una justificación originaria y propia, y encontraría su perfil y naturaleza precisamente en el eco que le llega de aquella justificación primaria después de pasar por el tamiz de la cláusula de imposibilidad.

La plausibilidad de esta argumentación descansa sin duda en la suposición de que el deslizamiento que se opera desde la decisión

tomada por todos a la decisión tomada por representantes no hace necesario modificar la justificación. O lo que es lo mismo, que el tipo de justificación procedimental o sustantiva de la decisión de todos se traslada a la decisión de representantes. Esto, sin embargo, es altamente controvertible. Tanto que quizá sería prudente asumir que no es así, con lo cual podríamos encontrarnos frente a un problema serio: cualquiera que sea la justificación de la democracia directa, la cláusula de imposibilidad determina que no sea aplicable a la democracia representativa. Para resolver ese problema es necesario construir una justificación autónoma para la democracia representativa que no sea producto de un mero deslizamiento a partir de la otra. Las sugerencias que siguen sólo pretenden animar la controversia en esa dirección.

Cualquiera que haya frecuentado la literatura filosófica actual sobre la justificación de la democracia habrá advertido inmediatamente que en su gran mayoría se sustenta sobre una presuposición tácita en torno a la naturaleza del grupo social humano. O, para expresarlo de otro modo, que construye su argumentación sobre un modelo determinado de grupo social humano. Este modelo tácito, o esa presuposición, consiste en concebir al grupo como un colectivo desagregado de unidades que, en un momento determinado, «se proponen» constituir una asociación o tomar una decisión común. Los ejemplos son numerosos. Dahl inicia así uno de sus ensayos: «Déjeme empezar por asumir que cada uno de un cierto número de personas tiene en mente la idea de formar una asociación para ciertos propósitos, o de cambiar una asociación ya existente...» (Dahl, 1979.) Farrell, recientemente: «Quiero examinar un caso en el cual ciertos individuos deben elegir una forma determinada de gobierno al haber decidido vivir en sociedad.» (Farrell, 1988, pág. 11.) También Singer, que arranca de un «modelo simplificado» como es el *senior common room* de un *college* universitario (Singer, 1985). No creo que sea exagerado afirmar que una presuposición metódica semejante late en muchas de esas aportaciones. Y lo que quisiera sugerir es que eso puede ser algo que dificulte innecesariamente la tarea de enfocar el problema de la representación política y, en consecuencia, de la democracia representativa. El tipo de modelo hipotético que utilizan como punto de partida para hacer sus propuestas normativas puede llevar consigo limitaciones propias que le impidan alcanzar la cuestión real que se proponen resolver.

Me parece que el punto de partida no puede ser que unos cuantos individuos aislados «decidan» asociarse, porque en ese

caso habremos limitado el alcance del modelo de tal forma que sirve únicamente para reflexionar sobre criterios propios de un club, una cofradía o una tertulia, y aun eso con ciertas limitaciones. El punto de partida tendría que ser más bien un modelo de grupo humano menos contingente y unilateral, es decir, más cercano al tipo de grupo donde los individuos desarrollan su vida y sus experiencias personales generales. Ahora bien, cuando iniciamos cualquier reflexión sobre la naturaleza de esos tipos generales de grupos humanos caemos inmediatamente en la cuenta de que no se trata de agregados inconexos de individuos portadores de deseos, preferencias y planes de vida, aunque en el seno de tales grupos existan, en efecto, tales individuos. Los grupos son conjuntos, cuyos componentes individuales están ligados entre sí por pautas y directrices comunes que se manifiestan en esquemas de interacción y coordinación que limitan y modulan las conductas individuales. Para que el grupo exista (y el grupo es algo que *existe* tanto como el individuo) es necesario que se den ciertas reglas que gobiernan las interacciones de forma tal que pueda predecirse razonablemente cuál va a ser el comportamiento de los demás en aspectos relevantes. «Las interacciones recíprocas de las personas llevarán a todos o a la mayoría a conformarse a ciertas convenciones de coordinación y a esperar de otros, y saber que ellos esperarán de uno mismo, que se conformen a ellas.» (Honoré, 1975.) Estas expectativas pautadas de conducta son imprescindibles no sólo para la inserción personal, sino también para el propio desarrollo individual, y, como escribe Honoré, son «la característica definitoria del grupo». La interacción humana pautada mediante convenciones es lo que define en los términos más elementales al grupo social. Cuando hablamos de individuos humanos no hablamos de puras «unidades», sino de individuos o seres que, como decía Ferguson en su clásica obra, siempre han errado o se han asentado «en tropel y compañía».

Aunque todas estas afirmaciones son elementales, y dudo mucho que nadie pueda discutir las, convendrá sin embargo tomar cuanto antes la precaución de ubicarlas correctamente en las coordenadas de la actual polémica entre el liberalismo y el comunitarismo (Nino, 1988) para precisar su intención y alcance. El liberalismo es una filosofía moral individualista. Pero «individualismo» es una expresión que tiene al menos tres usos teóricos diferentes. Hay un individualismo «metodológico» que pretende que las decisiones colectivas son una función de, o pueden ser interpretadas en términos de, las decisiones individuales. Hay un individualismo «ontológico» que pretende que la

realidad humana sólo es definible como agregado de individuos separados. Y hay un individualismo ético que mantiene que los sujetos, destinatarios o receptáculos de los principios, normas y valores morales, son las personas individuales separables. Creo que algunos liberales cometen el error de trasladarse insensiblemente desde el individualismo ético al individualismo ontológico o metodológico, y suponen que dado que las reglas morales han de inspirarse en la separabilidad de los individuos, el grupo social o la decisión colectiva sólo son concebibles o interpretables en términos individuales. Desde el punto de vista del comunitarismo se tiende a operar un deslizamiento inverso: Como se considera a la realidad humana como una entidad comunitaria distinta de, y anterior a, los individuos, se infiere de ello que el sujeto de la norma moral es la comunidad y el individuo sólo lo es derivativamente. Es decir, que a partir de un comunitarismo «ontológico» se desemboca en un comunitarismo «ético».

Aunque no falte quien haya afirmado que los tres planos que he distinguido se implican mutuamente, mi posición es, sin embargo, que una concepción de la ética y una concepción de la sociedad no tienen por qué tener tales implicaciones mutuas, y, en particular, que una concepción liberal de la ética es compatible con una descripción comunitaria de la textura de la realidad humana. Separar de ese modo el aspecto descriptivo de la sociedad del aspecto normativo de la ética nos evita, para empezar, cometer un error al que tienden ciertas versiones del comunitarismo, y es el de considerar a las reglas y convenciones del grupo como normas éticamente justificadas sólo porque establecen *de facto* la cohesión grupal y cooperan a la inserción de los individuos. Creo, por el contrario, que afirmar que los individuos siempre interactúan coordinadamente no nos obliga a dar por buenas siempre sus pautas de coordinación. Y otro error que también es preciso evitar es el de suponer que porque el grupo tenga unas propiedades especiales que lo hacen irreductible a la pura suma de individuos, éstos, es decir, los individuos, no cuentan como tales; o lo que es lo mismo, tomar al grupo en cuanto tal como punto de partida no nos obliga a aceptar la idea de que los individuos sólo son definibles en términos de pertenencia al grupo. Por el contrario, los individuos son agentes con un grado de autonomía potencial mayor o menor, pero innegable; y pueden enfrentarse críticamente a las pautas grupales y poner en cuestión, aceptar o violentar el contenido de las mismas en medida muy relevante. A pesar de su inserción empírica en el grupo son conceptual y éticamente «separables», sin que, por reconocerlo así tengamos a mi juicio que compartir una teoría «atomista»

de la realidad humana. El componente social y el componente individual de la realidad no son incompatibles ni se excluyen mutuamente.

Aclarado esto, es preciso todavía avanzar un paso más allá de la simple visión de la realidad humana como un grupo inmediato que pervive mediante una cohesión producida por convenciones sencillas y rutinarias. Siguiendo una tradición sociológica que se remonta a los trabajos de Tönnies o Cooley no podemos detener la consideración de esa realidad social en los grados incipientes y primitivos de la «comunidad» o el «grupo primario», con predominio de interacciones *face to face* y vínculos emocionales y tradicionales. Esto sería en todo caso un estadio o un momento, o un escalón inicial que, aunque puede operar todavía como modelo teórico para enfrentar algunos aspectos actuales de la sociedad, es, sin embargo, excesivamente limitado en su alcance interpretativo. Es preciso, como digo, dar un paso más hasta encontrarse con ese tipo de grupo humano que cuando se enfrenta a la necesidad de «actuar» (en el más amplio sentido de «actuar») como tal grupo crea un mecanismo para operar dentro de sí una *división del trabajo* grupal en virtud de la cual alguno o algunos de sus miembros son «destacados» para satisfacer esa necesidad grupal. Se suele hablar de propósitos o necesidades «comunes» del grupo para poner de manifiesto que lo que tal individuo o individuos llevan a cabo al actuar así es algo que, en principio, tiene relación con el grupo como tal y no con ellos como individuos miembros. O que sus actos son una función del grupo y no de sus planes individuales o sus preferencias personales. Todo grupo humano que tenga que mantener una actividad estable como tal necesita llevar a cabo dicha operación. En la tradición intelectual alemana de la teoría política esto era reconocido con toda claridad. Kelsen pensaba que era «una ley de la construcción de los organismos sociales» (Kelsen, 1977, pág. 56). Herman Heller lo afirmaba tajantemente: «No es posible que se mantenga en actividad la unidad colectiva de acción sin el obrar de un órgano que cuide de un modo consciente, tanto de determinar los fines como de su realización». (Heller, 1987, pág. 104.) Ahora bien, como el anterior, este punto de vista exige también una advertencia precautoria, porque aunque ni Kelsen ni Heller cometieron ese error, su uso frecuente de la expresión «órgano» puede inducir a caer en la tentación «organicista» de atribuir al grupo un «ser» o una naturaleza de «entidad» de la que los individuos destacados para realizar una tarea fueran simplemente «órganos» en un sentido similar al de la biología. Y no se trata de eso. Se trata sencillamente de dar respuesta a una situación

en la que un *conjunto de individuos* interrelacionados por reglas se encuentran en la tesitura de tener que actuar *como conjunto* y no en términos de sus individualidades. Que, conceptualmente, pueda diferenciarse entre actos del conjunto y actos de los individuos no significa que al conjunto en cuestión se le atribuyan propiedades como las de un ser biológico o una entidad metafísica que actúa mediante miembros «ad hoc», extremidades u órganos, sean físicos o místicos. (Elías Díaz, 1966, cap. II.) No se trata, pues, de cuerpos místicos ni de entes biológicos de tipo alguno, sino de conjuntos de individuos en sentido estricto.

Lo que trato de mantener es que para diseñar un modelo teórico que nos pueda servir de punto de partida en el análisis de la democracia representativa es preciso a mi juicio, tener en cuenta esta suerte de operación de «simplificación» en virtud de la cual, a partir de un conjunto dado (el grupo humano total) se «extrae» un subconjunto que en cierto sentido *sustituye* significativamente al conjunto original. Tomando a préstamo, con todas las reservas que cabe suponer, el lenguaje matemático, podría decirse que en el conjunto-grupo humano se pone en marcha una ley de composición u operación interna en virtud de la cual se obtiene como resultado un subconjunto menos complejo que «equivale», reemplaza o hace las veces del conjunto anterior. Naturalmente, en qué consiste esa «operación interna», qué se pretende con ella, y a qué miembros del grupo base se aplica es algo que puede ser extremadamente variable y con gran diversidad de contenidos potenciales, arbitrarios o racionales. Si antes he recordado la idea de «división del trabajo social», en la que Kelsen insiste una y otra vez precisamente a estos efectos, es porque constituye un modo eficaz y general de expresar toda la gama posible de razones, causas y motivaciones que pueden impeler a un grupo humano a realizar esa o esas operaciones internas mediante las que se atribuye a uno o varios individuos la misión de actuar en lugar de la totalidad del grupo. A poco complejo que un grupo humano sea, surgen en torno a él objetivos y necesidades que fuerzan a dividir el trabajo mediante operaciones internas que atribuyen a algunos de sus miembros cometidos orientados a la satisfacción de esas necesidades y la consecución de dichos propósitos. La defensa o la agresión, la interacción con otros grupos, la organización interna de conductas a través de pautas generales, la persecución de objetivos económicos comunes, la protección frente a cambios o amenazas en el medio o cualquier otro curso de acción relativo al grupo en cuanto tal exige inmediatamente esa división del trabajo. Hasta tal punto que, por encima de ser empíricamente imposible encontrar un

grupo humano mínimamente complejo que no haya operado en su seno tales divisiones, resulta también conceptualmente insuficiente definirlo sin tenerlas en cuenta. Por eso, mi sugerencia es que, para hablar del concepto y fundamento de la representación política, construyamos un modelo de acuerdo con el cual nos representemos al grupo humano como un conjunto de individuos que han realizado una operación interna de división del trabajo para hacer posible su actuación como grupo, en lugar de articular el modelo teórico subyacente en base a la concepción del grupo humano como conjunto desagregado de individuos.

Dejando a un lado la metáfora matemática, lo que propongo es que, cuando nos pongamos a hablar de representación política lo hagamos a partir de un modelo de grupo humano con esas características. Sólo de esta forma podremos eludir con éxito el problema que antes mencionaba de la distorsión argumental que exige pasar de la justificación de la democracia directa a la justificación de la democracia representativa a través de la cláusula de imposibilidad. Mi propuesta también puede verse cómo una afirmación de que ese paso no es necesario si empezamos a construir sobre una base o un modelo no atomista. Ahora bien, semejante propuesta parecería ser una presa fácil ante dos objeciones fundamentales. La primera de ellas aduciría que, aun en el supuesto de que hubiera evidencia empírica al respecto, los modelos teóricos de los que se parte no tienen por qué incorporar abstractamente los rasgos empíricos de la realidad. La segunda, más importante, es que se cometería una clara petición de principio si se tratara de *justificar* la representación política mediante el procedimiento de recurrir a ciertos rasgos empíricos de la realidad para proponer un modelo de grupo humano en el que la «representación» del grupo por subconjuntos pertenecientes a él sea una característica necesaria o conceptual, una característica *definitoria* del grupo humano mismo. Sería un caso obvio de introducción subrepticia de la conclusión en las premisas. Trataré de contestar a ambas. Que hay evidencias históricas y sociales en favor del modelo propuesto parece indudable. Los antropólogos contemporáneos (vid., por ejemplo, Service, 1984, y la bibliografía allí citada) mantienen que incluso la sociedad primitiva «igualitaria» y pequeña, no es que carezca en sentido estricto de esa traslación de actos grupales a individuos seleccionados para llevarlos a cabo, sino que articula, cuando lo exige una necesidad o un propósito del grupo, un mecanismo de liderazgo inestable basado en la competencia y destreza particular de alguno de sus miembros que es el que, en nombre del grupo y en un momento dado, lleva a cabo el trabajo de acción, mediación,

relación exterior o sanción preciso para satisfacer aquella necesidad o cumplir el propósito. Después de ello tal liderazgo contingente desaparece. En un estadio ulterior de complejidad y organización el liderazgo tiende a *institucionalizarse* y constituye un *cargo* normado, como sucede en las llamadas «sociedades de jefatura», que son a su vez el estadio inmediatamente anterior a lo que hoy conocemos como sociedades políticas o Estados. Si esto es así, construir sobre la base de un modelo de grupo humano que ignore esa necesaria diferenciación de roles para las acciones comunes que identifica al grupo resulta metodológicamente sorprendente. Ciertamente los modelos no tienen por qué describir la realidad ni dar cuenta de ella pero si quieren ser instrumentos de análisis y solución de ciertos problemas no pueden ignorar los rasgos básicos del marco empírico en el que se dan esos problemas. Cuando lo hacen así es cuando surgen las cláusulas de imposibilidad, porque no proponen soluciones «ideales» a las que es más o menos difícil ir acercándose; es que proponen directamente soluciones imposibles. Tratar de fundamentar la democracia representativa a partir de «un cierto número de personas» que «se proponen» tomar una decisión desemboca en una solución imposible. Simplemente, el problema de la representación política pertenece a un mundo que no puede ser alcanzado por ese modelo.

Respecto a la segunda objeción, es preciso hacer notar que la presente propuesta no pretende justificar o fundamentar la *necesidad* social de esa diferenciación de roles. Tal cosa se da por supuesta. Se trata más bien de justificar *una forma de satisfacer* dicha necesidad, como es la representación política a través de elecciones libres. Supuesto que, por definición, el grupo humano sea un conjunto en el que, mediante cierto procedimiento, se produce una diferenciación de ciertos roles y una adscripción de tales roles a ciertos individuos, la pregunta es qué fundamento puedan tener los distintos procedimientos que se siguen para llevar a cabo esa operación. Y, en particular, tratándose de roles cuyo contenido es actuar para alcanzar objetivos «políticos» del grupo como un todo, qué fundamento puedan tener los procedimientos para adscribirlos. Porque el procedimiento para llevar a cabo esa adscripción ha sido históricamente muy heterogéneo y variado: Pertenencia a una familia del grupo primogenitura dentro de ella, posesión de riqueza, posesión de habilidades técnicas, condición religiosa, conquista... y elecciones. Y, dentro de las elecciones, por supuesto, una gran diversidad de posibilidades. Por todos estos caminos un grupo social complejo ha podido segregar de sí mismo a ciertos individuos que actúen en su nombre

en la persecución de algunos objetivos del grupo. Y todos esos individuos, por el hecho de actuar en nombre de, o para el interés del grupo, puede decirse en un sentido muy lato que «representan» al grupo. Pero, como es evidente, no lo representan del mismo modo. En la segunda parte de este trabajo trataré de profundizar en esta cuestión.

II

Si las consideraciones anteriores son correctas, nos encontramos con que aun en un modelo muy simplificado de grupo humano, hemos de tener en cuenta el fenómeno de que algún o algunos individuos emiten pautas para los miembros del grupo y desarrollan acciones en nombre del grupo que afectan o pueden afectar a los intereses de dichos miembros. Esos individuos hacen para el grupo cosas tales como tomar decisiones, mediar conflictos, relacionarse con grupos externos, afrontar amenazas del exterior, imponer sanciones, etc... Además, dichos individuos toman usualmente decisiones que llevan consigo la utilización de la fuerza sobre miembros del grupo. El grupo, como hemos visto, se define por las pautas de coordinación que gobiernan las interacciones, y aunque tales pautas sean seguidas generalizadamente, necesitan también de algún tipo de sanciones que las refuercen (Barry, 1979, pág. 173). Administrar esas sanciones suele ser tarea de ese conjunto de individuos. La cuestión es, entonces, cómo establecer un procedimiento razonable para determinar qué individuos van a tener adscritos roles tan importantes y en qué condiciones. Y la respuesta moderna a esa cuestión es la *teoría de la representación*.

Mientras que criterios como la herencia, la propiedad o la pura fuerza parecen decididamente insuficientes y caprichosos para atribuir esos roles, la idea de que los que los portan han de ser «representantes» de los demás miembros, ha acabado por imponerse. Hasta los dictadores más arbitrarios se presentan como la voz del «verdadero» pueblo. Pero la multivocidad de la expresión «representación» es muy intensa y ha sido analizada con gran detenimiento. Siguiendo trabajos ya clásicos (Pitkin, 1967) pueden distinguirse en ella al menos cinco significados diferenciados:

1. Representación como *símbolo*, que se refiere a imágenes, banderas, escudos, instituciones, etc..., como esquemas simbólicos que tratan de remitirnos mediante un complejo proceso intelectual-sensorial

a otras realidades como la nación, el pueblo, el partido, etc...

2. Representación como *reproducción* a escala de la realidad social. Es muy eficaz aquí recurrir a la imagen del «reflejo», de la posibilidad de que la sociedad se vea retratada o reflejada en un órgano como en un espejo o como en una fotocopia reducida. Este es el criterio que se utiliza cuando se critica como *no* representativos a ciertos órganos que carecen de integrantes pertenecientes a cierto sector social, sexo, profesión, *status*, etcétera.

3. Representación como *cuidado de intereses*, como actuación en interés de otros. En toda realidad social se dan grupos, organismos o colectivos que se definen por su dedicación al cuidado de ciertos intereses, incluso que se constituyen para desarrollar ese cuidado, como los sindicatos o los grupos de presión.

4. Representación como *autorización para decidir*, que es, quizá, la extensión de la idea jurídica de poder, apoderamiento, mandato, etc... y de acuerdo con la cual el representante o representantes son investidos mediante un procedimiento con el poder o facultad de tomar decisiones, emitir normas, establecer directrices, etc...

5. Representación como *disposición a responder (responsiveness)*, es decir, como sometimiento periódico de los propios actos ante alguien a quien afectamos con esos actos. Se usa con frecuencia cuando en el lenguaje político se identifica al gobierno representativo como aquel en el que se *responde* periódicamente ante los electores.

De estos cinco significados posibles de «representación», hay dos, el primero y el segundo, que son puramente descriptivos; los otros tres son normativos (Diggs, 1968). En los dos primeros el representante representa porque *es* algo: un símbolo o un reflejo. En los demás, el representante representa porque tiene competencia o *poder* para hacer algo, o porque *debe* hacer algo. Además es preciso hacer notar que de los cinco sentidos posibles de la expresión, sólo en dos de ellos (representación como autorización y representación como disposición a responder) aparece como condición necesaria de la representación la actuación de los «representados». En el primero de ellos facultando al representante para actuar, y en el segundo pidiéndole cuentas. Estas distinciones son fundamentales; sin embargo, en el lenguaje político cotidiano, e incluso en el lenguaje constitucional, suelen ignorarse.

Alguien que sea el «representante-símbolo» de una comunidad, como lo es el Rey del Estado Español (art. 56 Const. Española), puede no ser representativo en el sentido de reflejo, ni

estar autorizado para decidir, ni cuidar de ningún interés en particular, ni responder ante nadie. La función simbólica que llevan adherida algunas personas, instituciones u objetos nos hace decir en el lenguaje político que «representan» al Estado, al pueblo, a la nación, etc... Y esta función cumple sin duda algunas tareas políticas de importancia: identificación y cohesión de los miembros del grupo, integración política, transferencia de frustraciones empíricas, etc... Pero es obvio que no decimos de esos símbolos que son «representativos» del pueblo o de la nación. Nadie pretendería esto.

Más problemático resulta analizar el segundo sentido descriptivo de la expresión aplicado a la política, es decir, aquel según el cual los representantes políticos «representan» en el sentido de que reproducen o reflejan la realidad social. Aquí el equívoco es cotidiano y se acusa incesantemente a órganos de decisión y a instituciones políticas de falta de representatividad porque no incorporan algunos componentes de la realidad social (Mujeres, trabajadores, estudiantes, etc...). Y ciertamente los órganos de decisión política con frecuencia no «reproducen» la realidad en aspectos que todos consideramos relevantes (por ejemplo, raramente los parlamentos tienen más de un 10 por 100 de mujeres o un 5 por 100 de obreros, es decir, raramente son «representativos» en este sentido). La cuestión es, en efecto, si serían más «representativos» si reprodujeran fielmente esa realidad. O, lo que es lo mismo, si la representación política es una representación reflejo de la realidad. La respuesta afirmativa se encuentra inmediatamente frente a algunas serias objeciones. En primer lugar este método de representar políticamente tiene algunas dificultades severas para incorporar la voluntad de los representados. Según él una buena «muestra» estadística, es decir, un órgano de decisión configurado con arreglo a métodos «demoscópicos» sería seguramente más representativo que un órgano integrado por miembros elegidos por los representados. Como se ha propuesto no hace mucho tiempo, un procedimiento de sorteo para elegir los miembros de un Parlamento sería muy deseable por lo representativo que resulta (Burnheim, 1985). Por el contrario, un método que, como las elecciones, dé un peso sustancial a la voluntad de los representados suele arrojar un resultado poco «representativo», es decir, suele producir una «muestra» muy deficiente. La razón de esa incompatibilidad frecuente entre los resultados de la representatividad-reflejo y los de la representatividad-elección es que la primera propone un criterio material para formar los órganos de decisión política, mientras que la segunda propone un criterio procedimental, y la

distinta naturaleza de los criterios es lo que explica la posible heterogeneidad de los resultados. Ello nos pone en una disyuntiva interesante, porque subrayando este sentido de «representatividad» podemos acabar por postergar la voluntad del «demos» para representar «fielmente» al «demos». No otra cosa significaría el introducir criterios paraprocedimentales de representatividad en la decisión colectiva. Pero cuando la voluntad de los representados tiende a pasar a un segundo plano nos estamos deslizando hacia algún tipo de lo que se ha llamado «representación virtual»: Una suerte de fenómeno misterioso, místico, hace al representante incorporar los deseos, intereses y preferencias de los representados aun en ausencia de pronunciamiento por parte de éstos.

La segunda objeción es que la representatividad-reflejo no puede resolver fácilmente el problema de identificar los criterios que señalan qué es lo que hay que reflejar en el órgano representativo de la realidad social. Cualquier rasgo de los que definan a un sector del «demos» sería un candidato posible, y la pretensión de incluirlos todos abocaría a una repetición (y no una representación) de la realidad. Pensemos en el sexo, el *status* social, la profesión, las convicciones religiosas, las características físicas, etc... La diferenciación entre rasgos relevantes y rasgos irrelevantes suele llevar consigo enojosos problemas de justificación.

La propuesta de integrar los órganos decisorios *proporcionalmente*, es decir, en función de la proporción de votos que cada opción ha obtenido en las elecciones puede ser vista como una muestra de la influencia que esta teoría de la representación ha ido adquiriendo, pero también admite otras interpretaciones. En todo caso lo que parece evidente es que no resulta del todo satisfactoria porque también los parlamentos proporcionalmente formados son objeto de crítica por poco «representativos». Además, no hace sino desplazar el problema a un estadio ulterior, pues si esta propuesta se llevara a sus últimas consecuencias, entonces todos los gobiernos nombrados por esos parlamentos tendrían que ser gobiernos de coalición para ser «realmente» representativos de la proporción de asientos de cada fuerza. De todas formas, la opción por la representación proporcional sigue girando en torno a la decisión de los electores y no a la presencia de sus rasgos en el resultado.

La tercera acepción de la expresión «representación» se refiere a la actuación en interés de otros, al cuidado de los intereses del representado. Según ella serían representantes aquellos cuya actuación pudiera ser interpretada como defensa o protección de los intereses de otro. Y la representación política como un actuar con una particular sensibilidad hacia los intereses de los representados,

que se manifiesta en una conducta compleja que busca una cierta congruencia entre las preferencias de los electores y las decisiones de los representantes, que facilita una serie de servicios y mejoras a individuos o grupos pertenecientes al distrito electoral, que distribuye en él alguna porción del presupuesto público, que, en fin, establece con el distrito unas relaciones simbólicas de complicidad y confianza que fomentan el apoyo al representante. Esta relación tan compleja e indeterminada es la que da contenido a ese actuar «en interés de...» que, según algunos teóricos, es la representación política (Eulau H. y Karps P., 1977).

Este punto de vista tampoco carece de dificultades. Dejando a un lado la vieja «representación de intereses» que no es sino un supuesto de la posición anterior, el problema de la relación representante-representado subsiste en él, porque en efecto, puede concebirse en el ámbito de la política un «actuar en interés de...» que haga caso omiso de la voluntad de los representados. En el ámbito del derecho privado eso es admisible, porque la institución de la representación funciona con frecuencia respecto de menores o de incapaces (Díez Picazo, 1979), pero en el ámbito de la política no parece que tenga justificación alguna el definir la representación sin prever un lugar destacado en la misma para las preferencias expresadas de los representados. Puede de hecho haber ciertas decisiones políticas (las llamadas decisiones políticas paternalistas) en las que el interés del destinatario sea más relevante que su voluntad, pero definir la representación política en esos términos parece inadecuado. Además en el ámbito de la política nos salen al paso a veces personas, organizaciones y colectivos (los *lobbyists*, grupos de presión, sindicatos, etc...) cuya función arquetípica es precisamente la de «actuar en interés de...» alguien y que, sin embargo, no consideramos representantes *políticos* de ese alguien, sino precisamente agentes que se mueven al margen, o en los aledaños de la representación política.

Más grave es, sin duda, una consecuencia implícita en este punto de vista con relación a la concepción de la democracia representativa que de él se deriva. Si la representación política no es más que un mecanismo mediante el cual se concentran en un órgano de decisión los intereses de los distintos segmentos sociales a través de unos voceros cuya función consiste en cuidar de cada uno de esos intereses, entonces la democracia aparece directamente como un proceso de negociación incesante de intereses a la búsqueda de una solución de compromiso, y el corporatismo no sería sino una extensión de la democracia. Es lo que

se ha llamado la democracia «consociacional». Sin pretender entrar en un tema de tal envergadura, diré tan sólo que, desde el punto de vista de la justificación de la democracia, esa perspectiva desemboca en un callejón sin salida.

Desde otro ángulo surge una nueva dificultad que en mi opinión subyace a la secular controversia entre mandato imperativo e independencia del representante (Pitkin, 1967). Me refiero a la noción de «interés general», que en una concepción de la democracia como negociación de intereses particulares encuentra difícil acomodo y que conduce necesariamente a imposibilitar la noción de independencia del representante político y a fortalecer la teoría del mandato imperativo. Porque, en efecto, no se puede ver muy claramente por qué el representante político, si lo es de un segmento de intereses que llevan consigo una determinada fuerza, debe abandonar, aunque sólo sea parcialmente, su defensa en aras de algunas de las pautas generales de carácter prudencial o moral que presumiblemente informan la idea de interés general (Bardach, 1981). Si su función es cuidar de ciertos intereses, entonces está sujeto a ellos, y cuando, independientemente, los defrauda en todo o en parte apelando a criterios éticos, ha dejado de cumplir su función. Lo que significa que, desde este punto de vista, la justificación moral de la institución de la representación política es, en el mejor de los casos, contingente y relativa al tipo de intereses que se cuidan.

Estos y otros argumentos invitan a no aceptar la teoría de la representación política como cuidado de intereses, por mucho que sea quizás la teoría dominante. La necesidad de incluir en la idea política de representación la presencia decisoria de los representados se pone de manifiesto incluso en el seno de esa misma teoría cuando Mill propone que se asuma como evidente que cada uno es el más competente para saber cuáles son sus intereses y, por tanto, para decidir sobre ellos. Entonces, al margen de la solidez de esta aseveración, nos encontramos que lo que cuenta en realidad no es el interés de cada uno, sino su decisión al respecto, ya que no podemos entrar a dilucidar si su decisión es o no es acorde con su interés por pura incompetencia. Lo importante, pues, no es quién cuida de mis intereses, sino quién decido yo que lo haga y ello nos sitúa en las dos últimas teorías de la representación política, la teoría de la autorización y la teoría del sometimiento periódico al voto de los representados.

La teoría de la autorización gira, en efecto, en torno a los representados, porque mantiene que los representantes políticos son *designados* o *nombrados*, es decir, son creados a través de las elecciones. El representante político es cualificado como tal

para realizar actos y tomar decisiones mediante la *autorización* electoral. El problema de esta posición es determinar en qué consisten esos presuntos actos de autorización, designación o nombramiento, y surge básicamente por la existencia de una cierta inclinación tácita, poco crítica, a aplicar a la idea de representación un modelo de corte jurídico-contractual. La suposición usual es que, mediante su voto, que es una especie de acto de voluntad negocial, los electores *apoderan* a los agentes políticos para que tomen decisiones normativas. En virtud de un acto de *consentimiento* como es el voto, los representantes están facultados para *vincular* con sus decisiones a los electores. Este planteamiento ha sido sometido a una severa crítica. En primer lugar se ha cuestionado su pretensión justificatoria (Pateman, 1985). Se afirma en esta línea que el modelo de la «promesa», el «consentimiento» o el «contrato» no sirve para justificar las acciones de los representantes ni sus decisiones porque no puede ser aplicado al hecho de votar. Votar no es prometer nada, ni consentir nada, ni contratar nada, y si la fuente o el fundamento de las obligaciones es la promesa o el consentimiento, entonces el hecho de votar no fundamenta obligaciones de tipo alguno y, en particular, votar no hace vinculantes las decisiones del representante político. Por otra parte, se ha criticado este enfoque por su vaciedad, por ser puramente formal, arguyendo que el acto consensual de autorizar nada nos dice sobre la actividad cotidiana del representante, sobre la naturaleza de la actuación que lleva a cabo, que es, a fin de cuentas, lo que da contenido y sentido a la cualidad de *ser* representante (Pitkin, 1967).

La primera de esas críticas, realizada en el marco de un análisis de la obligación política, se refiere sobre todo a la fundamentación de la vinculatoriedad de las normas emitidas por los representantes, o, por decirlo más concisamente, al fundamento de la presunta obligación de obedecer el derecho en ciertos supuestos, que es un tema diferente del que nos ocupa ahora. La crítica, en todo caso, podría eludirse con cierta facilidad si evitamos identificar los actos de los representados o votantes como actos de voluntad negocial, promesas o consentimientos expresos o tácitos a las normas. Por otra parte, como es bien sabido, la cuestión de quién emite legítimamente normas (es decir, la cuestión de quién gobierna) y la cuestión del fundamento de la vinculatoriedad de las normas (que puede presentarse como una versión de la cuestión de cómo se gobierna) son perfectamente diferenciables. Responder a esta segunda cuestión no supone necesariamente entrar en la primera que es, en rigor, la que atañe al concepto y justificación de la representación política.

La segunda crítica, ampliamente compartida hoy, vuelve a plantear el problema de la procedimentalidad y la materialidad de los criterios de identificación y fundamentación de la representación política. Si *ser* representante político consiste en realizar una cierta actividad de una cierta naturaleza, entonces cualquiera que realice dicha actividad *es* representante político material al margen de si se encuentra procedimentalmente nominado para hacerlo. En sentido inverso un agente designado de acuerdo con las reglas del procedimiento que no realizara la mencionada actividad no sería, en rigor, representante político. Por tanto, el procedimiento, como mecanismo puramente formal no puede constituirse en elemento definitorio de la institución. El error de este acercamiento crítico, que supone en definitiva el desahucio de las elecciones del espacio de la representación política, es doble. Por un lado, una visión de la idea de «procedimiento» (o, en sus propios términos, «autorización», «designación», etc...) como un artilugio mecánico de carácter puramente formal carente en absoluto de virtud. El sorteo podría ser un ejemplo de dicha visión. A cualquiera le puede caer en suerte ser representante sin que tal cosa tenga, efectivamente, ningún significado moral. Por otro lado, la suposición infundada de que un mecanismo procedimental sólo puede arrojar un resultado «formal» y nunca «material».

Al primer error se le puede contestar que, si es cierto que algunos tipos de procedimientos encaminados a la satisfacción de cierta necesidad social pueden ser neutros, como el sorteo, o incluso rechazables por arbitrarios (ordalías, etc...), hay otros que, en cambio, incorporan algunos rasgos procedimentales cuya naturaleza racional o moral queda fuera de toda duda. Y, por lo que respecta a la representación política, si la designación de representantes se realiza mediante un procedimiento que incorpora rasgos como la igual consideración de los afectados (Still, 1981), la libertad de acción y decisión, un amplio intercambio de opiniones y el principio mayoritario, es difícil decir que ese procedimiento tiene *el mismo* significado «formal» que una designación caprichosa emanada del más fuerte o basada en el color de las vísceras de una cabra. Dudo mucho que, incluso conceptualmente, no consideremos *más* representantes políticos a los primeros que a los segundos, al margen de que el método de designación nos diga o no nos diga nada sobre la «actividad» que van a realizar.

El segundo error de ese punto de vista estriba en suponer que un rasgo procedimental no puede producir un resultado «material», o, en el presente caso, que el procedimiento formal de designación

de representantes no tiene relación alguna con la «actividad» de los representantes. Esto nos lleva a la última de las acepciones de representación política mencionadas: aquella que subraya la disposición a rendir cuentas de los representantes como rasgo definitorio de la institución. En realidad, la teoría que trata de circunscribir la idea de representación a una actividad consistente en la disposición, sensibilidad y cuidado hacia los problemas de los representados no nos dice nada acerca de cómo puede insuflarse semejante actitud en los agentes políticos. El rasgo procedimental de rendir cuentas periódicamente a través del sometimiento al voto de los representados, a pesar de su mero carácter formal, es decisivo a estos efectos. La teoría de la «desautorización», como reverso de la teoría de la «autorización», completa la visión procedimental de la representación política de un modo que al mismo tiempo es eficaz para producir una actuación material determinada en los representantes. De hecho, este sometimiento periódico al voto, esta decisión periódica de los electores sobre la gestión ha sido uno de los componentes teóricos más interesantes de la concepción económica de la democracia (Downs, 1975) precisamente porque subrayaba la conexión funcional entre un rasgo formal del procedimiento y un resultado material. La periodicidad en la rendición de cuentas tiende a presionar al agente político para que actúe de forma que su cliente potencial, con su moneda de pago, es decir, con su voto, no «se vaya a la competencia», y eso es equivalente a suponer que con su actividad tratará de ser sensible y perceptivo hacia los problemas de sus representados. Si esto es así, entonces, la característica de responder periódicamente ante los electores tiene que ser un rasgo básico de la teoría de la representación. De hecho, como antes he sugerido, no es más que el envés de su otra cara: la designación de los representantes mediante un procedimiento decisorio en que participen los representados. Ambas cosas configuran a la representación política como una institución compleja de naturaleza esencialmente procedimental, y no, como se ha pretendido, como una institución que deba definirse primariamente por sus rasgos materiales.

III

Para terminar quisiera arriesgar una propuesta normativa sobre la justificación de la representación política democrática de un modo lo suficientemente directo y provocativo como para que pueda suscitar la discusión. Es obvio que las aseveraciones que

van a continuación necesitarían precisiones, matices y complementaciones muy relevantes. Es igualmente obvio que demandan un amplio y profundo desarrollo. Pero como línea argumental y de orientación creo puede ser útil ponerla a discusión. Estas son sus afirmaciones:

a) El grupo social humano se define por la existencia en su interior de pautas y reglas estables de interacción y coordinación que necesitan de algún tipo de sanciones que las refuercen.

b) Como tales reglas no parecen estar dadas de antemano, ni inscritas en el código genético de la especie, es *necesaria* la existencia de *decisiones* sobre su creación, aplicación y modificación, y, por tanto, de un *procedimiento* para tomar esas decisiones.

c) El grupo social humano satisface sus necesidades y desarrolla sus acciones mediante mecanismos de división del trabajo social de acuerdo con los que se atribuyen a algún individuo o grupo de individuos miembros los roles sociales precisos para satisfacer las correspondientes necesidades y desarrollar tales acciones.

d) La institución de la representación política es un mecanismo de este tipo, cuya tarea específica es satisfacer la necesidad social de designar al individuo o individuos que emitan las decisiones sobre la creación, aplicación y modificación de las reglas y pautas mencionadas en a).

e) Una institución social se justifica moralmente si cumple con los siguientes requisitos máximos: 1) Reconoce a todos los afectados igualmente como «agentes morales». 2) Atribuye a cada uno el máximo grado de libertad compatible con una igual libertad para los demás. 3) Trata a todos por igual.

f) Una institución representativa es *justa* si: 1) Se basa en el sufragio universal y reconoce a todos y cada uno capacidad como agentes en el proceso de decisión electoral. 2) Articula un sistema normativo de libertades de expresión, voto, propuesta, etc... lo más amplio posible. 3) Produce una discusión libre y equitativa de las opciones. 4) Concede el mismo valor decisorio a cada voto, es decir, se rige por el criterio de la mayoría. 5) Se reproduce con una periodicidad razonable.

g) Una institución representativa *justa* es la forma más congruente de satisfacer la necesidad social mencionada en d).

h) Los miembros de una sociedad o grupo social humano tienen un deber moral «prima facie» de participar en el funcionamiento de una institución representativa justa.

i) Los individuos elegidos a través del funcionamiento de

una institución representativa justa son agentes políticos con poder legítimo para tomar las decisiones normativas mencionadas en a).

j) Las reglas y pautas sociales emanadas de los representantes políticos designados mediante un mecanismo que cumpla los requisitos mencionados en f) están dotadas de una justificación ética inicial, en el sentido de que, si no entran en conflicto con exigencias morales más fuertes, tienen una pretensión fundada de obligar y justifican, en su caso, la imposición de sanciones.

k) Quien se opone a tales normas alegando razones morales ha de soportar la carga de la prueba.

BIBLIOGRAFÍA

- Barry, Brian, «Is Democracy Special?», en *Philosophy, Politics and Society*, Fifth Series, Oxford, 1979.
- Bardach, «On Representing the Public Interest», en *Ethics*, 1981.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, «Democrazia e Rappresentanza», *Quaderni Costituzionali*, anno, V, núm. 2, agosto, 1985.
- Burnheim, J., *Is Democracy Possible?*, Oxford. Polity Press, 1985.
- Dahl, Robert, «Procedural Democracy», en *Philosophy, Politics and Society*, Fifth Series, Oxford, 1979.
- Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, 1966.
- Díez Picazo, Luis, *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979.
- Diggs, *Practical Representation*, Nomos X, *Representation*, New York, 1968.
- Downs, Anthony, *Teoría económica de la democracia*, Madrid, Aguilar, 1973 (ed. orig. 1971).
- Ethics*, vol. 91, núm. 3, April, 1981.
- Eulau, H., y Karpis, Paul, «The Puzzle of Representation: Specifying Components of Responsiveness», en *Legislative Studies Quarterly*, 2 (1977), recogido en Fisichella, 1983.
- Farrell, Martín D., *La democracia liberal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988.
- Fisichella, Domenico (a cura de), *La Rappresentanza Politica*, Milano, 1983.
- Heller, Herman, *Teoría del Estado* (12.^a reimpresión, 1987), F.C.E.
- Honoré, Antony, *What is a Group?*, ARSP, vol. 1975 LXI/2.
- Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, Madrid, 1977.
- Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, XI, 6.
- Mill, John S., *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, Ed. Tecnos., Madrid, 1965 (ed. orig. 1861).
- Nino, Carlos S., «Liberalismo versus Comunitarismo», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1988, núm. 1.
- Nomos X., *Representation*, New York, 1968.
- Pateman, Carole, *The Problem of Political Obligation*, Oxford, 1985.

- Pitkin, Hanna, *El concepto de representación*, Madrid, C.E.C., 1985 (ed. orig., 1967).
Service, Elman R., *Los orígenes del Estado y la civilización*, Alianza Ed., Madrid, 1984.
Singer, *Democracia y desobediencia*, Ariel, Barcelona, 1985.
Still, «Political Equality and Election Systems», *Ethics*, 1981.

REPRESENTACIÓN Y DEMOCRACIA

Deseo referirme al problema de la justificación ética de la representación parlamentaria en la sociedad democrática moderna. Se trata, pues, de la legitimidad de una institución surgida en un momento dado de la historia europea como recurso técnico para asegurar la vigencia de los derechos y libertades de una determinada clase social: la burguesía. Como esta vinculación genética entre institución y clase social ha solido servir de base para decretar el carácter anacrónico de aquélla una vez que desaparecieron las condiciones político-sociales que le dieron origen, conviene hacer una breve referencia a los argumentos que se esgrimieron en su hora a su favor y que luego fueron tomados también en cuenta para criticar el Parlamentarismo democrático. Edmund Burke y Carl Schmitt pueden ser aquí buenas guías (I). Me interesa, segundo, exponer algunos puntos centrales del fundamento democrático del parlamentarismo. Para ello recurriré a dos estudios ya clásicos de Hans Kelsen (II). Por último, la confrontación de estas dos posiciones pienso que puede permitir sacar algunas conclusiones acerca de la justificación y los límites ético-políticos de la representación parlamentaria democrática (III).

I

Edmund Burke es, quizás, uno de los teóricos de la representación parlamentaria que con mayor claridad ha expuesto la vinculación entre parlamento y burguesía, atribuyéndole a esta última, en virtud de su cultura y su *status* económico, condiciones óptimas para asumir la representación general de la nación. Como es sabido, según Burke, la tarea del representante consiste no sólo en adoptar resoluciones legislativas técnicamente adecuadas, sino también éticamente correctas. Esta corrección ética presupone la existencia de verdades ético-políticas y de criterios

que permitan verificar o falsear los enunciados que pretenden formularlas.

Precisamente porque existen respuestas moralmente correctas a los problemas políticos, existe una obligación moral de descubrirlas. El gobierno no es primordialmente un asunto de la voluntad, sino de la razón y la sabiduría. Y el parlamento es el foro donde, a través de la discusión pública, de la deliberación racional, es posible descubrir la verdad. Esta coincide con el interés nacional que, cuando es satisfecho, aprovecha también a cada miembro de la comunidad. A diferencia de Mill, Burke no consideraba que cada cual es el mejor juez de sus propios intereses; no existe, por tanto, una relación necesaria entre lo que la gente desea y la satisfacción de sus propios intereses. En consecuencia, no tiene sentido consultar al representado acerca de lo que debe hacerse en el parlamento, ya que sólo el representante está presente en las sesiones del parlamento, es decir, participa en la búsqueda de la verdad; por ello podía decir Burke:

«¿Qué clase de razón es esa en la que la determinación precede a la discusión, en la que un conjunto de hombres delibera y otro decide, y donde los que toman las decisiones están quizás a trescientas millas de distancia de aquellos que escuchan los argumentos?» (1949, 115).

Si el gobernar es un ejercicio de la razón y no de la voluntad, la voluntad del pueblo no puede tener un *status* especial. El pueblo debe conceder a los representantes la mayor libertad para que actúen como juzguen conveniente. El representante que sacrifica su juicio a la opinión de los electores «les traiciona en lugar de servirles» (*ibidem*). En su famoso discurso a los electores de Bristol, Burke había dicho:

«El parlamento no es un congreso de embajadores con intereses hostiles y diferentes, que cada uno debe sustentar como un agente y un abogado frente a otros agentes y abogados, sino que el parlamento es la asamblea deliberadora de una nación con un interés, el de la totalidad, donde los prejuicios locales no deberían servir de guía, sino el bien general resultante de la razón general de la totalidad.» (1949, 116).

La discrepancia entre interés y voluntad está relacionada con otra distinción burkeana: la que existe entre interés y opinión. El interés objetivo de un distrito electoral es distinto de las opiniones de alguno o incluso de todos los ciudadanos de un distrito. La opinión tiende a ser precipitada, vehemente, llena de

prejuicios, sujeta a grandes y efímeras fluctuaciones. La opinión es subjetiva y contiene, por ello, una buena dosis de irracionalidad. El interés, en cambio, es objetivo y racionalmente fundamentable en la deliberación parlamentaria. El pueblo se encuentra en una situación desventajosa para descubrir su propio interés porque no puede participar en las reuniones parlamentarias. Sólo el transcurso del tiempo puede traer consigo una coincidencia entre las resoluciones parlamentarias y la opinión. El parlamento «imita en la esfera del gobierno el carácter natural de la sociedad como un todo» (1949, 348) y por medio de una deliberación racional y de un juicio prudente, alcanza conclusiones a las que la sociedad sólo podría llegar de un modo indirecto y más lentamente. Por ello Burke podía decir:

«Verdaderamente aspiro a estar atento a vuestras opiniones, pero lo haré con respecto a las opiniones que vosotros y yo debemos tener a lo largo de los próximos cinco años. No estaré pendiente del destello de un día.» (Citado según *James Hogan*, 1945, 189.)

Esta coincidencia entre el resultado de la decisión racional parlamentaria y las opiniones a largo plazo del pueblo se manifiesta en los sentimientos de aprobación de la colectividad con respecto a las decisiones parlamentarias. La gente rara vez se equivoca con relación a sus sentimientos. Sólo cuando intenta especular sobre la base de lo que siente se extravía en la opinión:

«Las criaturas más pobres, iletradas e ignorantes de la tierra son los jueces de una opresión práctica. Es una cuestión de pareceres y como tales personas casi siempre han sentido casi todo eso, y no son de una sensibilidad excesivamente viva, son los mejores jueces para una tal cosa. Pero en lo concerniente a la causa real o al remedio apropiado, nunca deberían ser llamadas para que dieran consejo ni sobre lo uno ni sobre lo otro.» (1949, 492 y sig.)

Los pareceres, a diferencia del hecho científico o del interés, son esencialmente personales y la única autoridad fiable acerca de lo que uno siente es uno mismo. De allí que sea importante para la actividad gubernamental que la gente transmita con la mayor precisión posible sus sentimientos:

«El pueblo es el señor. Sólo debe expresar sus necesidades en general y en bruto. Nosotros somos los artistas expertos; somos los trabajadores hábiles para configurar sus deseos en la forma perfecta y adaptar el utensilio al uso... Ellos son los pacientes que cuentan los síntomas del mal; pero nosotros conocemos el lugar exacto donde

se sitúa la enfermedad y cómo aplicar el remedio.» (Citado según *Ernest Barker*, 1951, 201.)

La transmisión de estos síntomas se realiza a través de las elecciones, que sirven así como correctivo de posibles desviaciones de los parlamentarios en su calidad de definidores del interés nacional.

La concepción elitista de la representación parlamentaria de Burke se apoyaba en un dato fáctico: la homogeneidad del cuerpo electoral, y en un supuesto gnoseológico: la existencia de verdades políticas descubribles a través del ejercicio de la razón en la deliberación parlamentaria. El criterio de la verdad política es su coincidencia con el interés nacional, corroborado o falseado a través de la expresión de los sentimientos del pueblo en las elecciones.

A finales del segundo decenio del siglo XX, Carl Schmitt, recogiendo en parte la interpretación burkeana y sugerencias de Donoso Cortés acerca de la crisis de la clase burguesa, formuló una de las críticas más duras que se conocen contra el sistema parlamentario. Conviene recordar algunos de sus argumentos centrales.

También Schmitt aceptaba la posibilidad de conocer la verdad política a través de la discusión:

«...de la libre lucha de las opiniones surge la verdad» (1926, 46).

Pero el parlamento había dejado de ser el foro donde podía formarse «una voluntad estatal, por encima de los egoísmos de los partidos» (1931, 88). Lejos de ser «el escenario de una negociación libre, unitaria, de libres representantes del pueblo, de transformadores de los intereses partidistas en una voluntad suprapartidista (se ha convertido) en un escenario de la división pluralista de los poderes sociales organizados» (1931, 89).

El fracaso del parlamentarismo se debía a

«las inestables y cambiantes de caso en caso mayorías parlamentarias de los numerosos y en todo respecto heterogéneos partidos políticos... la mayoría es siempre una mayoría de coalición y, de acuerdo con los diferentes ámbitos de la lucha política -política exterior, económica, social y cultural- totalmente cambiante» (1931, 88).

En esta situación, la discusión racional habría sido sustituida por la negociación y el compromiso:

«...lo que importa no es encontrar lo racionalmente correcto, sino calcular los intereses y las *chances* de ganar e imponerlos y hacer valer, dentro de lo posible, el propio interés» (1926, 10).

«Las grandes decisiones políticas y económicas, de las que en la actualidad dependen el destino de los hombres, ya no son el resultado de un equilibrio de opiniones a través del discurso y sus réplicas públicas y tampoco el resultado de debates parlamentarios.» (*Ibidem*, 62.)

Las decisiones propiamente dichas son tomadas en las comisiones parlamentarias y allí donde se lleva a cabo la evaluación de los intereses de las agrupaciones con poder político y económico.

«De esta manera, el privilegio de la libertad de discurso pierde su presupuesto.» (1928, 319.)

Lo que vale para la discusión, vale también para la publicidad. La costumbre de trabajar en comisiones cada vez más reducidas tiende a reducir también en creciente medida las funciones del plenario parlamentario:

«Los reducidos comités en los cuales se toman las resoluciones ni siquiera son comisiones del parlamento, sino reuniones de dirigentes de los partidos, conversaciones con los mandatarios de los partidos, de las asociaciones de intereses, etc.» (1928, 319.)

Si, de acuerdo con la concepción liberal originaria, el parlamento era el lugar de la integración política a través de representantes independientes, éstos se habían convertido ahora en simples delegados, en los «embajadores» que criticara Burke. Según Schmitt, lo que primaba en Weimar eran las asociaciones y los partidos rígidamente organizados, con una influyente burocracia, que dependía en su totalidad de intereses contrapuestos. Al desgarramiento pluralista del parlamento se sumaba el fenómeno de la policracia, es decir, la existencia simultánea y confusa de diversos centros autónomos de la vida económica. El sistema policrático, fruto también de la sociedad de masas, carecía, según Schmitt, de una conducción única y de toda coordinación.

La democracia de la sociedad de masas no podía, pues, canalizar la persecución de sus intereses a través de la representación parlamentaria, sino que debía buscar su identidad eliminando las causas de la heterogénea pluralidad. La solución propuesta por Schmitt es de sobra conocida y no he de considerarla aquí. Deseo, en cambio, subrayar tres puntos de la posición Burke-Schmitt:

1) la afirmación de la existencia de verdades ético-políticas; 2) la convicción de la necesidad de contar con una sociedad homogénea para que pueda funcionar la representación parlamentaria; 3) la relación entre discusión y negociación desde la perspectiva de la satisfacción de los «verdaderos» intereses de las personas.

II

Si el hilo conductor de la posición Burke-Schmitt era la búsqueda de la verdad política, en Kelsen lo será la afirmación de la libertad individual, es decir, de su autonomía, vinculada con la igualdad esencial de todos los hombres. Justamente la síntesis de estos dos principios es lo que, según Kelsen, caracteriza la democracia. Siguiendo la concepción kantiana, Kelsen considera que la libertad natural de seres iguales es sólo posible si es sustituida por la libertad política; es decir, sólo podemos ser libres si aceptamos el dominio del Estado. Pero, políticamente libre es sólo quien, no obstante ser súbdito del Estado, obedece a su propia voluntad y no a una extraña. Esta absoluta coincidencia de voluntades con respecto a las disposiciones del Estado puede, sin embargo, darse únicamente en la situación hipotética de la fundación del orden político a través del contrato originario. En la realidad de la vida política, el principio de la unanimidad tiene que ser reemplazado por el de la mayoría, en tanto ella significa la mayor aproximación posible a la idea de la libertad.

«Sólo la idea de que -si no todos- al menos el mayor número posible de personas es libre, es decir, que el menor número posible ha de caer en contradicción entre su voluntad y la voluntad general del orden social, permite inferir racionalmente el principio de la mayoría.» (1929, 9 y sig.)

Que la adopción de decisiones de acuerdo con el principio de la mayoría significa una restricción de la libertad de quienes integran la minoría es obvio. Pero que la viabilidad de las democracias en las sociedades con un número apreciablemente grande de miembros tiene que aceptar este tipo de restricciones es también un hecho cierto. En efecto, al no ser posible la democracia directa es necesario recurrir a un sistema de representantes, es decir, a un sistema parlamentario cuya función primordial, según Kelsen, es:

«La formación de la voluntad estatal a través de un órgano colectivo elegido por el pueblo sobre la base del derecho de sufragio

universal e igual, es decir, democráticamente, y que decide de acuerdo con el principio de la mayoría.» (1929, 28.)

El parlamentarismo constituye un compromiso entre la exigencia democrática de libertad y la división del trabajo impuesto por las modernas sociedades nacionales (1925, 7). Justamente también debido a la complejidad de las sociedades contemporáneas, el «pueblo», en tanto tal, no está en condiciones de practicar la democracia directa y por ello debe limitarse a la creación del órgano que forme la voluntad estatal. Pero, por otra parte, como se desea conservar la apariencia de que en el parlamento se expresa inquebrantablemente la idea de la libertad, se recurre a la ficción de la representación, a la idea de que el parlamento es tan sólo un representante del pueblo y que en el parlamento el pueblo puede expresar su voluntad, a pesar de que en todas las constituciones liberales se acepta el principio del mandato libre del representante, es decir, su no sujeción a instrucciones por parte de los representados. Esta independencia del representante con respecto a los representados es lo que distingue al parlamento moderno de las antiguas representaciones estamentales en donde existía el sistema del mandato imperativo. La representación es, pues, una ficción que pretende legitimar el parlamentarismo desde el punto de vista de la soberanía popular. Este carácter ficticio de la idea de la representación no pasó al primer plano de la conciencia política mientras la democracia estuvo en lucha contra la autocracia y el parlamento no había logrado imponerse totalmente frente al monarca y los estamentos. Pero, una vez que se consumió este triunfo, lo que se puso en tela de juicio fue justamente la viabilidad de esta ficción. Se argumentó entonces que la voluntad que se forma en el parlamento no es la voluntad del pueblo.

Según Kelsen, este argumento es correcto sólo si se intenta justificar la esencia del parlamentarismo a partir de la idea de la libertad y no como un compromiso entre ésta y la división del trabajo.

El eje de este compromiso es el principio de la mayoría vinculado con la protección de la minoría. Conceptualmente, es decir lógicamente, el principio de la mayoría presupone «el derecho de existencia de una minoría» (1925, 31; 1929, 53). Su protección es la función esencial de la declaración de derechos fundamentales o humanos que contienen las modernas constituciones democrático-liberales:

«El catálogo de los derechos y libertades básicos se convierte, a partir de la protección del individuo frente al Estado, en la protección

de la minoría... frente a la mayoría absoluta. Esto significa que medidas que afectan ciertas esferas de intereses nacionales, religiosos, económicos o en general espirituales, son sólo posibles con el acuerdo entre la mayoría y la minoría.» (1929, 54.)

Además:

«Lo que importa es que de la tendencia a formar una mayoría... surge el efecto de que finalmente dos grupos se enfrentan en lo esencial y ambos luchan por el poder... La fuerza de la integración social es lo que caracteriza primordialmente al principio de la mayoría desde el punto de vista sociológico.» (1925, 31, y 1929, 56.)

Si para Carl Schmitt una de las causas de la crisis del parlamentarismo era la sustitución de la discusión por el compromiso negociado, para Kelsen es justamente la obtención del compromiso un aspecto esencial de la democracia parlamentaria:

«Una ligera mirada a la práctica parlamentaria muestra que el principio de la mayoría, justamente dentro del sistema parlamentario, se afianza como un principio del compromiso.» (1925, 31 y sig.)

Y

«...compromiso significa dejar de lado aquello que separa en aras de aquello que une. Todo canje, todo contrato, es un compromiso, pues contrato (“Vertrag”) significa tolerarse (“sich vertragen”).» (1925, 31; 1929, 57.)

La idea de la tolerancia kelseniana se basa en un relativismo axiológico que rechaza la posibilidad de conocer verdades ético-políticas absolutas. La objetividad de los valores es rechazada; compete a cada cual fijar subjetivamente la escala de sus valores. Entre quienes sustentan concepciones subjetivas de los valores, sólo el compromiso tolerante permite una convivencia organizada que no sacrifique totalmente la autonomía de las personas. Es esta actitud de tolerancia basada en un relativismo axiológico lo que permite justificar la democracia:

«Partiendo de la imposibilidad de conocer la verdad absoluta o el valor absoluto y, por tanto, de la incapacidad de pretender para alguna concepción la validez exclusiva, que excluya a todas las demás, por así decirlo, dictatorial, sino siempre dispuesto a considerar al menos como posible la concepción opuesta, el relativismo filosófico impulsa a aquel método dialéctico que tiene que permitir el desarrollo de la opinión y de la contraopinión...
¿No es éste, en el

fondo el mismo método que el del parlamentarismo democrático con su reconocimiento de los derechos de la minoría y su procedimiento contradictorio, dirigido a la obtención de un compromiso?» (1925, 40 y sig.)

Todo el procedimiento parlamentario está orientado a la búsqueda de una línea entre las concepciones opuestas de la mayoría y la minoría:

«(El procedimiento parlamentario) crea las garantías para que los diferentes intereses de los grupos representados en el parlamento puedan hacer oír su voz, puedan manifestarse en tanto tales en un proceso público. Y si el procedimiento específicamente dialéctico-contradictorio del parlamento tiene algún sentido profundo, éste puede ser tan sólo el que de la contraposición de tesis y antítesis de los intereses políticos pueda producirse alguna síntesis. Pero ésta no puede significar, como suele suponerse falsamente confundiendo la realidad con la ideología del parlamentarismo, una verdad absoluta, “superior”, un valor absoluto que se encuentre por encima de los intereses de los grupos, sino un compromiso.» (1929, 58.)

La idea del compromiso refuerza también la concepción kelseniana del principio de la mayoría, que no debe ser identificado con el dominio de la mayoría, tal como la que podrían sustentar las concepciones que propician la dominación absoluta de una clase social integrada por la mayoría de la sociedad.

Desde luego, si la aplicación del principio de la mayoría presupone una cierta base de entendimiento entre mayoría y minoría, ello requiere también un reducido grado de heterogeneidad social. En Kelsen, la garantía de la homogeneidad social está dada por la comunidad cultural y lingüística. Es interesante señalar al respecto que estos dos elementos eran también en la concepción kantiana los fundamentos insustituibles de las unidades nacionales como agentes del sistema internacional. Las diferencias económico-sociales señaladas por el marxismo como grave impedimento para una democracia representativa son desplazadas por Kelsen a segundo plano. Aun en una situación tal, la democracia sigue siendo para Kelsen la única vía posible para superar el peligro de la dictadura:

«Si, como justamente lo subraya la crítica marxista a la llamada democracia burguesa, lo que importa es la relación real de poder, entonces la forma de Estado democrático-parlamentaria, con su doble agrupación esencial de acuerdo con el principio mayoría-minoría, es la “verdadera” expresión de la sociedad actual dividida en dos clases. Y si existe una forma que ofrece una posibilidad de no impulsar

esta fuerte oposición, que uno puede lamentar pero no negar, a la catástrofe a través de la vía sangrienta y revolucionaria, sino de equilibrarla pacífica y lentamente, ella es la forma de la democracia parlamentaria...» (1929, 68.)

La confianza kelseniana en la posibilidad de evitar una dictadura de clase, como la propuesta por el marxismo, o una dictadura de un «Führer», como la propiciada por Carl Schmitt, en una sociedad dividida por graves diferencias socio-económicas fue puesta en duda por otro gran defensor de la democracia parlamentaria, Hermann Heller, quien propiciara la creación de un Estado social de derecho, justamente para superar la heterogeneidad social. La consideración de su postura puede aquí ser dejada de lado. Deseo más bien subrayar las diferencias entre la posición Burke-Schmitt y la de Kelsen. Son por lo menos, aparentemente, las siguientes: 1) mientras para Burke-Schmitt existen verdades absolutas en el plano de la ética-política, para Kelsen sólo el relativismo axiológico es racionalmente defendible; 2) el núcleo de la actividad parlamentaria está constituido en Kelsen por la negociación y el compromiso, es decir, por aquello que Schmitt consideraba como una forma degenerada de la discusión; 3) la heterogeneidad social, a diferencia de lo que sucede en Burke-Schmitt, no es un hecho que pueda poner en peligro la viabilidad de la democracia representativa, que justamente en estos casos demuestra ser el instrumento más adecuado para asegurar la paz social.

Estas parecen ser las diferencias más notorias que, tomadas literalmente, vuelven irreconciliables ambas posiciones.

Sin embargo, si se ven las cosas más de cerca, es posible hacer una lectura de la posición kelseniana que le resta mucho de su radical relativismo. Por lo pronto, el punto de partida de su defensa del parlamentarismo democrático es la aceptación de dos valores fundamentales: la libertad y la igualdad. Ello explica el recurso kelseniano a la idea de un contrato social hipotéticamente aceptado por unanimidad y al principio de la mayoría basado en el respeto de la minoría. Kelsen defiende la concepción de la democracia formal, pero cabe preguntarse hasta qué punto es puramente formal una democracia que sustenta el respeto de los derechos básicos o humanos como garantía de la existencia de la minoría. Como se ha visto, esta garantía está lógicamente vinculada con el principio de la mayoría que, a su vez, es el que permite la mayor aproximación posible al ideal de la libertad entendida como obediencia a las leyes que cada cual estaría dispuesto a imponerse. Desde este punto de vista, el principio

de la mayoría no indica un procedimiento vacío que legitimaría el sistema político, cualesquiera que fuesen los resultados que con él puedan obtenerse. Pensar que tal es el caso en la posición de Kelsen sería incluirlo en las filas de quienes, como Niklas Luhmann, sostienen que la existencia de un mero procedimiento es condición necesaria y suficiente para la legitimación de un sistema político.

Kelsen insiste en que la negociación es la esencia de la actividad parlamentaria. Pero esta negociación está enmarcada por la idea de una tolerancia, de un soportarse recíprocamente, conceptualmente vinculada con la idea del contrato, es decir, con la idea de la aceptación hipotética y unánime de una forma de Estado que supere la anarquía sin destruir la autonomía personal. En este sentido, si bien es cierto que la negociación es elemento esencial de la actividad parlamentaria, parecería que -también, según Kelsen- cosas tales como la autonomía de las personas no son negociables. Si se elimina la barrera de lo no negociable y se insiste en la equiparación incondicionada de todas las convicciones morales, ¿cómo se explica la referencia kelseniana al «derecho de existencia de la minoría» que es el que abre la «posibilidad de la protección de la minoría frente a la mayoría» (1925, 31; 1929, 53) y su caracterización de la «función esencial» de los derechos humanos como protección de la minoría frente a la mayoría? El principio de la mayoría, según Kelsen, es justamente el que impide el dominio de una clase sobre otra, es decir, el dominio de la mayoría o la «casualidad de la aritmética» (como dice en 1929, 55; una frase que recuerda el juicio de Jorge Luis Borges sobre la democracia). El razonamiento kelseniano está dirigido precisamente en contra de la identificación del «principio de la mayoría» con el «dominio de la mayoría»; por ello la afirmación de que el principio de la mayoría requiere la existencia de la minoría no es una mera tautología en el sentido de que no puede hablarse de mayoría si no hay minoría.

La confianza kelseniana en la viabilidad del parlamentarismo democrático no obstante la heterogeneidad socio-económica de una determinada sociedad puede también ser puesta en duda sin que ello signifique echar por la borda las ventajas de la representación parlamentaria.

Llegados a este punto, parece aconsejable detenerse a analizar cuál es realmente la justificación ético-política de la representación parlamentaria democrática. Ello nos lleva a la tercera de las cuestiones que quería considerar.

III

La cuestión de la justificación ética de la representación parlamentaria se centra en tres puntos básicos: 1) ¿Qué relación debe existir entre representados y representantes? 2) ¿Puede ser sometido a discusión parlamentaria todo tipo de cuestiones? 3) ¿Está éticamente exigida la garantía de un umbral mínimo para la negociación y el compromiso parlamentarios?

El primer punto está vinculado con la relación que existe entre deseos e intereses (Burke) o entre autonomía y gobierno (Kelsen). El segundo hace referencia a la existencia o no de verdades políticas (Burke-Schmitt) o de limitaciones al contenido posible de la discusión-negociación (Kelsen). El tercero apunta al presupuesto de la homogeneidad (Burke-Schmitt).

1. La primera pregunta ha sido respondida por dos tipos diferentes de teorías. Según la primera, la teoría de la delegación o del mandato, el representante debe representar aquello que quiere el representado. Según la segunda, la teoría de la independencia del representante, éste debe representar aquello que responde al interés del representado, con prescindencia de sus deseos actuales.

La primera teoría supone no sólo una relación lógica entre deseo e interés, sino también que nadie es mejor juez que uno mismo con respecto a lo que daña o beneficia los propios intereses. Es la posición de John Stuart Mill:

«...el hombre o la mujer más común tiene (al respecto) medios de conocimiento que superan inconmensurablemente aquellos que puede poseer cualquier otro» (1978, 207).

En otro lugar (1987) me he referido a esta tesis radical de Mill contra toda forma de paternalismo jurídico y tratado de demostrar que, como proposición universal, es falsa. No he de exponer aquí los argumentos entonces presentados, sino tan sólo recordar que una definición de cuáles sean los intereses de una persona en una circunstancia determinada o con respecto a una determinada política presupone el conocimiento de los elementos relevantes del caso y la coherencia con respecto a los objetivos deseados y los medios necesarios para alcanzarlos. Burke

ponía radicalmente en duda la relación entre la satisfacción de lo que la gente quiere y la promoción de sus intereses. Distinguía por ello, como hemos visto, entre opinión y conocimiento de la verdad política, que identificaba con la satisfacción de los intereses de la comunidad.

Sin embargo, podría insistirse en la conveniencia de mantener una relación necesaria entre lo que desea el representado y el comportamiento del representante. Si el fundamento de la justificación del Estado en general y de la representación parlamentaria en particular es el consentimiento que cada persona presta a este tipo de instituciones, el representante no podría ignorar los deseos de sus representados, ya que la autonomía de cada persona se expresa justamente en lo que ella quiere o no quiere. Si dejamos de lado los casos en los que los representados padecen de una incompetencia básica -en los que estaría justificado el paternalismo jurídico-, puede inferirse, aduciría esta posición, que el representante está éticamente obligado a actuar de acuerdo con los deseos de sus representados.

A esto podría a su vez responderse que el razonamiento es correcto sólo que la premisa fáctica de la competencia básica del representado es, por lo general, falsa, ya que éste suele carecer del conocimiento de datos relevantes que posee sólo el representante. Por ello, las propuestas de los representados son, por lo general, meras opiniones, como diría Burke. Su aceptación incondicionada podría conducir a un resultado opuesto al querido. Si se acepta este argumento, podría entonces inferirse que una buena representación es aquella que no pone el acento en los deseos de los representados, sino en sus intereses. El consentimiento de los representados puede conferir legitimidad a los actos del representante sólo si aquéllos poseen la suficiente información y están dispuestos a aceptar criterios no sólo de racionalidad, sino de razonabilidad con respecto a las medidas que proponen. Lo relevante no sería, pues, el consentimiento fáctico, sino un consentimiento hipotético, es decir, el que los representados prestarían si dispusiesen de todas las informaciones relevantes del caso y pudieran participar en la discusión parlamentaria. Este es el argumento fuerte de quienes sostienen el principio de la libertad del representante en la búsqueda de la satisfacción de los intereses reales de los representados.

Esta posición tiene a su favor una innegable dosis de realismo por lo que respecta a la relación entre los deseos de personas deficientemente informadas, tal como es el caso en las complejas sociedades modernas, y la satisfacción cabal de sus necesidades. Deja abierta, sin embargo, la puerta a un paternalismo legislativo

injustificable que, so pretexto de conocer siempre mejor los intereses de la gente que los propios afectados, puede fácilmente degenerar en una permanente intervención en los planes de vida individuales, con lo que se lesionaría la autonomía de la persona.

Los problemas que traen aparejadas estas dos posiciones extremas aconsejan buscar una vía intermedia sobre la que habré de volver más adelante. Antes deseo considerar el segundo de los puntos indicados, es decir, si puede ser sometido a la discusión parlamentaria todo tipo de cuestiones.

2. Sea que se considere que la discusión parlamentaria es el medio adecuado para encontrar la verdad política (Burke) o que la negociación y el compromiso constituyen la mejor aproximación posible al ideal de la libertad y de la igualdad (Kelsen), no parece que existan cuestiones que puedan, en principio, ser excluidas de la deliberación parlamentaria.

Sin embargo, esta apertura irrestricta resulta no ser sostenida ni por Burke ni por Kelsen. En Burke existe el límite impuesto por el presupuesto del respeto a la propiedad burguesa. Además, sólo está permitido adoptar aquellas medidas que son verdaderas, es decir, que satisfacen el interés de la totalidad. En Kelsen, el ejercicio del principio de la mayoría está limitado por el respeto de los derechos de la minoría a los que significativamente llama derechos fundamentales o humanos. Las situaciones de discusión y de negociación recuerdan las situaciones de mercado descritas por los economistas, en las que los individuos pueden tener en cuenta las preferencias subjetivas de los demás y decidir, sobre la base de los diferentes costos, los cursos de acción que desean adoptar. Pero también en las relaciones de mercado existe consenso en el sentido de que ellas pueden funcionar sólo si, por lo pronto, se presupone el respeto de ciertos valores básicos como son la individualidad y la libertad de elección. Pero no sólo esto: quienes propician el modelo del mercado y la idea de la negociación y el compromiso que aquél implica, admiten que es necesario excluir del juego del mercado aquellos bienes que son considerados como básicos para la realización de todo plan de vida.

En este sentido, la exclusión de algunos temas básicos de la negociación parlamentaria o del ámbito del mercado parece estar éticamente impuesta. Con respecto a cuáles deben ser estos temas, y cuál es el criterio de exclusión, mi propuesta es la siguiente:

a) Deben ser excluidos de la negociación y el compromiso parlamentarios todos aquellos bienes que son considerados como básicos para la realización de todo plan de vida.

b) La determinación de este campo de exclusión no puede

quedar librada al consenso fáctico ni de los representados ni de los representantes. El consenso fáctico determina sólo el campo de la moral positiva de una determinada colectividad en un determinado momento de su historia. Del hecho de que los miembros de una colectividad coincidan en la aceptación de determinadas pautas de comportamiento no se infiere sin más que ellas están también permitidas desde el punto de vista de una moral esclarecida o ética. La fundamentación racional de las normas morales requiere recurrir al artificio de situaciones hipotéticas en las que se aceptan criterios marco como son los de la imparcialidad y la universalidad.

c) Por lo que respecta a la vigencia efectiva de los derechos en el «coto vedado» de los bienes básicos, es indiferente la voluntad o deseos de los integrantes de la comunidad. Aquí está plenamente justificada una actitud paternalista en el caso de que los miembros de la comunidad no comprendan la importancia de estos bienes básicos. Y ello es así porque la no aceptación de la garantía de los propios bienes básicos es una clara señal de irracionalidad o de ignorancia de relaciones causales elementales como son las que existen entre la disponibilidad de estos bienes y la realización de cualquier plan de vida. En ambos casos, quien no comprende la relevancia de los bienes básicos puede ser incluido en la categoría de incompetente básico.

d) Si se acepta lo dicho en el párrafo anterior, hay que aceptar también que, con respecto a los bienes básicos, para quien o quienes los defiendan no rige el «principio de no dictadura» tal como lo formulara Kenneth J. Arrow: «No existe ningún individuo cuyas preferencias son automáticamente las preferencias de la sociedad, independientemente de las preferencias de todos los otros individuos.» (1967, 226.) Pienso que quien, por ejemplo, en la Alemania nazi, se oponía a los propósitos de Hitler, tenía a su favor una innegable justificación ética de la que carecía la opinión mayoritaria y estaba también éticamente autorizado a imponer su posición, en contra de aquélla (cfr. sobre este tema, *Otfried Höffe*, 1980). El dejar de lado en estos casos el principio de no dictadura en el sentido de Arrow es justamente el punto de partida para combatir dictaduras como las fascistas o todas aquellas en las que el dominio de la mayoría ha sustituido al principio de la mayoría (para usar la terminología kelseniana).

e) Si se admite, como creo que es correcto, la tendencia a la expansión de la ética, no es aventurado afirmar que el coto vedado de los bienes básicos tiene también una tendencia a la expansión. Ella puede estar determinada por un doble tipo de factores: 1) factores de tipo cognitivo, es decir, la intelección de que

algunas conclusiones, hasta ahora no percibidas, pueden ser inferidas de las premisas del sistema ético. Creo que esto es lo que sucede cuando se habla de diferentes generaciones de derechos humanos. No se trata aquí de la inclusión de nuevas premisas, sino de inferir conclusiones de premisas ya aceptadas. Basta pensar, por ejemplo, en la relación que existe entre el derecho a la vida (derecho humano de la llamada «primera generación») y el derecho a un medio ambiente no contaminado (derecho de la «tercera generación») o la que existe entre el deber negativo de no dañar y el deber positivo de no omitir ayuda cuando se puede así evitar un daño. Pero 2) existen también factores materiales de disposición de recursos económicos, técnicos o culturales que pueden requerir correr los límites del coto vedado.

f) Tomando en cuenta estas limitaciones, el ámbito de la gestión del representante es, por una parte, el del afianzamiento de la vigencia efectiva de los bienes básicos. Se trata aquí de la defensa de los bienes primarios (Rawls) o de los intereses universalizables (Habermas). Pero también es el campo de la negociación y el compromiso, es aquel que, siguiendo una propuesta de James O. Grunebaum (1981), puede ser llamado el ámbito de los deseos secundarios de la gente, es decir, aquellos que no están relacionados con bienes primarios. Aquí rige el principio de respetar los deseos de los representados, con la cláusula cautelar que dice: «Deberán satisfacerse los deseos secundarios de los representados siempre que, sobre la base de la información de que dispone el representante, su satisfacción no implique el sacrificio de algún bien básico o la frustración de deseos secundarios que los propios representados valoran más que el deseo secundario de cuya satisfacción se trata.» Por ejemplo, supongamos que la satisfacción del deseo secundario d_1 , la construcción de una fábrica en una determinada zona, produzca una contaminación ambiental tal que pone en peligro el bien básico de la salud de los pueblos vecinos o que a la construcción de la fábrica, aun en el caso de que no sea contaminante, se oponga uno de los socios de la coalición gubernamental del partido que propone la construcción y amenace con retirarse de la coalición con la consiguiente frustración de otro deseo secundario d_2 , de los miembros del partido pro fábrica, cual es el permanecer en el gobierno y que ellos mismos valoran más que d_1 . En ambos casos, la cláusula cautelar prohibiría la insistencia en el proyecto.

El campo de la negociación y el compromiso es el ámbito adecuado para la persecución de los intereses secundarios, sobre la base de la evaluación de costos y beneficios. El representante está aquí sujeto a la obligación ética de procurar la mayor satisfacción

posible de los deseos secundarios de los representados, con las limitaciones señaladas. Su estrategia de negociación y compromiso estará guiada por razones propias del hombre prudente. Para decirlo con palabras de David P. Gauthier:

«Desea atemperar la persecución unilateral de la ventaja aceptando la obligación de adherir a los compromisos adoptados prudencialmente. No se interesa realmente por las ventajas de los demás, que podría llevarlo a modificar la persecución de la ventaja cuando ella entra en conflicto con similares propósitos de los demás. A menos que espere ganar, no desea aceptar restricciones en la persecución de ventajas que aspiran a igualar las oportunidades abiertas a todos. Con otras palabras, no se interesa por la equidad.» (1978, 196.)

Pero, admitiendo que el campo de la negociación y el compromiso está sujeto a consideraciones prudenciales, de costo-beneficio, queda todavía pendiente la cuestión de saber si este ámbito de lo prudencial no requiere un cierto umbral que debe ser proporcionado también sobre la base de consideraciones éticas. Esto me lleva al tercero de los puntos que quería tratar.

3. Como el campo de la negociación y el compromiso es un ámbito que presenta grandes similitudes con el del mercado, pienso que aquí pueden ser de interés las consideraciones de los economistas y de los juristas que se han acercado a estos temas tomando en cuenta reflexiones de aquéllos.

Hasta economistas profundamente liberales como James Buchanan consideran que las negociaciones en el mercado tienen sentido si quienes participan en ellas tienen, por lo menos, la esperanza de tener éxito.

«La “esperanza” es un componente extremadamente importante de cualquier orden social que pretenda ser “justo”.» (1986, 135 y sig.)

Esta posibilidad de éxito no está referida a factores tales como la suerte o el propio empeño sino a la igualdad de derechos con los que las personas entran en el juego de la negociación mercantil:

«Pocas personas podrían decir que el juego económico es intrínsecamente no equitativo porque algunas tienen suerte o hacen mejores elecciones o dedican más esfuerzos que otras. La no equidad en el juego económico descrito por la operación de las instituciones del mercado... tiende a ser atribuida a la distribución de los derechos con los que las personas entran en el juego, antes de que se hagan

las elecciones, antes de que la suerte lance el dado económico, antes de que se realice esfuerzo alguno.» (1986, 129 y sig.)

Hermann Heller, al insistir en la necesidad de la homogeneidad social como condición necesaria para el funcionamiento de la democracia parlamentaria, subrayaba también la importancia de la esperanza en la posibilidad de negociaciones exitosas para todas las partes:

«Sólo si el proletariado llega a creer que la igualdad de derechos democrática de su adversario superpoderoso conduce bajo formas democráticas a un callejón sin salida, sólo entonces irrumpirá la dictadura.» (1971, II, 430.)

La falta de confianza del proletariado en las reglas del juego democrático era, según Heller, el resultado de una disparidad social que convertía al *summum jus* en *summa injuria*.

También Jürgen Habermas (1977), al distinguir entre intereses universalizables (es decir, éticamente justificables a través del discurso) y no universalizables o particulares, admite una vía de justificación ética indirecta de estos últimos bajo la forma del compromiso:

«Llamamos compromiso a un equilibrio normado entre intereses particulares que se produce bajo condiciones de un equilibrio de poder entre las partes.» (1977, 154.)

Si no se cumple la condición del equilibrio de poder, el arreglo entre las partes es tan sólo un pseudocompromiso o, para utilizar la terminología de Habermas, una «*forma ideológica* de justificación» (1977, 155) que conduce a un sistema normativo basado tan sólo en la violencia.

La negociación y el compromiso requieren, pues, una igualdad aproximada de recursos jurídicos y políticos. En este sentido, la negociación parlamentaria presupone, para ser éticamente aceptable, una cierta homogeneidad que permita alentar la esperanza del éxito, a la que aluden Buchanan y Heller.

Si esto es así, es necesario contar con algún criterio que permita determinar cuándo una sociedad es homogénea a fin de que el compromiso sea equitativo y todos los grupos sociales se sepan integrables a través de la actividad parlamentaria. Al respecto, mi propuesta es la siguiente:

Una sociedad es homogénea cuando todos sus miembros gozan de los derechos incluidos en el coto vedado de los bienes básicos.

Cuando tal no es el caso, el principio de la mayoría se transforma en dominio de la mayoría (Kelsen) o constituye una forma ideológica de justificación del poder normativo (Habermas). Ya en el siglo XIX, Abraham Lincoln decía: «Si por la mera fuerza de los números, una mayoría priva a la minoría de algún derecho constitucional claramente escrito, esto puede justificar, desde el punto de vista moral, la revolución.» Argumentos similares han sido utilizados en el siglo XX también para justificar ética, política y jurídicamente fenómenos tales como los de la desobediencia civil.

La exigencia del umbral de homogeneidad es obvia si se piensa que la representación parlamentaria, impuesta por la división del trabajo, es la única forma viable de la democracia en las sociedades actuales y que ésta es el mejor candidato a una justificación ética cuando no se reduce a la aplicación de un procedimiento sino que incluye el ingrediente normativo del respeto a la libertad y la igualdad. Es esto justamente lo que le permite a Kelsen iniciar su razonamiento de justificación de la democracia a partir de la libertad natural y su transformación contractual en la libertad política: idea sustentada no sólo por Kant sino por Rousseau:

«...lo que el hombre pierde por el contrato social es su libertad natural... lo que gana es la libertad civil... se podría agregar a lo adquirido por el estado civil la libertad moral, la única que verdaderamente hace al hombre dueño de sí mismo...» (1964, III, 364 y sig.)

Burke sostenía también la idea de la homogeneidad, sólo que la reducía a la opinión pública británica de 400.000 electores. Carl Schmitt convirtió la exigencia de homogeneidad en la comunidad de la sangre y el suelo y vio su manifestación suprema en la identidad con el «Führer». Kelsen introdujo la limitación de los derechos de la mayoría como exigencia conceptual del principio de la negociación parlamentaria. Y a pesar de que no insistía en la homogeneidad, con su defensa de los derechos fundamentales apuntaba también a la creación de las condiciones iniciales de negociación similares a las que aquí he propuesto.

Llego así al final con una conclusión si se quiere banal: la representación parlamentaria es éticamente justificable cuando respeta la vigencia de los derechos de cada cual a los bienes primarios y procura satisfacer a través del compromiso la realización de los deseos secundarios de los miembros de una comunidad política. Pero quizás haya sido necesario el rodeo del análisis de los argumentos de Burke, Schmitt y Kelsen para que se hiciera patente esta verdad obvia que lamentablemente dista

mucho de ser una banalidad vivida en grandes partes de nuestro mundo.

Desde el punto de vista jurídico positivo, la conclusión, también obvia, es que los derechos incluidos en el coto vedado de los intereses universalizables o derechos humanos, no pueden ser objeto de recortes productos de negociaciones parlamentarias. Ellos constituyen el núcleo no negociable de una constitución democrático-liberal que propicie el Estado social de derecho. Para el coto vedado vale la prohibición de reforma (como la establecida por el artículo 79, 3 de la Ley Fundamental alemana) y el mandato de adopción de medidas tendientes a su plena vigencia.

Lo aquí expuesto no pretende agotar la problemática de la representación parlamentaria por lo que respecta a posibles situaciones de conflicto relacionadas con la vigencia plena de los bienes primarios. Son concebibles, por lo menos, dos fuentes posibles de conflictos: 1) que no sea posible la satisfacción simultánea de dos bienes básicos; 2) que algún bien básico no pueda ser satisfecho por falta de recursos económicos. En el primer caso, la decisión que al respecto adopten los parlamentarios estará guiada posiblemente por criterios tendientes a evitar el mal mayor. Si se acepta que «negociación» es un término técnico que no vale para el caso de intereses universalizables (como son los bienes primarios), no cabría hablar aquí estrictamente de «compromiso» sino de una decisión tomada bajo aquellas condiciones que caracterizan una «elección trágica». En el segundo caso, si se acepta el principio kantiano, según el cual «deber implica poder ser o hacer», es evidente que la obligación ética queda suspendida hasta que se den las condiciones adecuadas para su implementación. Pero lo importante es tener en cuenta que, en ambos casos, quien o quienes aleguen la situación de elección trágica o de falta de recursos tienen que asumir la carga de la prueba en el sentido de demostrar empíricamente que tal es el caso. Esta imposición pienso que no es trivial, dada la propiedad disposicional de los políticos a justificar la no vigencia plena de los derechos del coto vedado con el argumento de la elección trágica o de la falta de recursos.

Y por supuesto que también puede objetarse que esta propuesta es demasiado exigente y que son pocos los regímenes políticos que la satisfacen. Es verdad; pero este es un argumento similar al de quien sostiene que la ética suele imponer condiciones severas al comportamiento individual y que hay pocas personas que las satisfacen cabalmente. A esto tan sólo puedo responder con un «¡vaya novedad; peor para ellas!»

BIBLIOGRAFÍA

- Arrow, Kenneth J. (1967), «Values and Collective Decision-Making», en Peter Laslett y W. G. Runciman (eds.), *Philosophy, Politics and Society*, Third Series, Oxford.
- Barker, Ernest (1951), *Essays on Government*, Glencoe (III).
- Buchanan, James M. (1986), *Liberty, Market and State*, Oxford.
- Burke, Edmund (1949), *Burke's Politics*, Nueva York.
- Garzón Valdés, Ernesto (1987), «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?», en *Revista latinoamericana de filosofía*, vol. XIII, núm. 3, Buenos Aires.
- Gauthier, David P. (1978), «Morality and Advantage», en Joseph Raz, *Practical Reasoning*, Oxford.
- Grunebaum, James O. (1981), «What Ought the Representative Represent?», en Norman E. Bowie (ed.), *Ethical Issues in Government*, Filadelfia.
- Habermas, Jürgen (1977), *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Francfort del Meno.
- Heller, Hermann (1971), *Gesammelte Schriften*, Leiden.
- Höffe, Otfried (1980), «Entscheidungstheoretische Denkfiguren und die Begründung von Recht», en *Argumentation und Recht, ARSP, Beiheft, número 14*.
- Hogan, James (1945), *Election and Representation*, Cork University Press.
- Kelsen, Hans (1925), *Das Problem des Parlamentarismus*, Viena/Leipzig.
- (1929), *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tubinga.
- Mill, John Stuart (1978), *On Liberty*, Glasgow.
- Rousseau, J. J. (1964), *Oeuvres complètes*, París.
- Schmitt, Carl (1926), *Die Geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Munich/Leipzig.
- (1928), *Verfassungslehre*, Munich/Leipzig.
- (1931), *Der Hüter der Verfassung*, Tubinga.

DOXA -6 (1989)



REPRESENTACIÓN Y DEMOCRACIA: PROBLEMAS ACTUALES

Un análisis de la representación política en las sociedades actuales debe tener en cuenta tres problemas que entre sí guardan estrecha conexión.

1. En primer lugar, el problema que suscita la misma noción de representación política y su conexión con la democracia como forma de organización política legítima. Me referiré en este punto, y de modo especial, a la transformación que ha experimentado, tanto la idea de representación como el concepto de democracia. Analizaremos los problemas conexos con la democracia representativa y con la democracia directa, el problema del mandato imperativo o mandato libre con el que se articula la representación y las alternativas que en la actualidad experimentan uno y otro conceptos.

2. En segundo lugar, y desde el punto de vista material y no formal, me detendré en el análisis del problema que se plantea en torno al «Qué» se representa. ¿Es la voluntad del votante o más bien, la voluntad del partido? Lo que un Parlamento representativo aprueba en estas condiciones, ¿es válido para los votantes? ¿Hay, o no, una obligación jurídica y/o moral de obedecer las leyes de un parlamento representativo y legítimo? ¿Qué hacer con los disidentes y con quienes objetan el cumplimiento de determinadas leyes alegando razones de conciencia?

3. En tercer lugar, y por último, me referiré a los problemas de relación, separación, confusión entre Derecho y Moral que subyacen al concepto de representación y se manifiestan a través de los mecanismos y resultados a que da lugar. En donde será obligada la referencia a los planteamientos típicos del iusnaturalismo y del positivismo jurídicos, y al problema que surge en la actualidad con la distinción entre uno y otro ámbito a consecuencia de la legitimación democrática del Derecho y del Estado. Plantearé en este punto los problemas que, a mi juicio, suscita el llamado voto en conciencia que en mi opinión puede llevar implícita, en ocasiones, la ruptura del vínculo representativo.

I

En su concepción técnica y tradicional propia del derecho privado, el representante es aquel que actúa por cuenta y a instancia de otro, «dominus», bien sea en nombre propio, bien lo realice en nombre de aquel a quien representa. Sustituye a otra persona por cuya cuenta e interés actúa y que no quiere o no puede ejercitar personalmente los derechos y acciones que le competen. Los efectos de sus actos recaen directa o indirectamente en la persona del «dominus» quien dispone de amplios poderes de control y revocabilidad sobre la actuación del representante¹.

El derecho público ha sometido el concepto de representación propio del derecho privado a profundas transformaciones. Si bien en un primer momento y mediante lo que se ha dado en llamar la «representación delegada», en la que el representante es un delegado, «un ejecutor», carente de iniciativa y autonomía, «de las instrucciones que los representantes le imparten»², el modelo se aproxima mucho al esquema típico de la representación en el derecho privado, haciendo del representante una especie de embajador, nuncio o lo que en términos vulgares conocemos como «vocero», lo bien cierto es que pronto se abandonó este concepto mediante la transformación de la naturaleza jurídica del representante que dejará de ser un delegado y se transforma en un fiduciario, y mediante la adscripción de la figura y de las reglas de la representación política, no al derecho privado, sino al derecho público. Punto éste en el que, como advierte Rodríguez Paniagua, se da la inversión de las relaciones entre el representante y el «dominus» típicas del derecho privado: «en la representación propiamente dicha tal como está regulada por el Derecho, es la voluntad del representado la determinante, la que manda o domina, mientras que en la representación política, tal como se ejerce en la democracia representativa, es, a la inversa, la voluntad del representante, la que manda o domina»³. Si a este proceso

¹ Cfr. Díez Picazo, L., *La representación en el derecho privado*, Madrid, Cívitas, 1979.

² Cfr. Cotta, M., *Representación política*, en *Diccionario de política*, dirigido por Bobbio, N., y Matteucci, N. Traducción española a cargo de J. Tula y otros. Madrid, Siglo XXI Editores, t. II, págs. 1427 y sigs.

³ Cfr. Rodríguez Paniagua, J. M.^a, *Derecho y sociedad*, Madrid, Tecnos, 1979, págs. 134 y sigs.

le unimos la prohibición del mandato imperativo, común y presente en la totalidad de los textos constitucionales que regulan la democracia representativa, comprenderemos hoy, como el paradigma del derecho privado para comprender la representación ha quedado obsoleto a reserva de lo que más adelante diré, hasta el punto que Kelsen se referirá a la «patente ficción de la representación que experimenta la teoría de la representación en el parlamentarismo»⁴. Desde cuya concepción, el representante delegado goza de una mayor autonomía, ya que por mor de las transformaciones anteriormente mencionadas no es ya el delegado de un mandante sino el fiduciario de quien en él deposita su confianza, pero que a diferencia de lo que sucede en el derecho privado no está vinculado a su «dominus-elector», sino que por efecto de la prohibición del mandato imperativo, representa a la nación y no a sus electores. Se produce en consecuencia la desvinculación entre el mandato y el poder de representación a la que no es del todo ajena la teoría de la representación propia del derecho privado⁵. Este es a grandes rasgos el modelo de representación política que está vigente en la actualidad desde que en el año 1789 los revolucionarios franceses reunidos en la Asamblea Nacional convirtieran al electo en representante no de sus electores, sino de la nación entera cuya soberanía encarnaba. Paradójicamente la Revolución acabó así con el concepto de representación política ligada por vínculo imperativo que construyera Rousseau y estuviera vigente durante los estados generales. Las razones de dicha transformación son claras: los representantes «siendo también actores de las decisiones políticas necesitan un margen de maniobra incompatible con la rigidez de un sistema de instrucciones vinculantes. Además, la atención de los representados frente a la masa de los asuntos públicos es en general baja, y, éstos, por otro lado, por su complejidad, presentan no indiferentes dificultades de comprensión para el público; por tanto, en gran parte de los casos faltarían al delegado las instrucciones o serían gravemente inadecuadas»⁶. Junto a este tipo de razones estratégicas o técnicas, podríamos argüir razones substanciales, de fondo, que derivan de la transformación de la representación en un instituto de derecho público y no de derecho privado. Por cuya razón ésta no puede ser objeto de un contrato -instituto típico del derecho privado-, sino que, por

⁴ Cfr. Kelsen, H., *Escritos sobre democracia y socialismo*, selección y presentación de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, págs. 207 y sigs.

⁵ Cfr. Díez Picazo, L., *La representación en el derecho privado*, cit.

⁶ Cfr. Cotta, M., *Representación política*, voz cit., págs. 1428.

el contrario, debe estar gobernada por un interés superior puesto que atañe y afecta a las grandes decisiones nacionales que comprometen la esencia, fines e interés supremo de la nación entera. Por donde surge la crítica histórica sobre la distinción y supremacía del derecho público sobre el derecho privado que como subraya Bobbio culmina en Hegel⁷. Para quien el Estado no puede quedar a merced de los intereses egoístas y mezquinos de los particulares, no puede ser gobernado con las categorías propias del derecho privado, sino que ha de elevarse por encima de todos ellos. Del mismo modo, el representante no puede quedar a merced de tales intereses sino que ha de trascenderlos, siendo fiduciario no de sus electores sino de la nación entera. Línea esta de pensamiento a la que no serían ajenos Spinoza con el concepto de la *Mens Unica*⁸, Rousseau, con el de *Volonté Générale*⁹, y que confluye en el hegeliano de la *Eticität* del Estado como forma superior de la existencia del ciudadano.

Si estas son las transformaciones que ha experimentado la idea de representación, no menos intensas y en no pocas ocasiones paradójicas y sorprendentes son las que afectan al concepto de democracia sobre el que se articula la representación política. Como es bien sabido y conocido, la democracia surge con, sobre, y a través del individuo aislado, y, en consecuencia se opone a las visiones orgánicas, totales, globalizantes que afirman la superioridad del todo sobre las partes y reducen al individuo a la consecución y logro de los fines superiores y últimos. En este punto el acuerdo es tal, que comprende la visión de autores tan distintos y distantes ideológica y políticamente como puedan serlo Bobbio, Popper y Kelsen¹⁰. No en las concepciones

⁷ Cfr. Bobbio, N., *Studi hegeliani. Diritto, società civile, stato*, Torino, Einaudi, 1981, en particular el capítulo sobre «Diritto privato e diritto pubblico in Hegel», que se puede ver traducido en Bobbio, N., *Estudios de historia de la filosofía: de Hobbes a Gramsci*, traducción española de J. C. Bayón con estudio introductorio de A. Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1985, págs. 211-239. También de Bobbio, N., cfr. *Rappresentanza e Interessi*, en AA.VV., *Rappresentanza e Democrazia*, a cura de G. Pasquino, Bari, Laterza, 1988, págs. 5 y 6.

⁸ Cfr. De Lucas, F. J., *Nota sobre libertad de expresión y democracia en la obra de Spinoza*, en *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 4/87, págs. 355 y sigs.

⁹ Sobre la lectura «totalitaria» de la democracia en Rousseau, cfr. Cotta, S., «Philosophie et Politique dans l'oeuvre de Rousseau,» en *ARSP*, XLIX (1963), págs. 171-191, y «Come si pone il problema de la politica in Rousseau», en *Ethica*, 1/1973, págs. 3-23.

¹⁰ Sobre Popper, cfr. *La sociedad abierta y sus enemigos*, traducción de E. Loedel, Buenos Aires, Paidós, 1967; sobre Kelsen, cfr. Kelsen, H., «Los fundamentos de la democracia», en *Escritos sobre democracia y socialismo*, cit. págs. 207 y sigs.

orgánicas, donde el todo prima sobre las partes y en donde el Bien Común es superior al de los individuos, sino precisamente en sus opuestas, allí en donde el individuo es un fin en sí mismo, es en donde se puede desarrollar la democracia. De ahí que en la actualidad se afirme la democracia, frente a lo que constituía un lugar común en épocas pasadas, como un producto no tanto de la Antigüedad ni de la Edad Media, en las que el valor del individuo está sometido a los fines supremos de la polis en el primer caso, y del Bien Común, en el segundo, sino precisamente de la Modernidad que culmina filosófica y políticamente en las Declaraciones de derechos cuyo bicentenario conmemoramos este año; como muy bien apunta Peces-Barba, la democracia se articula mediante el «Tránsito a la modernidad y los derechos fundamentales»¹¹. Por ello históricamente también, hemos de recordar cómo la proclamación primera del principio de la soberanía popular proviene de un autor, Marsilio de Padua que no representa precisamente la filosofía dominante de su tiempo, y de una obra, el *Defensor Pacis*, escrita precisamente para combatir dichas tendencias o pensamiento -diríamos hoy- dominante. De ahí también la ya clásica contraposición que realiza Benjamin Constant entre la «libertad de los antiguos», de participación y de adhesión, frente a la «libertad de los modernos» o libertad individual, inorgánica, invertebrada, libre, si se nos permite¹², y la crítica a la democracia directa en favor de la democracia representativa o parlamentaria. El individuo, libre, fuerte, poderoso, seguro de sí mismo, liberado de las ataduras que le sujetan a los poderes político-religiosos, feudales y económicos, será, pues, el presupuesto de la democracia como forma legítima de organización política en el tránsito a la modernidad¹³. Corolario de dicha concepción será por consiguiente la institucionalización del pluralismo político de un lado y de los mecanismos de representación de otro para articular y ordenar una sociedad plural en lo político, social y religioso. Y si bien en este punto convendrá no perder de vista la siempre aguda observación de Bobbio cuando advierte que pluralismo y democracia no son conceptos absolutamente coincidentes por cuanto que hay regímenes pluralistas

¹¹ Cfr. Peces-Barba, G., *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Madrid, Mezquita, 1982.

¹² Cfr. Constant, B., *Del espíritu de conquista*, trad. de M. A. López, Madrid, Tecnos, 1988. Sobre la contraposición entre una y otra libertades vide; Ballesteros, J., *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989, cap. 6: libertad-igualdad: ¿disyuntiva o copulativa?

¹³ Cfr. Gómez Arboleya, E., *Historia de la estructura y del pensamiento social*, Madrid, I.E.P., 1976, cap. 3, págs. 109 y sigs.

que no son democráticos (el régimen feudal y en general, el orden político medieval), y regímenes democráticos que no son pluralistas (las democracias de los antiguos)¹⁴, no es menos cierto que uno y la otra tienen mucho en común, hasta el punto que la Constitución española de 1978 reconoce, acertadamente, desde mi punto de vista, en su artículo primero, el pluralismo político como uno de los valores superiores que conforman el ordenamiento jurídico español.

De ahí que se perfila el concepto de la representación para unificar criterios, suscitar acuerdos y hacer, en definitiva, posible el funcionamiento de la democracia. La representación así entendida ya no se da entre el ciudadano-electo y su representante-electo, sino que se introduce un tercer elemento, los partidos políticos, sindicatos, asociaciones y demás cuerpos intermedios que asumen la función de mediación entre el Estado y los ciudadanos, dada la imposibilidad de articular la democracia directa en el Estado moderno que como observa Bobbio se opone a la representativa por cuanto que en la primera no hay representación¹⁵.

Este modelo de representación, fiduciaria, con mandato libre y no imperativo, que responde al pluralismo de las sociedades modernas y a la concepción liberal-burguesa de la sociedad y del Estado, ha recibido fuertes críticas. Históricamente es bien conocida la que dirige Rousseau a la representación política: dado que la soberanía es indivisible, no puede ser objeto de representación; «si el soberano no es más que un ser colectivo, no puede ser representado más que por él mismo. Por la misma razón que la soberanía es inalienable, es indivisible; la voluntad general es o no lo es; es la de todo el pueblo o la de una parte..., la voluntad general es siempre recta y tiende a la utilidad común»¹⁶. Parece que con las críticas a la representación y con la magnificación de la «Volonté Générale» el ginebrino está pensando en un modelo político propio de otro tiempo o que damos ya por superado. Evidentemente, no es el de nuestras sociedades pluralistas, occidentales y «avanzadas» que se autopostulan como modelos

¹⁴ Cfr. Bobbio, N., *Il futuro de la Democrazia*, Torino, Einaudi, 1985, pág. 48. Hay traducción española a cargo de J. Moreno. Barcelona, Plaza y Janés, 1985. Una recopilación de los trabajos del autor sobre el pluralismo puede verse en *Le ideologie e il potere in crisi*, Firenze, Le Monnier ed., 1987. Hay trad. española *Las ideologías y el poder en crisis*, a cargo de J. Bigozzi, Barcelona, Ariel, 1988.

¹⁵ Cfr. Bobbio, N., *Rappresentanza e Interessi*, en AA.VV. *Rappresentanza e Democrazia*, ed. a cargo de G. Pasquino, Bari, Laterza, 1988, págs. 8 y 9.

¹⁶ Cfr. Rousseau, J. J., *Du contrat social*, II y III.

de democracia, sino que por el contrario, el modelo rousseauiano parece responder más bien a lo que antes hemos descrito como sociedades no democráticas, sociedades orgánicas, holistas, sin cuerpos intermedios en donde no cabe la representación porque no hay nada más que representar que la «Volonté Générale» o la «Mens Unica» o porque lo que se representa y quien lo representa son todo uno; de ahí que algunos autores como antes hemos reseñado hablen de Rousseau como el artífice de la democracia totalitaria, en un juicio que consideramos excede el pensamiento del ginebrino. Lo bien cierto es que Rousseau, como bien subraya Bobbio, limita extraordinariamente el ámbito de aplicación de la democracia, pues ésta sólo es posible en estados pequeños, en donde exista una gran sencillez de costumbres que impidan la multiplicación de los negocios y decisiones espinosas, en las que haya finalmente, igualdad de condiciones y fortunas y poco o ningún lujo¹⁷; de ahí la dificultad actual en hallar un modelo que se le aproxime en la actualidad.

La representación tiene, pues, una doble función en los sistemas democráticos. Una primera función técnica de vertebración de estas sociedades plurales, complejas y tecnificadas, y una segunda función, substancial, material, de legitimación de dichas sociedades a través del consenso mayoritario. A la función exclusivamente técnica se remite el ginebrino, con el famoso texto sobre la libertad del pueblo inglés en un claro ataque al absolutismo ¿democrático? de Hobbes: «El pueblo inglés piensa que es libre y se equivoca; no lo es más que durante la elección de los miembros del Parlamento; en cuanto son elegidos, es esclavo, no es nada. En los cortos momentos de su libertad, el uso que hace de ella merece que la pierda»¹⁸.

A la segunda función de la representación como instancia de legitimación a través del consenso del régimen político, se refiere Rousseau cuando afirma que pretende «encontrar una forma de asociación que proteja y defienda con toda la fuerza común la persona y bienes de cada uno de los asociados y por la cual, cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sin embargo más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes»¹⁹.

Estos textos y alguno más, como el famoso alegato de Marx sobre la Comuna de París en defensa de la democracia directa y la revocabilidad del mandato de representación son los que avalan la crítica que algunos sectores de la izquierda dirigen contra

¹⁷ Cfr. Bobbio, N., *Il Futuro de la Democrazia*, op. cit., págs. 29 y sigs.

¹⁸ Cfr. Rousseau, J. J., *Du contract social*, III, XV.

¹⁹ *Ibid.*, I, VI.

la democracia representativa, en favor de la democracia directa, con el fin de recuperar la participación y el interés del ciudadano en los asuntos públicos, eliminando en la medida que sea posible las instancias de intermediación entre el ciudadano y el Estado. Pero este proceso, como advierte Bobbio, no inmuniza frente a los riesgos de manipulación de la opinión pública, sino más bien lo contrario. Piénsese en el caso del referéndum y más aún del plebiscito allí en donde los ciudadanos no gozan de las plenas garantías democráticas de control del poder y de los mecanismos que conforman la opinión pública. Y debemos además reparar siguiendo también a Bobbio, que se trata de un remedio, en el caso que así sea, adecuado para resolver tan sólo una de las muchas manifestaciones de la crisis de participación: el de la llamada participación «ineficaz o inútil» pero que no resuelve por el contrario los supuestos de apatía política o de manipulación²⁰. Pero es que además, la democracia directa presupone la participación activa y consciente de los ciudadanos en los asuntos públicos. Presupone que el ciudadano está presto a la llamada del interés general y vocacionado hacia la «res pública». Precisamente cuando esa disponibilidad de ánimo decae, adviene la crisis del Estado: «Cuando el Estado ya cerca de su ruina ya no subsiste más que en una forma ilusoria y vana, cuando se ha roto en todos los corazones el vínculo social, cuando el más vil interés toma descaradamente el nombre de bien público, entonces la voluntad general enmudece»²¹. Bien podríamos decir a la vista de algunos acontecimientos políticos que estamos en uno de esos momentos a que se refiere Rousseau, pero no es menos cierto que lejos de confirmar el juicio del ginebrino, vemos cómo crecen las expectativas y demandas de participación política dirigidas no sólo al ámbito del Estado en la línea de encarnación de la «Volonté Générale» y de la «Eticität», sino referidas al ámbito de la sociedad civil, esto es el de lo inorgánico, de los intereses egoístas y por tanto no generalizables, mezquinos incluso para Rousseau que dan lugar a «Volonté de tous», y también para Hegel.

Todo lo cual provoca de hecho una profunda transformación de la democracia, algunos de cuyos rasgos hemos mencionado. Decía antes que la democracia se origina sobre la primacía del individuo sobre lo colectivo, de lo particular sobre lo global. Sin embargo, a consecuencia de las propias condiciones sociales y de

²⁰ Cfr. Bobbio, N., *Crisi de Partecipazione: in che senso?*, en R.I.F.D., XLVII, 1970, págs. 55 y sigs.

²¹ Cfr. Rousseau, J. J., *Du contrat social*, IV, I.

crecimiento económico y complejidad social, lo cierto es que hoy, la democracia se asienta sobre la primacía de los grupos de opinión, participación y también de presión que están presentes en la sociedad. Veámos cómo la teoría de la representación se construía sobre el presupuesto de dos instancias, representante y representado, y ahora en cambio surgen cuando menos los partidos políticos cuya función está reconocida constitucionalmente en el artículo 6 de la Constitución española de 1978, como expresión del pluralismo político e instrumento fundamental para la participación política por cuanto concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. La multiplicidad de partidos políticos, grupos de opinión, asociaciones, sindicatos, etc., destruye el monopolio de poder que antaño detentaba el Estado, que a menudo ya no es el «primum inter pares» cuya soberanía ha dejado de ser una, perpetua e indivisible como postulaba el pensamiento clásico. Lo que provoca y suscita la necesidad de recurrir al pacto para asegurar la gobernabilidad del Estado y el funcionamiento de sus instituciones, bien con los representantes políticos y sindicales, a los que podríamos llamar poderes «de iure», visibles, regulados jurídicamente y controlados políticamente, bien con otros centros de poder, ocultos, secretos, los consabidos poderes «fácticos», lo que Bobbio llama «il potere invisibile», «il criptogoverno» e «il sottogoverno», frente a los que postula la recuperación del principio de publicidad²². Pues bien, este proceso provoca una serie de transformaciones del sistema democrático y representativo que afectan directamente a nuestro tema. Con Bobbio los podemos enunciar del siguiente modo: en primer lugar la interpretación económica de la democracia que genera la existencia de un «mercado» político junto al mercado económico y somete a la política a las leyes del mercado, de la economía, dando lugar a una reprivatización del proceso político que afecta sobremanera a nuestro tema por donde reaparece la llamada representación de intereses propia del derecho privado frente a la representación política. Si a ello unimos la crisis fáctica que experimenta en la actualidad la tesis de la prohibición del mandato imperativo, veremos cómo de facto se impone la tesis de la privatización de la representación en favor, no del mandante ciudadano, sino de los partidos o grupos de presión respectivos. Surgen de este modo dos instancias diferenciadas

²² Cfr. Bobbio, N., *Il futuro de la Democrazia*, op. cit., págs. 75 y sigs., y *Rappresentanza e Interessi*, cit., págs. 22 y sigs. Sobre el principio de publicidad. Cfr. De Lucas, J., *Acotaciones kantianas al principio de publicidad*, Dianoia, 1988/9, núm. 1 (2.^a ed.).

con sus propias leyes de funcionamiento: el llamado «gran mercado» que juega entre los grandes centros de poder político, económico y social, y el «pequeño mercado» que desarrolla sus leyes y su función entre los intermediarios -partidos políticos- y los electores²³.

Y por el extraño juego de las paradojas de la Historia, reaparecen categorías que creíamos ya superadas de antaño. Entre las que destaca por su importancia la del contrato que como ya vimos anteriormente vituperara Hegel puesto que en su concepción la grandeza del Estado no podía quedar a merced de los intereses particulares que expresan las categorías contractuales. La alternativa a esta situación parece que pueda residir como apunta Bobbio no en reemplazar la democracia representativa en beneficio de la democracia directa²⁴, sino por el contrario en extender las leyes de la democracia representativa que son las del reconocimiento del pluralismo, la participación de los ciudadanos y el control del poder desde el ámbito de la política, al de la sociedad civil, en donde cobran gran relevancia e interés las propuestas progresistas que Rawls formula en torno al neocontractualismo²⁵, y las que giran en torno a la profundización de la democracia mediante la estructura del Estado social y democrático de derecho en donde cabe destacar la función mediadora, participativa y crítica de los llamados «nuevos movimientos sociales»²⁶. Todo lo cual permitirá recuperar lo que para no pocos autores constituye la esencia de los mecanismos de representación, el del control por parte del representado, de las decisiones y actos del representante cuya carencia «le atribuye un poder arbitrario que contrasta netamente con el sentido de la representación»²⁷. Como gusta de insistir al respecto Bobbio, no hay que perder de vista que la democracia se basa no en la confianza sino

²³ Cfr. Bobbio, N., *Rappresentanza e Interessi*, cit., págs. 6 y sigs.

²⁴ Cfr. Kelsen, H., *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, op. cit., págs. 90 y sigs., que apuesta, si no por el retorno a la democracia directa, si por un control eficaz de la conducta de los representantes.

²⁵ Cfr. Bobbio, N., *Il futuro de la democrazia*, op. cit., caps. V y VI. Sobre el Neocontractualismo y los problemas que en torno a nuestro tema suscita vid. Fernández, E., «Neocontractualismo y obediencia al derecho», en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, Univ. Complutense, ed., núm. 4, 1986/87, págs. 86-110. Sobre las posiciones de Rawls cfr. Prieto Sanchis, L., *Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas*, en A.D.H., cit., págs. 290-321.

²⁶ Cfr. Díaz, E., *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid, Debate, 1984, y más detalladamente en *La justificación de la democracia*, Sistema, núm. 66, mayo 1985, págs. 3-23.

²⁷ Cfr. Cotta, M., *Representación política*, voz cit., pág. 1428.

precisamente en el principio opuesto, el de la desconfianza frente a los gobernantes. La representación en consecuencia, debe manifestar y articular esa desconfianza frente al poder si no quiere ser cómplice de un régimen plebiscitario y en todo caso no democrático.

II

En la segunda parte de este trabajo quiero referirme a un problema que para mí es importante en el tema de la representación política y que se refiere no a la pregunta por quién representa (el diputado, el miembro de un sindicato, el propio partido o sindicato, los grupos de presión o los nuevos movimientos sociales), tampoco a la idea del cómo se representa (con mandato o sin él, con poder de revocación o sin él, mediante los esquemas propios del derecho público o del derecho privado, etc.), sino por el contrario se refiere al qué se representa, en donde cobra especial relieve el problema de la legitimidad del poder y las cuestiones que de él se derivan, en concreto las que se refieren a la cuestión de la obediencia/desobediencia al Derecho y del reconocimiento o no de los disidentes y de quienes objetan el mandato de la ley.

Como señala Elías Díaz, «una teoría de la legitimidad y una teoría de la justicia son cuestiones sin duda íntimamente unidas», pues difícilmente puede hablarse de un derecho justo que no sea legítimo o de un derecho legítimo que no sea justo²⁸. Surge así el tema de la relación entre derecho y poder en términos similares los que propuso Bobbio en su obra sobre el Ordenamiento jurídico cuando afirma: «Diciendo que el derecho está fundado en última instancia sobre el poder y entendiendo por poder el poder coactivo, esto es el poder de hacer respetar incluso recurriendo a la fuerza, las normas, no decimos nada distinto de cuanto repetidamente dijimos en relación con el derecho como conjunto de normas con eficacia reforzada; es imposible imaginar un ordenamiento jurídico sin el ejercicio de la fuerza, sin un poder. Poner como fundamento último de un orden jurídico

²⁸ La conexión entre ambos conceptos es una constante del pensamiento de E. Díaz y un *continuum* a lo largo de su obra. *La cita procede de La justificación de la democracia*, art. cit. págs. 3 y sigs. Del mismo autor cfr. *Notas (concretas) sobre legitimidad y justicia*, en J. Muguerza y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, ed. a cargo de G. Peces-Barba, Madrid, Debate, 1989, págs. 149 y sigs.

positivo el poder no quiere decir reducir el derecho a la fuerza, sino simplemente reconocer que la fuerza es necesaria para la realización del derecho. Lo que no significa más que reasumir el concepto de derecho como ordenamiento cuya eficacia está reforzada por la coacción»²⁹.

Afirmar que el ordenamiento jurídico sólo se comprende mediante la eficacia reforzada del derecho es, en todo caso, un presupuesto necesario aunque claramente insuficiente. En efecto, ya Rousseau advirtió que la fuerza «fuerza», pero no obliga, que el hombre sólo puede obligarse mediante las convenciones; por ello en ningún momento queremos indicar con el texto de Bobbio la reducción del derecho a la fuerza o la voluntad del soberano sino que por el contrario se trata de plantear la pregunta sobre el por qué se deben obedecer las leyes³⁰. El mismo Bobbio se apresta en salir al paso de las posibles acusaciones de reducir el derecho a la fuerza o a la voluntad del que manda y dice: «quienes temen que con la norma fundamental así concebida, se cumpla la reducción del derecho a la fuerza, se preocupan no tanto por el derecho cuanto por la justicia. Esta preocupación está fuera de lugar. La definición del derecho que asumimos no coincide con la de la justicia. La norma fundamental es el fundamento del derecho tal cual es (el derecho positivo) no del derecho tal y como debería ser (el derecho justo). Autoriza a quienes detentan el poder a ejercitar la fuerza, pero no dice que el uso de la fuerza sea, por el solo hecho de ser querida por el poder originario, justo. La fuerza produce una legitimación jurídica, no moral del poder. El derecho tal cual es, es expresión de los más fuertes, no de los más justos. Tanto mejor si después los más fuertes son también los más justos»³¹.

Esta postura inicial de Bobbio, en la que nítidamente distingue entre derecho y justicia, entre existencia del derecho y valoración del derecho, ha suscitado a lo largo del tiempo alguna rectificación. Fundamental al respecto ha sido la rectificación por el propio Kelsen, según advierte Peces-Barba de la concepción

²⁹ Cfr. Bobbio, N., *Teoría del Ordenamiento Jurídico*, Torino, Giappichelli ed., 1960, págs. 61 y sigs. También de Bobbio vid. «Dal potere al diritto e viceversa», en *Rivista di Filosofia*, Torino, Taylor ed., vol. LXXII, Ottobre, 1981, fasc. 21, págs. 343-358. Entre nosotros cfr. Peces-Barba, G., *Introducción a la filosofía del Derecho*, Madrid, Debate, 1984, cap. III, págs. 29-55 y 266 y sigs.

³⁰ Cfr. De Lucas, F. J., *¿Por qué obedecer las leyes de la mayoría?*, en AA.VV., *Ética y política en la sociedad democrática*, Madrid, Espasa-Calpe, 1981, págs. 167-257.

³¹ Cfr. Bobbio, N., *Teoría dell'Ordinamento giuridico*, cit., págs. 63 y 64.

acerca de la Norma Básica o Norma Fundamental que ya no es un supuesto, una hipótesis en el sentido que apunta Bobbio, sino un hecho, y que este hecho fundante básico, es el poder. De modo que más tarde el mismo Bobbio dirá que legitimidad del poder y justicia del derecho son elementos coincidentes, hasta el punto que el primer elemento de un derecho justo será un poder legítimo³². Por donde retomamos una afirmación que hicimos al principio siguiendo a Elías Díaz acerca de la conexión entre la teoría de la legitimidad y la teoría de la justicia. En nuestro ordenamiento jurídico, una y otra aparecen en el artículo 1.º de la Constitución de 1978 que permite saber «quién» manda (la soberanía nacional que reside en el pueblo español), a la vez que en su párrafo primero permite saber «qué» se manda (los valores superiores del ordenamiento jurídico: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político)³³. En consecuencia, parece que podemos afirmar que el derecho así concebido y emanado de acuerdo con tales valores superiores, será un derecho justo por coincidir materialmente con tales valores superiores, y por emanar formalmente del pueblo español en quién reside la soberanía nacional a través de los partidos políticos (artículo 6 de la Constitución) y de los miembros de las Cortes Generales que no están ligados por mandato imperativo (artículo 67 del texto constitucional). En tales condiciones, ante un derecho que reúne dichos caracteres, no hay pretexto alguno para dudar de su justicia y legitimidad, y consecuentemente para alegar desobediencia. La obligación política cobra un nuevo significado por cuanto de este modo parece que a través de la legitimación democrática del derecho, se quiebra la tensión entre autonomía y heteronomía de las normas y el correspondiente carácter distintivo entre derecho y moral, de modo que parece haberse dado con la fórmula que Rousseau propuso en el Contrat por la que cada uno «no obedezca más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes»³⁴, con las importantes consecuencias que sugiere Peces-Barba: «La teoría democrática supone el más importante esfuerzo hasta ahora realizado para conseguir una racionalización de la obligación política y de la obediencia al derecho en

³² Cfr. Peces-Barba, G., *Introducción a la filosofía del Derecho*, cit. cap. III, págs. 42 y sigs.

³³ Cfr. Laporta, F., «Norma básica, Constitución y decisión por mayorías», en *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, núm. 1/84, págs. 35-57. Sobre los valores superiores del ordenamiento jurídico cfr. Peces-Barba, G., *Los valores superiores*, cit. págs. 90 y sigs.

³⁴ Cfr. Rousseau, J. J., *Du contrat social*, cit., I y VI.

tanto en cuanto convierte al ciudadano en partícipe de la voluntad política con lo que coinciden el poder con el titular de la obligación política y con el destinatario de las normas y en tanto en cuanto institucionaliza y encauza la resistencia por medio de los derechos fundamentales en sus diversas perspectivas»³⁵. La consecuencia de todo ello es clara: no hay lugar en el sistema de Rousseau para los disidentes «a quienes se les fuerza a ser libres»³⁶, precisamente en nombre de la libertad. Afortunadamente nuestros sistemas constitucionales reconocen las libertades ideológicas, religiosas y de culto, que impiden tales consecuencias. La Constitución de 1978 así los proclama, en su artículo 16 dentro de la sección primera, «de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», del capítulo segundo «Derechos y libertades», del título preliminar, gozando en consecuencia de la protección reforzada que otorga el artículo 53, a los efectos del control de constitucionalidad y de la tutela judicial de que son objeto tales derechos y libertades fundamentales. Por ello, y en este punto, en contra de lo que postula Rousseau, podemos proclamar la institucionalización de la disidencia que tiene lugar en los regímenes democráticos y pluralistas, que conlleva el reconocimiento, moral que no jurídico, de las formas de desobediencia civil³⁷, en donde será oportuno recordar el testimonio de Elías Díaz cuando advierte que, pese a las evidentes conexiones existentes entre la teoría de la legitimidad y teoría de la justicia «habrá desde luego que convenir en que caben un Derecho y un Estado legítimos, que poseen suficiente legitimidad y que, sin embargo, no todo lo que produzcan sea ya por ello mismo justo; y viceversa, que pueda darse algún caso de justicia concreta en el marco de ordenamientos jurídico-políticos carentes, cabe decir, de suficiente legitimidad»³⁸.

Por donde se plantea el tema de la obediencia/desobediencia al Derecho que parece haberse convertido en la «polémica» de la comunidad de los filósofos del Derecho, moral, y política en España. Las posturas enfrentadas en ella aun a riesgo de hacer un resumen parcial son las siguientes: el profesor González Vicén, en un trabajo que ya es clásico sobre la obediencia al derecho, afirma lo siguiente «en tanto que orden coactivo y heterónimo,

³⁵ Cfr. «La concepción democrática de la obediencia», en *El País*, 29-III-80, pág. 12.

³⁶ Cfr. Rousseau, J. J., *Du contrat social*, cit. I y VI.

³⁷ Sobre todo ello vid. Fernández, E., *La obediencia al Derecho*, Madrid, Cívitas, 1987.

³⁸ Cfr. Díaz, E., *La justificación de la Democracia*, art. cit., pág. 4.

el derecho no puede crear obligaciones porque el concepto de obligación y el de un imperativo procedente de una voluntad ajena y revestida de coacción son términos contradictorios»... para concluir con lo que constituye el fondo de su argumentación: «Mientras que no hay un fundamento ético para la obediencia al derecho, sí que hay un fundamento ético para la desobediencia. Este fundamento está constituido por la conciencia ética individual»³⁹. Esta tesis que ha permanecido durante largo tiempo estable ha sido rectificada en parte por Atienza y Elías Díaz. Dice así el primero de ellos: «Su afirmación de que no hay obligación en sentido ético para obedecer al Derecho, pero sí para desobedecerlo, tiene un innegable valor polémico pero me parece difícil de justificar. Cuando se dice que hay una obligación ética de desobedecer al Derecho parece claro que con ello no se quiere establecer la obligación de desobediencia al Derecho en cualquier caso, sino sólo en determinados supuestos. Pero entonces debería seguirse también la obligación ética de obedecer al Derecho en algunos casos, a saber, en los casos en que los mandatos jurídicos coincidan con los imperativos de la conciencia individual. La obligación ética puede ser menos obvia, menos patente, cuando coincide con la obligación jurídica, pero no por ello desaparece. En realidad, la afirmación de González Vicén es solamente sostenible si se niega (como implícitamente hace) lo siguiente: que los imperativos éticos, aunque tengan lugar en la conciencia individual puedan referirse a acciones que sobrepasen la conciencia y el individuo, es decir, a acciones sociales. Sólo si se niega a la ética toda dimensión social y, por tanto, se elimina la posibilidad de que exista un campo de coincidencia entre el Derecho y la ética (lo que no es fácil de aceptar) puede sostenerse lógicamente su afirmación»⁴⁰. En la misma línea afirma Elías Díaz respecto de la postura de González Vicén: «Pocas dudas suscita a mi modo de ver la segunda parte de la proposición, aunque yo preferiría enunciarla en términos que me parecen más exactos y expresivos de posibilidad (puede haber un fundamento ético para su desobediencia). Discrepo, en cambio, de la primera parte de tal proposición, pues en mi opinión sí puede haber un fundamento ético para la obediencia al derecho, lo mismo -y el mismo- que puede haberlo para su desobediencia, a saber la concordancia o discrepancia de fondo

³⁹ Cfr. González Vicén, F., «La obediencia al Derecho», en *Estudios de filosofía del Derecho*, La Laguna, 1979, págs. 365-398.

⁴⁰ Cfr. Atienza, M., *La filosofía del Derecho de Felipe González Vicén*, R.F.D.U.C., núm. 62/81, págs. 84 y sigs.

entre normas jurídicas y normas éticas o para decirlo al modo de González Vicén, la concordancia o discrepancia entre el derecho y la conciencia ética individual»⁴¹. En la línea que sugieran estas posiciones creo que la polémica es bastante más aparente de lo que parece, pues, en realidad unos y otros dicen lo mismo. El texto de González Vicén está escrito y pensado para un tiempo en el que ni de lejos se planteaba la tesis de la legitimación democrática del Derecho; en consecuencia, parece lógico y coherente afirmar la legitimidad ética de la desobediencia. Los de Atienza y Elías Díaz más cercanos a la realidad política y social española tras la Constitución de 1978 dicen en realidad que dada la legitimidad democrática del Derecho parece razonable afirmar que puede haber un fundamento ético tanto para la obediencia como para la desobediencia al Derecho. Las consecuencias son, creo yo, similares: donde el derecho no tiene legitimidad, hay un reducto inalcanzable e inatacable, el de la conciencia individual y de ahí de acuerdo con González Vicén, y con Thoreau cuando afirma que en un régimen injusto la cárcel es el lugar de los justos, por más que sea lamentable su existencia. Donde hay legitimación democrática, la conciencia queda también a salvo, por cuanto las libertades ideológicas y de culto quedan al amparo de la Constitución y la disidencia se institucionaliza aun cuando la praxis concreta deje bastante que desear⁴².

Distinto del supuesto de inatacabilidad de la conciencia por razones éticas en el contexto de una sociedad democrática es el supuesto de la desobediencia civil. En efecto, como muy bien pone de manifiesto González Vicén, una cosa es la soledad y la radical incomunicabilidad de la conciencia individual y otra muy distinta la desobediencia civil «que se separa tajantemente de la mera desobediencia al derecho por razones de conciencia. La desobediencia civil no sólo es un *non possumus*, sino que constituye un instrumento para la derogación de una norma o un conjunto de normas; se desobedece con el fin de lograr así un objeto concreto. Por eso la desobediencia civil es siempre pública y por eso también es susceptible de organización de ser hecha más eficaz

⁴¹ Cfr. Díaz, E., *De la maldad estatal y la soberanía popular*, cit., págs. 76-94.

⁴² Cfr. al respecto la contradictoria jurisprudencia constitucional en materia de objeción de conciencia que primero la considera como una manifestación del principio de libertad ideológica del art. 16 de la Constitución y luego afirma en sentencias posteriores que es simplemente la excepción al cumplimiento de un deber constitucional.

por la conducta disconforme de grupos más o menos numerosos o por la resonancia dada a la conciencia misma»⁴³.

Si de un lado tenemos que el sistema democrático, en aras de la legitimación democrática del Derecho, y de las libertades ideológicas que protege constitucionalmente parece excluir la figura del disidente, y de otro, que en aras de su radical soledad, la conciencia queda al margen de todo este proceso. El problema que se plantea es obvio, ¿qué hacemos con los disidentes?⁴⁴, por cuanto éstos no parece que están vinculados por el mandato de sus representantes, siendo ésta, como apunta Bobbio, una de las claves de todos los sistemas democráticos⁴⁵. Si no parece que queden afectados por las reglas del consenso, tendremos que reconocer la paradoja que entraña el hecho de que el voto vincula sólo y en la medida en que no afecta a cuestiones de conciencia. De ahí el reconocimiento de la llamada objeción de conciencia que en este punto alcanza todo su significado, por cuanto el objetor rechaza por un imperativo moral de su conciencia cuanto otros (sus representantes) han dispuesto en aras de la legitimidad que poseen⁴⁶. Y en definitiva, se plantea la paradoja de afirmar que el voto democrático en los sistemas representativos y pluralistas (otra cosa sucede en los sistemas democráticos no pluralistas) es un voto no concienciado. Ello es claro en los supuestos en que por su trascendencia e importancia, los partidos dejan en libertad a sus diputados para que voten en conciencia. Supuesto éste en el que no hay consenso posible ni representación viable por cuanto quienes en tales momentos depositan el voto no se están representando más que a sí mismos y únicamente a sí mismos. De ahí la utilización como alternativa a los mecanismos de representación de instituciones como el referéndum que se asemejan más a la democracia directa que a la representativa, con el grave inconveniente añadido del de la devaluación de las

⁴³ Cfr. *La obediencia al Derecho*, art. cit., pág. 292; sobre el tema cfr. Malen, J., *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Barcelona, Ariel, 1988. Vid. también, Rodríguez Paniagua, J. M.^a, «La desobediencia civil», en *Lecciones de Derecho natural como introducción al Derecho*, Madrid, Univ. Compl., 1985, págs. 145 y sigs., y Garzón Valdés, E., «Acerca de la desobediencia civil», en *Sistema*, 42/81, págs. 79 a 93.

⁴⁴ Cfr. Ballesteros, J., y De Lucas, F. J., *Sobre los límites del principio de disidencia*, en J. Muguerza y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, cit., págs. 87 y sigs.

⁴⁵ Cfr. *El futuro de la democracia*, cit., págs. 52 y sigs.

⁴⁶ Cfr. De Lucas, Vidal y Añón, «La objeción de conciencia según el Tribunal Constitucional. Algunas dudas razonables», en *Revista General de Legislación*, Valencia, enero 1988.

reglas de juego del sistema democrático representativo, por cuanto que éste sólo será válido para formalizar acuerdos «intrascendentes», ya que los que afectan a ámbitos más valiosos tendrán que ser adoptados por otros medios.

III

Todo lo cual nos remite al tercero de los puntos que queríamos plantear: el de la posible confusión/separación de las relaciones entre Derecho y moral que se produce a consecuencia del funcionamiento de los mecanismos de representación y construcción del consenso en las sociedades democráticas y pluralistas. Este es un tema de permanente actualidad y que quizá necesite de una revisión a fondo que la comunidad científica trata de realizar en no pocas ocasiones. Así, vemos cómo en el número primero de la revista *DOXA* un significativo grupo de filósofos del derecho, entre ellos los profesores Garzón Valdés y Javier de Lucas, señalan el tema y sus derivaciones, en concreto la que afecta al problema de la obediencia/desobediencia al Derecho como uno de los principales centros de atención de su investigación. Recientemente, también los Anales de la Cátedra Francisco Suárez han dedicado un monográfico al tema que nos ocupa⁴⁷.

Como antes dije, la legitimación democrática del derecho ha empañado la nítida distinción (si es que alguna vez existió) que trazara el positivismo entre el derecho y la moral, al afirmar el derecho como un orden no heterónimo sino autónomo en el que cada uno de los ciudadanos, cuando obedece a los demás no se obedece más que a sí mismo y no está por consiguiente sujeto más que a su propia conciencia, única fuente de la que es posible generar obligaciones. Decía antes que el positivismo ha trazado una nítida distinción entre derecho y moral que alcanza su punto culminante en Hart, con la distinción entre derecho válido aunque injusto y derecho justo, esto es entre la validez del derecho que es una cuestión de hecho y la justicia o valor del derecho que es una cuestión de valor. Con ello no hace sino desmentir la confusión entre uno y otro órdenes normativos que trazara el iusnaturalismo cuando subordina la validez del derecho al valor del derecho, según los conocidos textos de S. Agustín «Nam

⁴⁷ Cfr. *DOXA*, «Cuadernos de filosofía del Derecho», *Problemas abiertos en la filosofía del Derecho*, núm. 1, Alicante, 1984, y «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», *Derecho y Moral*, núm. 28, Granada, 1988.

mihī lex esse non videtur, quae iusta non fuerit»⁴⁸, y de Sto. Tomás de Aquino cuando ratificando el testimonio de S. Agustín añade: «Unde omnis lex humanitus posita in tantum habet de ratione legis in quantum a lege naturale derivatur. Si vero in aliquo a lege naturale discordet, iam non erit lex, sed legis corruptio»⁴⁹. Punto éste en el que se da la confusión plena entre ambos órdenes normativos, y a partir del cual se produce la reducción (ideológica) del concepto de derecho al valor del derecho por cuanto sólo son leyes las que previamente han sido calificadas como justas, y por definición todo derecho en consecuencia será un derecho justo que obligará no sólo «propter iram», sino también «in consciencia».

Tampoco está exento de complicaciones el tema desde el positivismo jurídico, y de ahí que manifestáramos un interrogante cuando antes planteamos el tema de la «nítida» distinción que se le atribuye en esta materia. Si observamos lo que sucede en el ámbito del positivismo jurídico veremos que, o bien el derecho se reduce a su procedimentalidad de modo que su legitimidad se afirme a través del cumplimiento y observancia de un cierto número de reglas procedimentales, o bien se tiene que afirmar que el derecho así producido es no sólo formal sino también materialmente justo y en consecuencia se ha de obedecer necesariamente, con lo que estaríamos ante un positivismo ideológico construido a través de las reglas de la democracia representativa, con los consiguientes problemas en torno al tema de la obediencia/desobediencia y al reconocimiento de los disidentes, que correrían el riesgo por su falta de reconocimiento de ser forzados a ser rousseaunianamente libres. Pero ya sabemos que los derroteros se encaminan por otro lado, hasta el punto de que concluíamos la segunda parte de este trabajo afirmando la imposibilidad de que la conciencia individual quedara vinculada por las decisiones mayoritarias de los representantes. En este caso, se plantea el problema opuesto, el de la desvalorización del derecho por cuanto que sólo afecta al ámbito de lo externo y de lo indiferente que se manifiesta en la tradición aristotélico-tomista y también en la tradición kantiana. De lo valioso, de lo importante y fundamental, ya se ocupan otras instancias ajenas a la dinámica democrática, pluralista y representativa, lo que da lugar a un

⁴⁸ Cfr. Agustín de Hipona, «De libero arbitrio», en *Obras de San Agustín*, t. III, Madrid, B.A.C., 1947, Libro I, V.

⁴⁹ Cfr. Tomás de Aquino, *Suma teológica. Tratado de la ley*, t. VI, Madrid, B.A.C., 1956, 1-2, q.95 a.2.

paternalismo⁵⁰ ideológico ciertamente peligroso y preocupante que cuenta con no pocos candidatos en los momentos y en los regímenes actuales. Así la tutela religiosa que se ejerce desde las iglesias que pretenden para sí el monopolio moral de la sociedad, la política a través de los procesos de sacralización del Estado⁵¹, y la cultural económica y social que se proyecta desde la cultura dominante y los medios de comunicación de masas. En contrapartida creo que para nuestro ordenamiento jurídico constitucional el derecho es algo más valioso incluso desde el punto de vista ético de lo que estas posiciones prevén, hasta el punto de que sus decisiones pueden comprometer la conciencia individual, ya que también puede y debe existir una obligación moral de obediencia al derecho. Como alternativa y posible pero improbable vía de solución propondría los siguientes puntos: en primer lugar, mantener en la línea del mejor positivismo, esto es de Hart⁵² y Bobbio⁵³, frente a Dworkin⁵⁴ y la tesis de los derechos morales que creo no hace más que confundir aún más si cabe, las cosas, la separación conceptual admitiendo, eso sí, la conexión contingente de ambos órdenes normativos, y en consecuencia, distinguir el derecho válido que puede ser justo e injusto, del derecho justo. En segundo lugar, mantener la necesaria conexión entre uno y otro órdenes normativos que permanecen diferenciados aunque relacionados a fin de obviar la reducción del derecho a fuerza de un lado y la moralización del derecho de otro con la consiguiente pérdida de sentido que ambas conllevan en el

⁵⁰ Sobre el paternalismo, cfr. *DOXA*, 5/88, con artículos de Garzón-Valdés, Dieterlen, Camps, Atienza y De Lucas, págs. 155 y sigs., vid. además, Atienza, M., *Paternalismo y consenso*, en J. Muguerza y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, cit., págs. 81 y sigs.

⁵¹ Cfr. De Lucas, F. J., *La noción de defensa y la crisis de legitimidad, ¿qué significa defensa?*, en A.F.D., págs. 76-95.

⁵² Sobre Hart cfr. De Páramo, J. R., *H. L. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Madrid, C.E.C., 1984, págs. 335 y sigs., y su reciente «Entrevista a H. L. Hart», en *DOXA*, 5/88, págs. 339 y sigs., vid. también Carrió, G., *H. L. Hart. Derecho y moral: contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962, y Fernández, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1984, págs. 65 y sigs.

⁵³ Sobre Bobbio, cfr. Ruiz Miguel, A., *Filosofía y Derecho en N. Bobbio*, Madrid, C.E.C., 1983, especialmente el cap. IV, págs. 309 y sigs.

⁵⁴ Sobre Dworkin y el problema de los derechos morales cfr. De Lucas, F. J., «Una consecuencia de la tesis de los derechos. La desobediencia civil según R. Dworkin», en *DOXA*, 2/85, págs. 197-209; Calsamiglia, A., «Por qué es importante Dworkin», en *DOXA*, 2/85, págs. 159 y sigs., y Prieto, L., «Teoría del Derecho y filosofía política en R. Dworkin», en *R.E.D.C.*, 14/85, págs. 353 y sigs.

tema de la representación y de la obligación de obediencia a la ley. Afirmar en tercer lugar la posibilidad de que el derecho pueda obligar en conciencia; así sucederá cuando las decisiones no sólo sean formal y procedimentalmente correctas, sino también justas, esto es, en consonancia con lo que constituyen los valores superiores del ordenamiento jurídico, y finalmente y en quinto lugar, fijar un límite a las decisiones así tomadas, que no es otro que el constitucionalmente reconocido y contradictoriamente desarrollado principio de libertad ideológica y objeción de conciencia que de aquel deriva, como límite infranqueable para las decisiones mayoritarias.

SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

La dificultad de un breve comentario sobre los trabajos que anteceden es tan evidente que hace casi innecesaria las disculpas por la entidad (escasa) de esta nota. En efecto, las posibles sugerencias, propuestas de discusión e incluso críticas parecerían exigir, cuando menos, algo más incluso que un volumen monográfico de *Doxa*, pero no es ése, evidentemente, el caso. Trataré de organizar mis observaciones en torno a dos apartados: en el primero reuniré las de carácter general, en buena medida comunes a todos los artículos, y en el segundo me limitaré a enunciar casi telegráficamente algunas consideraciones particulares.

I

El orden de las aportaciones de Ruiz Miguel, Laporta, Garzón Valdés y Vidal Gil sobre democracia y representación me parece especialmente adecuado en la medida en que el trabajo del primero tiene un carácter previo, precisamente porque se sitúa (y sitúa la discusión) en el marco general, y, al mismo tiempo, por así decirlo, en el punto de salida de tal discusión en la medida en que da por supuesto que la democracia es un sistema de gobierno justo o, por decirlo en otros términos, que la democracia es un *prius* en lo relativo a la justificación de la dominación, al problema de la legitimidad hoy (en el sentido señalado, por ejemplo, entre nosotros, en un trabajo de hace diez años por R. Paniagua). Efectivamente, algo que parece común a los cuatro trabajos es el aceptar, desde ese punto de partida y como indica Laporta, que, a su vez, la democracia representativa no constituye una especie de sucedáneo de la «auténtica democracia», la democracia directa, que no puede calificarse este modelo como «menos democrático», sino en realidad, como algo inevitable si se quiere hablar de democracia en nuestros contextos sociales, pues se trataría de una necesidad derivada de una exigencia

empírica y que, por consiguiente, como escribe Vidal siguiendo a Bobbio, en línea de principios no se trataría de encontrar los procedimientos para conseguir de nuevo reemplazar la democracia representativa por la directa, sino más bien de extender las leyes de la democracia representativa (pluralismo, participación y control) a la sociedad civil, lo que daría contenido a la tópica «profundización en la democracia». La verdad es que, como destacan expresamente casi todos ellos (así, por ejemplo, Garzón Valdés y Vidal) el problema, como advertieran Montesquieu y Rousseau, es la dificultad de realizar la democracia directa fuera del contexto de sociedades homogéneas y reducidas, sociedades que, obviamente, no son las nuestras desde siglos: de ahí el paradigmático razonamiento triádico con el que Laporta resume la justificación tradicional de la representación. En el fondo, como indica Mill, a quien se recurre abundantemente, gobierno democrático sería sinónimo de «gobierno representativo». En este sentido, me ha parecido especialmente sugestivo el análisis realizado en la primera parte del trabajo de Laporta, acudiendo a una tradición sociológica y antropológica para la cual el fenómeno clave es la aparición y desarrollo de la división del trabajo. En la exposición de Laporta subyace *-obiter dictum-* el análisis que podríamos calificar como «positivo» de la división del trabajo tal como lo introdujera Durkheim (y posteriormente, por lo que se refiere a la explicación atinente al ámbito jurídico, Kelsen, que vuelve a utilizar la metáfora biológica -órgano y función- tan frecuente en la primera etapa del desarrollo de la sociología y que, en el caso concreto de Durkheim, éste toma de Espinas, Spencer y Schaeffle). Es Durkheim, en efecto, quien comprende de modo magistral -y lo han recordado más recientemente Habermas y, entre nosotros, Pellicani en un artículo sobre el individualismo metodológico sobre el que habré de volver para comentar otras indicaciones del propio Laporta- que decir «social» es decir reglas coactivas de comportamiento, y es él quien valora el Derecho como el más importante y claro símbolo de lo social: ese es un sentido coincidente, según creo, en gran medida, con la tesis inicial de Laporta acerca de la representación, recogiendo la conocida afirmación de Honoré acerca de las normas como rasgo definitorio del grupo social (desde luego, coincidente también con la construcción de Hart), desde el rechazo explícito de Laporta del individualismo metodológico que abocaría los esfuerzos de justificación de la representación al callejón sin salida de la cláusula de imposibilidad. Sin embargo, cabría observar aquí, o mejor recordar, algo que seguramente no olvida Laporta, como tampoco, por ejemplo,

Garzón Valdés y Vidal que expresamente lo invocan: hay otra consideración posible del fenómeno de la división social del trabajo, una consideración, desde luego, que está detrás (aun en muchos casos inconscientemente) de la crítica «de izquierda» a la representación: cuando se acepta, como lo hace Marx, que en el proceso histórico la división del trabajo es un fenómeno clave, desde luego, pero se pone en cuestión el carácter «inevitable» del sentido de la evolución de la división del trabajo, desde el análisis del proceso a través del cual ésta impondría la explotación, la alienación, proceso del que forman parte como frutos mayores de dicho fenómeno originario la aparición del Derecho y del Estado. En otras palabras, sería la división del trabajo la que impondría un modelo de organización social que, como ha recordado Capella (entre otros lugares, en las páginas de esta revista), haría aparecer como nuevo medio necesario de producción un saber científico-técnico (lo que nos recuerda Habermas con otros acentos pero no tan lejanas consecuencias para el análisis de nuestras sociedades, desde su tesis de la ciencia y la técnica como ideología) que, por su parte, da lugar a la existencia de una elite de poder -lo que será luego la clase dominante-, esto es, al conflicto nuevo en clave de clase, un conflicto que comienza en la contraposición entre asignación del trabajo y distribución del producto, de donde, finalmente, la «necesidad» de institucionalización cotidiana de la violencia que constituirían la aparición de Derecho y poder político. Por supuesto, no se trata aquí de la ingenua demanda de revisión de una y otra tradiciones, aunque quizás sí pudiera tener algún mínimo interés considerar si dentro de esa «necesidad social de diferenciación de roles» que «se da por supuesta», y que está en la base de la ineludible aparición de la representación si es que se pretende un modelo democrático, no cabría tal vez plantear la posibilidad de otros sentidos, orientaciones y manifestaciones de la evolución de la división del trabajo y, sobre todo, si, en efecto, dicha realidad social explicaría más bien sólo -como parece entender incluso Weber, aunque en el fondo retroceda- la primera fase de la aparición del fenómeno de la dominación, lo que es algo bien distinto. Por cierto que no se trata de una consideración que escape a las tesis de Laporta, para quien la representación es la consecuencia de una fase más, siempre insoslayable, de la evolución de la organización social, una consecuencia de la progresiva complejidad, heterogeneidad y atomización de los intereses propios de las sociedades modernas y del incremento casi exponencial de lo que Ruiz Miguel llama, con la tradición clásica, el ámbito personal de los sistemas políticos, del volumen de población, una tesis

que también podemos encontrar en Durkheim y que, tal como es condensada en los epígrafes *a)* al *d)* del apartado III de Laporta constituye una línea de razonamiento coincidente en gran medida con la explicación de Hart sobre la aparición del Derecho como conjunto de reglas primarias y secundarias.

Sin embargo, y aun reconociendo la fuerza de la argumentación que ofrece Laporta, sobre todo por lo que respecta a la crítica de las construcciones que se apoyan en el individualismo metodológico, me parece que la explicación que ofrece Garzón Valdés (y que, en buena parte, es complementaria de la de Laporta) siguiendo las tesis de Kelsen, sería más satisfactoria e incluso más consistente con el punto de partida de ambos trabajos (también de los de Ruiz Miguel y, en otra medida, del de Vidal): la valoración del principio de autonomía individual como supuesto en el que se asienta el mismo fundamento de la democracia: lo que Laporta llama el individualismo ético, el principio de no dictadura de Arrow invocado a su vez por Garzón tras la huella de Mill al establecer el criterio básico de la libre elección de planes de vida. Efectivamente, el parlamentarismo sería un compromiso entre la exigencia democrática de libertad y la división del trabajo impuesta por las modernas sociedades nacionales, y la representación no sería más que la ficción que trata de legitimarlo desde el punto de vista de la soberanía popular (Kelsen la califica, en otro lugar, como ideología -en el sentido preciso de construcción no científica- cuya función es «ocultar la situación real y mantener la ilusión de que el legislador es el pueblo, a pesar de que en realidad la función del pueblo -o, dicho más correctamente, del cuerpo electoral- se encuentra limitada a la creación del órgano legislativo»). El eje del compromiso, como indica Garzón, sería la clave: el principio de mayoría (distinto del dominio de la mayoría) más la protección de las minorías, lo que exigiría conceptualmente el catálogo de derechos humanos. Pero sobre esto habrá que volver después.

Creo que otra dificultad -que no me arriesgo a considerar objeción- en los planteamientos de Laporta y sobre todo de Garzón Valdés (me parece que también de Vidal) es precisamente la que deriva de admitir que el supuesto fáctico de la inevitabilidad de la representación es la existencia de sociedades heterogéneas, y, al mismo tiempo, en el plano normativo (no es ésta la única contradicción entre ambos planos: por ejemplo, aunque también sobre ello volveremos, entre el marco analítico y el normativo en lo que respecta a las tesis de la democracia económica y a las exigencias éticas no utilitaristas) se proponen unos criterios que exigirían un modelo de sociedades dotadas de

un mínimo -quizá no tan pequeño, si se lee bien- grado de homogeneidad social: en Garzón Valdés esto es consecuencia de adoptar las tesis de Kelsen (aunque también es un punto de vista que se encuentra en Burke y Schmitt, pese a las diferencias en los planteamientos, derivadas sobre todo del relativismo axiológico de Kelsen frente al objetivismo platónico de aquéllos): en definitiva, la heterogeneidad, sobre todo la heterogeneidad económico-social, es una amenaza para la posibilidad de la «condición de esperanza» y el requisito de equilibrio de poder que Garzón Valdés extrae de Buchanan y Heller, a pesar de que parece haber una restricción de dicho grado de homogeneidad a lo que Garzón Valdés llama el «coto vedado». No tengo tan claro que la homogeneidad económico-social (la redistribución de la riqueza, la igualdad material, la equiparación en el punto de partida) esté incluida de la misma forma entre las condiciones que, según Laporta, legitimarían como justa a una institución social, si bien hay que reconocer que incluye en el punto 3.e) una fórmula que parece atender a ello, aunque la generalidad del enunciado parece insuficiente: «tratar a todos por igual» (que es tanto -y tan poco- como decir «dar a cada uno lo suyo»). Algo similar sucede con las tesis de Ruiz Miguel, sobre todo cuando afirma que «los derechos a la igualdad y libertad en esferas no políticas como ... la igualdad laboral» pueden «ser violados sin riesgo para la limpieza del propio juego democrático», y también con las de Vidal, aunque en él, cuando sigue las directrices de Bobbio, parece observarse alguna precaución adicional (por ejemplo, en base a la distinción de Bobbio entre pequeño y gran mercado, o al invocar las críticas de Marx), pero, si se me permite decirlo en otros términos, tampoco en ese trabajo aparece una consideración acerca de las contradicciones entre el mercado (o, más genéricamente, el capitalismo) como modo de producción y la asamblea de representantes, la democracia representativa como forma legítima de dominación. Ya Mill, sin embargo, se debatía en el convencimiento de tal incompatibilidad, como puede verse con claridad en su propuesta de sistema de voto plural (circunstancia que, por cierto, cuando se invoca a Mill en los trabajos que comento, solamente menciona Ruiz Miguel) al paso de su conocida reflexión sobre el gobierno representativo: me refiero al voto de calidad de empresarios, banqueros y comerciantes para compensar el desequilibrio del voto de la mayoría desprovista de recursos (desde luego, sí que se afirma expresamente en todos los artículos -¡faltaría!- el requisito del voto igual universal, pero no se recuerda la posición de Mill). Hoy, desde luego, parecería que el capitalismo fuera el único sistema compatible

con la democracia (polacos y húngaros entregados como conversos a pregonarlo, para satisfacción de no pocos: recuérdense las afirmaciones de Walesa) desde una perspectiva que parece reafirmar aún más la virtualidad de la aplicación del análisis económico en el ámbito político. Ejemplos de esto último son la utilización por Laporta de la concepción económica de la democracia de Schumpeter (no sólo en el artículo que comento: ya ha desarrollado brillantemente la aplicación de ese instrumental teórico en otros trabajos) y Downs en el marco analítico, y la de Buchanan y también en cierto modo de Gauthier por parte de Garzón Valdés. A este respecto, habría que admitir que hoy la concepción de Schumpeter (la democracia como elección global entre diversas opciones en competencia por el voto) es mucho más útil desde el punto de vista de la comprensión de la realidad que las fórmulas de Lincoln, pero no es menos cierto que ese *approach* metodológico (como seguramente le gustaría decir a Garzón Valdés) comporta no pocos riesgos, sobre todo cuando se trata de formular propuestas, cuando se pasa al plano normativo: de un lado, esa visión económica del elector como cliente puede abocar, como en las últimas propuestas de Brennan (un colaborador crítico, pero estrecho, de Buchanan) a un análisis de las expectativas y criterios de decisión que pueden desproveer de fundamento racional a la democracia misma, al disolver el mecanismo básico de la representación, el voto -su motivación- en mero cálculo de beneficio individual en el que los intereses generales, la solidaridad, la igualdad o la distribución de la riqueza brillan por su ausencia, cuando no, ante la imposibilidad de prever eficazmente tal beneficio, en la adhesión característica de las manifestaciones de masa, en la mera expresión de un sentimiento de simpatía (desde luego en el sentido fuerte del término, lo que daría para otro comentario) similar al de un *supporter* en el fútbol británico. De otra parte, como subrayan sin embargo los cuatro y muy claramente Laporta, aparece el riesgo de sustituir el debate democrático por un juego de negociación entre corporaciones, en el que los intereses de los ciudadanos pueden ser sustituidos -o simplemente inducidos artificialmente- por los de los grandes agentes económicos.

Otra de las posibles observaciones, que afectaría a la justificación misma de la representación, es la relativa a la relación entre representantes y representados. Aquí planean entre otras dificultades, como advierte Ruiz Miguel, la propia determinación del concepto de «afectados» (sobre lo que volveré en II), pero, sobre todo, la ambigüedad de la noción misma de representación. Aunque, en este sentido, el análisis de Laporta (con el que coincide

no poco Vidal, siguiendo a Bobbio) partiendo de la taxonomía de Pitkin es, en mi opinión, básico, subsisten por mi parte algunas dudas que afectarían a la justificación misma de la representación. Si aceptamos como descripción de la realidad la inversión del mecanismo de representación propio del Derecho privado (en la tipología de Laporta, la representación 3 y la 4) realizada por el Derecho público -porque, como advierte Bourdeau, «el papel de los representantes no es expresar una voluntad que sería preexistente en el cuerpo nacional. Es, según los términos que resurgen sin cesar en las obras de los técnicos franceses de la democracia, querer por la nación»- se plantea el problema de qué se representa: Laporta rechaza la respuesta que remite a los intereses de los representados, porque entiende que lo importante son las decisiones sobre los intereses y su gestión, y no la determinación del concreto interés de cada uno, y por ello desplaza el problema a las cuestiones de la representación como autorización y del control periódico de los representantes, para concluir la naturaleza esencialmente formal o procedimental de la representación. Por su parte, Garzón Valdés, tras subrayar el punto de vista de Burke sobre la incompetencia básica de las propuestas de los representados («opiniones»), estima que la clave es, por el contrario, la noción de intereses, si bien corregida: la «idea correcta» de interés que pudiera permitir no un consentimiento fáctico -un compromiso- sino hipotético, en línea con Habermas, hasta llegar a incluir la noción de deseos secundarios, compatibles con la existencia de un coto vedado y que serían susceptibles de la misma justificación ética que los intereses particulares en Habermas. Entiendo que la noción de interés no es eliminable del concepto de representación, y que no hay tanta diferencia real entre las posiciones de Laporta y Garzón Valdés. En efecto, con Laporta, habría que destacar el problema de los intereses generales, lo que acerca su posición a las otras, pero además, si bien, con Ruiz Miguel, es necesario reconocer que la justificación de la democracia depende del contenido de la justificación y no de la forma o método utilizado, y, con Garzón Valdés, que no basta con una justificación instrumental de la representación, no creo que la propuesta de Laporta sea meramente instrumental: él mismo relativiza esa afirmación desde el momento en que invoca condiciones procedimentales básicas que son «de inequívoca naturaleza racional o moral», y por lo que respecta al procedimiento de designación de representantes exige rasgos como «la igual consideración de los afectados, la libertad de acción y decisión, un amplio intercambio de opiniones y el principio mayoritario», a lo que habría que añadir el sentido

no meramente formal de la periodicidad en la rendición/control de cuentas por parte de los representados (y recordamos el paso de Aristóteles sobre el significado e importancia de la alternancia en el poder).

Por otra parte, en la relación entre representantes y representados subsisten dos problemas a los que los autores que preceden prestan desigual atención: el primero de ellos es el de la progresiva burocratización de los representantes (y la consiguiente ley de bronce de Michels) y el segundo el de la apatía/indiferencia y ausencia de control por parte de los representados. Ambos tendrían un origen común: la creciente dificultad y por ello la especialización en la gestión de los asuntos públicos. En el fondo, es el problema ya denunciado en el famoso pasaje de Rousseau sobre el sistema parlamentario inglés (que cita Vidal). Es verdad que, por ejemplo, como señala también Vidal, el problema de la creciente complejidad de la decisión política sitúa en un grado de incompetencia (y proporcionalmente de distanciamiento) a los representados (basta pensar en el recurso a técnicos y burócratas en las comisiones del Parlamento), por no hablar de la responsabilidad de los aparatos de partido en las decisiones tanto primarias como de lo que Ruiz Miguel llama, siguiendo a Dahl, «control de la agenda», las metadecisiones: cabría recordar que si bien no hay mandato imperativo, sí existen *ab initio* listas cerradas e, *in exercitio*, disciplina de voto. Por lo demás, parece subyacer un planteamiento cercano al paternalismo en algunas tomas de posición de Ruiz Miguel y Garzón Valdés (riesgo denunciado, por cierto, por Laporta: «en el ámbito de la política no parece que tenga justificación alguna el definir la representación sin prever un lugar destacado en la misma para las preferencias expresadas de los representados»). Por ejemplo, cuando el primero exige respecto a las metadecisiones «consciencia de su posibilidad y oportunidad», o cuando plantea el problema de las metametadecisiones. Por su parte, Garzón Valdés subraya en exceso, a mi modo de ver, la incompetencia básica de los representados, paradójicamente en línea con Burke (al que critica con su habitual perspicacia) en base al carácter subjetivo y voluble de las «opiniones» de los representados, en contraposición con sus intereses que, sin embargo, en la construcción de Garzón Valdés nunca son realmente, según me parece, tales intereses propios de los representados: los primarios, porque en realidad son objetivos e independientes de su voluntad (los bienes básicos); los secundarios, porque no deben ser formulados expresamente, sino supuestos racionalmente por los representantes desde un consentimiento hipotético de los representados

«a lo Habermas» si se me permite la expresión, aunque el propio Garzón Valdés advierte al respecto contra un «paternalismo legislativo injustificable». Sin embargo, debo añadir inmediatamente que la formulación que ofrece Ernesto Garzón Valdés sobre el núcleo de la actividad del representante (me refiero a la tesis inicial del apartado III.2.f: «el ámbito de gestión del representante es, por una parte el del afianzamiento de la vigencia efectiva de los bienes básicos... pero también el campo de la negociación y el compromiso») me parece casi enteramente suscribible con sólo algunas matizaciones que recogeré a continuación.

Por último, en lo que concierne (y dentro de las limitaciones propias: no pretendo que éstas sean las únicas consideraciones posibles, desde luego) a estas observaciones generales, restaría el problema de los límites al ámbito de decisión que diría Ruiz Miguel, o, en expresión de Garzón Valdés, el problema del «coto vedado». Si aceptamos el presupuesto al que me he referido con anterioridad, está claro que existiría un grupo de cuestiones que afectan a la institución de la representación y quedan fuera del alcance de disposición de los representantes. Sería así, por ejemplo, en el caso de las metametadecisiones, aunque con algún matiz que trataré de precisar en el apartado II. Sería así, desde luego, en lo tocante a lo que Garzón Valdés llama el coto vedado, y ello porque (Ruiz Miguel, invocando a Elías Días) la democracia no agota la legitimidad ni la justicia: los bienes básicos para la realización del plan de vida, en línea con Rawls (bienes primarios) o intereses universalizables, por seguir a Habermas. Estos se caracterizan, además, por una condición expansiva, respecto a los cuales sería indiferente el consenso fáctico de representados o representantes, y cuya vigencia efectiva es independiente de la voluntad, deseos o intereses de los integrantes de la comunidad, porque no aceptarlos (y esto es un razonamiento que me parece a su vez paternalista) sería prueba de irracionalidad, de incompetencia. Lógicamente, respecto a los elementos integrantes del coto vedado, subsisten buena parte de los interrogantes relativos al concepto y fundamentación de los derechos humanos (que, por supuesto, Garzón Valdés no pretende resolver aquí): en primer lugar su propio catálogo, pues ¿cuáles son los derechos que se han de incluir en él? ¿Cómo se establecen o mejor, cómo se encuentran y conocen? A todo esto hay que añadir la contradicción entre el carácter pretendidamente universal e imparcial de esos derechos y la situación real, de donde resulta necesario concluir que, o bien no es cierto que no haya sociedades justas sin su reconocimiento y establecimiento, o

acordar que este paradigma de sociedad justa pertenece al orden de los sueños que, como recuerda Ruiz Miguel, es algo gratuito. Sucede aquí, en mi opinión, lo mismo que con las condiciones expresadas por Laporta, que resultarían aceptables en tanto que horizonte normativo, pero difícilmente permitirían aceptar como justa ninguna institución social (y, sobre todo, la democracia representativa) existente en la actualidad. En relación con este problema y con el anterior, me parece especialmente relevante algo que ya propuse en su momento a Laporta (como se ve, sin demasiado éxito): la introducción del principio de publicidad como condición de justificación de la democracia representativa (especialmente de la representativa). En efecto, tanto Garzón Valdés como Vidal recogen expresamente la crítica de Schmitt sobre ese punto en relación con el funcionamiento del pleno del Parlamento y, posteriormente, cuando se hace eco Garzón Valdés de la concepción del Parlamento en Kelsen como prosecución de la línea media entre mayoría y minorías, como garantía para oír la voz de las minorías y para que haya posibilidad de control de la mayoría, sobre todo cuando ésta es absoluta (en ese caso el único control posible es precisamente el de la publicidad y el recurso a los instrumentos privilegiados de la misma significativamente la prensa y la radio y televisión). En ese sentido, como he tratado de argumentar en otros lugares, la publicidad aparecería como una de las condiciones o elementos lógicos de la democracia, exigencia incrementada para hacer posible el control de la gestión de los representantes, el verdadero debate parlamentario, la garantía de los derechos y de la existencia del pluralismo. Como barrera, pues, de un lado, contra la tendencia a la burocracia y la especialización que devienen casi forzosamente en el secreto, y, de otra parte, como antídoto frente al problema de la abstención que señala Ruiz Miguel, la apatía y el desinterés de los ciudadanos por las cosas públicas, el peligro que ya entrevieran Mill y sobre todo (como señala R. Paniagua) Tocqueville, una tendencia que acaba venciendo la propia soberanía política democrática, porque ésta sólo permite salir un momento de la dependencia e indiferencia (como Rousseau: el momento de acudir a las urnas), mientras que aquella «los conduce a renunciar al uso de su voluntad; extingue así poco a poco su espíritu y enerva su alma».

II

Se me permitirá, para terminar, tan sólo algunas brevísimas

consideraciones más particulares en relación con cada uno de los trabajos:

1. En el ensayo de Ruiz Miguel tendría algunas dudas sobre las siguientes cuestiones:

a) Es verdad que en el intento de delimitar la noción clave de «afectados» se desecha el criterio subjetivo en aras del objetivo, pero permanece el problema de la definición. ¿Cómo establecer quién es el afectado? Recuerdo dos contraejemplos formulados por Garzón Valdés, el caso del ciudadano panameño respecto a las elecciones presidenciales en Estados Unidos (al que alude Ruiz Miguel) y el del millonario respecto a la huelga de RENFE. Tampoco el criterio de pertenencia nacional (criterio de «membrecía») lo resuelve, como advierte también Ruiz Miguel, que indica él mismo los contraejemplos de los extranjeros en las elecciones locales y el más dudoso aun de las «generaciones futuras».

b) En la medida en que se sostiene que, sobre todo cara a los conflictos que plantea el ámbito local (o autonómico) de la democracia «termina apareciendo la vieja fórmula del Estado nacional» como instancia ulterior decisoria, no acabo de comprender las razones que le hacen optar, en el ámbito mundial, por una organización internacional centralizadora cuyas decisiones, para ser democráticas «deberían seguir el camino de la igualdad individual y no estatal».

c) Finalmente, me parece que las nociones de compromiso y pacto de un lado, y unanimidad o consenso de otro, tal como las formula Ruiz Miguel, inducen a algunos problemas conceptuales que se resolverían si se adoptase el uso de esos términos que, en el mismo contexto, propone Garzón Valdés, tras haber examinado, por ejemplo, las diferencias entre las posiciones de Schmitt, Kelsen y Habermas al respecto.

2. En lo que hace al artículo de Laporta, me limitaré a dos cuestiones que me parecen de especial interés:

a) En lo que toca a la tipología de la representación, me parece que habría que señalar en primer lugar que, en realidad, la dimensión jurídica de la representación no se limita a la representación-3. En realidad, bien pensado (y lo digo porque creo que el propio Laporta así lo sostenía expresamente, al menos inicialmente), las especies 3, 4 y 5 de la representación no son más que tres momentos de la misma, relativos al origen, contenido y resultado de la misma, de forma que podría presentarse la representación como un subsistema normativo (con normas de origen, cambio y organización). Por lo demás, no estoy tan seguro de que sea tan sencillo descartar la representación-reflejo

(la representación-2): en primer lugar, porque el criterio material no es tan absurdo (y basta pensar en el régimen de designación de presidente en las comunidades de vecinos, o en formas de composición de asambleas por mero sorteo o turno); en todos esos supuestos, si se conserva la alternancia y la rendición de cuentas no se ve por qué razón este sistema ha de ser necesaria mente más propicio a la «representación virtual», a la suplantación de la voluntad de los representantes (¿y qué significa la tesis de Michels?), lo que, por otra parte, matizaría también la objeción de imposibilidad de puesta en práctica de los métodos demoscópicos.

b) Me parece asimismo fundamental la revisión de las tesis del individualismo metodológico y, sobre todo, del deslizamiento inconsciente desde el individualismo ético al metodológico. Entiendo que el intento de evitar el problema de la justificación a través de la cláusula de imposibilidad es correcto, porque el problema de fondo es la dificultad de resolver desde esos paradigmas metodológicos los problemas de la lógica de la acción colectiva, pero no acabo de ver cómo se concilia el instrumental metodológico y conceptual (adecuado para el momento descriptivo) propio del análisis económico, con las ineludibles exigencias normativas, sobre todo si se pretende superar la ética utilitarista (a recordar lo obvio: que el individualismo metodológico, con la hipótesis básica del egoísmo racional y la maximalización de beneficios se contrapone expresamente a la perspectiva normativa). Por lo demás, no estoy muy seguro de la vía media que escoge Laporta, acudiendo a las interacciones regladas de los individuos para evitar tanto las explicaciones puramente subjetivistas como la hipostatización de lo colectivo. Creo que la dirección ofrecida por Durkheim, suficientemente corregido el sacrificio de lo individual, o, si se quiere así, que la propuesta de la perspectiva relativista-subjetivista-teleológica que ofrece Ferrari respecto a la explicación funcionalista podrían ofrecer otras perspectivas quizás más adecuadas.

3. Es cierto que a lo largo de este comentario he suscrito en gran medida las tesis de Ernesto Garzón Valdés, lo que explica, por otra parte, la telegráfica brevedad de las observaciones siguientes:

a) Cuando Garzón Valdés sostiene el carácter expansivo de los bienes básicos (y no sé si con ello trata de reproducir desde el punto de vista ontológico la tesis clásica del *Bonum diffusivum sui*, y, desde el punto de vista cognoscitivo, la tesis de Suárez de la posibilidad de cambio por incremento del contenido del Derecho natural), me gustaría conocer su posición respecto al dilema

planteado por Laporta respecto a la ampliación del catálogo de derechos (por ejemplo, los derechos de la tercera y sucesivas generaciones), y la correlativa pérdida de fuerza de los mismos.

b) En relación con la «lectura» de Kelsen que nos presenta Garzón, subsisten dudas acerca del sentido en el que puede hablarse en Kelsen de «derechos fundamentales». Parece incuestionable cuál sea la posición de Kelsen respecto a la necesidad de respetar los derechos de la minoría en relación con el juego democrático (y significativamente el derecho a hacerse oír) para que haya respeto al principio de mayoría y no simplemente dominio de la mayoría, pero eso parece estar un tanto lejos de la afirmación de los derechos fundamentales individuales como coto vedado a la discusión y por ende a la producción normativa.

4. Finalmente, destacaré un problema en la argumentación de mi compañero el profesor Vidal: creo que el planteamiento de la cuestión de la obligación política (de la obediencia al Derecho, tal como él lo formula) no está tan inseparablemente vinculado como él lo plantea al problema de la representación. Creo que la respuesta que ofrece Laporta a las críticas formuladas en ese sentido (hay referencia expresa a la posición de Pateman) es clara: la cuestión del fundamento de vinculatoriedad aparecería como un problema independiente, o, al menos, si se refiere así, para resolver la cuestión relativa a quién debe representar no es necesario plantearse la segunda.

CONFIRMACIONES Y PRECISIONES MÍNIMAS

Como algunos de los problemas que Javier de Lucas plantea en sus observaciones son tan peliagudos que analizarlos a fondo exigiría algo más que una mera réplica, en la presente me limitaré a confirmarlos mínimamente. Junto a ello, aprovecharé para mostrar algunos malentendidos menores que, por ello, no exigen más que unas precisiones mínimas. Por exceso o por defecto, pues, esta réplica sólo puede servir para aclarar algún punto oscuro de mi texto pero no para superar la tarea que en él mismo me propuse: plantear problemas, más bien que resolverlos.

Entre los problemas graves y profundos que no merecen sino confirmación, dos afectan de lleno a mi escrito. El primero es el relativo a la justificación y alcance de las restricciones que algunos derechos básicos -el «coto vedado», en la feliz expresión de Ernesto Garzón Valdés- han de introducir en el juego de la regla de la mayoría. Javier de Lucas, por un lado, pregunta cómo se pueden conocer (desde un punto de vista moral, se entiende) y delimitar tales derechos y, por otro lado, parece denunciarlos por su irrealizabilidad (¿o es por su irrealización?) en la práctica. Una y otra vertiente, sin embargo, afectan a muchos más conceptos y posiciones morales que las basadas en derechos, pero, en todo caso, habría sido más interesante que la crítica mostrara cómo el juego de la democracia sin más puede garantizar algunos derechos que parecen básicos, como la libertad religiosa, o, en otro caso, qué razones cabe aducir contra su protección ante eventuales mayorías opuestas. Por lo demás, confirmando de nuevo la gravedad del problema, me limitaré a no compartir la idea, de aparente progenie hegeliana, de que la «contradicción» entre la realidad y la caracterización de los derechos básicos como universales e imparciales -que es, por lo demás, la caracterización de estirpe kantiana de todo criterio

moral- permita poner en duda la validez moral de aquellos o cualesquiera otros criterios de justicia.

El segundo gran problema que mi texto le suscita a Javier de Lucas, relativo a la dificultad teórica de delimitar a los «afectados» por las decisiones democráticas, ya había sido reconocido por mí de antemano como tal problema. Ahora me cabe insistir en dos ideas al propósito que, pareciéndome básicas cuando escribí el texto, tal vez han quedado sin suficiente relieve. De una parte, me pareció más interesante destacar cómo la determinación de los afectados es una tarea que se suele dar por supuesta sin grandes reflexiones críticas, antes que intentar rellenar esa laguna con criterios genéricos pero probablemente insuficientes. De otra parte, si hay algún criterio de tal tipo avalado por la reflexión crítica, el mejor y más urgente candidato para el futuro es el de que todos somos afectados relevantes por las decisiones más cruciales para la humanidad, del hambre a la guerra y del uso y control de los recursos naturales a la misma protección de los derechos más elementales.

En cuanto a pequeños malentendidos, hay tres que merecen comentario. Por el primero, Javier de Lucas me sitúa en «un planteamiento cercano al paternalismo» por exigir consciencia de posibilidad y oportunidad en las metadecisiones y por sostener -supongo, ya que alude borrosamente al asunto- que las meta-metadecisiones, es decir, los propios criterios últimos del juego democrático, no pueden ni tienen por qué ser justificadas a su vez democráticamente. La consciencia de posibilidad y oportunidad a la que me refería no es una exigencia moral, paternalista o no, para toda metadecisión, sino un requisito conceptual para no incluir como *metadecisiones por omisión* las relativas a todos los innumerables cursos de acción teóricamente posibles, pero no adoptados y ni siquiera considerados precisamente por existir cierta consciencia de que no son prácticamente posibles u oportunos. Por su parte, el que las meta-metadecisiones no sean democráticamente justificables no tiene nada de paternalista, salvo que sea paternalista el mantener cualquier criterio moral como justificado, incluido el que presume que no se debe ser paternalista.

Un segundo malentendido se produce en el supuesto contraste entre mi aceptación de la fórmula del Estado nacional y mi opinión favorable a una organización internacional centralizadora cuya representatividad debería proceder del criterio «un hombre, un voto» y no del criterio «un Estado, un voto». En realidad, el posible contraste entre estatalismo e internacionalismo desaparece en la medida en que se contemple al Estado

mundial en coexistencia con los Estados nacionales, cada uno con sus competencias. El contraste puede subsistir sólo si se defiende como excluyente el modelo histórico de la soberanía estatal-nacional, pero nunca he hecho yo tal cosa. Aun reconociéndola hoy por hoy como imprescindible, no he consagrado como excluyentemente justificada la fórmula del Estado nacional. Al contrario, lo que precisamente más destaca en mi escrito es que esa fórmula manifiesta insuficiencias que exigirían el paso a una organización política internacional con mayores competencias y, también, claro, mucho más democrática. Y en esa propuesta de transición hacia el Estado mundial, no soy capaz de ver nada de incomprensible en mi defensa de que este último también se rija por el sistema de voto individual propio de las actuales democracias estatales. Lo incomprensible sería lo opuesto, hasta mantener que deberían ser los Estados los sujetos de ese nuevo supraestado, que es una experiencia con manifiestas deficiencias ya conocidas por la práctica de la Sociedad de Naciones y de Naciones Unidas. Por eso, entre otras razones que se aducen en mi escrito, parece más prometedor el camino del sufragio individual, incipientemente iniciado en el parlamento europeo o en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

El último malentendido afecta a las ideas de compromiso, pacto, unanimidad y consenso, que utilicé en su sentido usual en la práctica de las decisiones colegiales pero que Javier de Lucas ha entendido con otros registros. Frente a lo que De Lucas afirma, no he supuesto ni sugerido que los dos primeros términos se refieran a un concepto diferenciado al de los dos segundos (es más, creo que no menciono en momento alguno la palabra «compromiso»). Lo que en cambio sí pretendía destacar -se ve que con escaso éxito- es el contraste existente entre el criterio de mayoría y el criterio del pacto: para la validez de una decisión, mientras que según el primero basta la aprobación, como máximo (es decir, en caso de exigir mayoría absoluta), de la mitad más uno de los que deciden, el segundo, en cambio, es mucho más exigente porque exige bien el acuerdo de todos y cada uno de ellos (unanimidad), bien el de un conjunto no especificado pero muy amplio, mucho más amplio que la mitad más uno, de los que deciden (consenso). También aquí cabría hacer ulteriores precisiones sobre el lugar intermedio de los criterios de mayorías cualificadas, o sobre la relación entre el criterio de mayoría y el compromiso, sea como proceso sea como resultado de cesiones mutuas en las decisiones colectivas. Pero intentarlo sería exceder de mi propósito inicial de formular algunas confirmaciones y precisiones mínimas. Ese propósito, sin embargo, no

impide que concluya agradeciendo a Javier de Lucas su lectura crítica de mi escrito y la oportunidad que así me ha ofrecido de aclararlo.



DOXA -6 (1989)

RESPUESTA A JAVIER DE LUCAS

Javier de Lucas sugiere algunos problemas muy relevantes en torno a mi trabajo. Por razones obvias mis respuestas tienen que ser concisas y poco matizadas. Pero estas son:

1. Es necesario diferenciar conceptualmente entre división del trabajo social y criterios o pautas para llevarla a cabo. Cuestionarse la división del trabajo en cuanto tal es como cuestionar se la bipedestación. Un ejercicio interesante pero inútil. En cambio sobre los criterios o pautas de división del trabajo sí cabe hablar de aspectos positivos o negativos, justos o injustos, eficientes o ineficientes, etc... No es la división del trabajo en cuanto tal la que aboca a uno u otro modelo de sociedad, sino los criterios que se han impuesto históricamente para proceder a esa división.

2. Si pensamos la conexión entre autonomía individual y democracia en el sentido de que las leyes de una sociedad democrática son leyes que cada individuo miembro se «da a sí mismo», entonces acabamos, efectivamente, en la teoría de la representación como «ficción», porque está claro que tal cosa no ocurre. No veo qué mérito pueda tener ocultar la realidad y «mantener la ilusión de que el legislador es el pueblo» mediante dicha ficción. La autonomía individual tiene que encontrar otra ubicación en el marco de una teoría de la democracia representativa. De lo contrario volvemos a la cláusula de imposibilidad o a la ficción.

3. El tema de la homogeneidad o heterogeneidad de las sociedades y su relación con la democracia me parece un tema muy delicado y sobre el que no me he pronunciado. He supuesto, efectivamente, que para hablar de grupo social humano es necesario un conjunto de pautas de coordinación de las interacciones que supongan la existencia real de una gama de conductas «esperadas», pero dentro de ello creo que cabe la más amplia «heterogeneidad». Me inclino, sin embargo, a pensar que la homogeneidad

económico-social no tiene por qué ser una pre-condición de la democracia. En principio no dejaría que fuera más allá de una mera constatación de hecho: en sociedades homogéneas las democracias se asientan mejor, funcionan mejor y son más estables. Pero asentamiento, funcionamiento, y estabilidad son, como sabemos muy bien por Garzón Valdés, propiedades disposicionales de los sistemas políticos que no afectan a su mayor o menor legitimidad. Por otra parte, creo que la noción de heterogeneidad social es muy imprecisa. Cubre un espectro que puede ir desde un estado de cosas en el que la heterogeneidad sea tal que estemos autorizados a suponer que no hay *una* sino varias sociedades distintas, hasta un estado de cosas en el que la heterogeneidad sea tan trivial como para significar solamente que los individuos de una sociedad se diferencian por rasgos personales irrelevantes. Cada uno de esos supuestos o clase de supuestos abre seguramente interrogantes particulares a una teoría normativa de la democracia. No es lo mismo, supongo, un supuesto de minoría lingüística o étnica que la llamada sociedad dual. No obstante me resisto a establecer un nexo entre fragmentación social y políticas paternalistas. Habrá que ver caso por caso.

4. La presencia de los intereses de los representados puede hacer aparecer a la democracia representativa de dos maneras distintas: *a)* Como un procedimiento que desemboca en un vector que indica el resultado de la pura negociación de intereses en conflicto (Mill, Kelsen, Sartori); *b)* Como un procedimiento para establecer los *criterios* para resolver los conflictos de intereses (Nino). Creo que la posibilidad de hallar una justificación moral para la democracia representativa camina por la segunda vía.

5. La burocratización «micheliana» de los representantes y la apatía de los representados son, ciertamente, problemas nada desdeñables, pero dudo mucho que sean inherentes a la representación política. Más bien creo que se originan al margen de ella, en rasgos tendenciales de las organizaciones orientadas a fines y en rasgos estructurales de la compleja realidad política actual. Aprovecho para decir que la hipertrofia del llamado «debate interno» en las organizaciones me parece tan poco deseable como la burocratización. Y que la sacralización de una especie de participación incesante de los ciudadanos es poco realista. Como plan de vida creo que es pura y simplemente inaguantable.

6. Respecto a la introducción del principio de publicidad (del que, por cierto, tanto he aprendido de Javier de Lucas) creí haberlo introducido en mi propuesta (a sugerencia suya, además)

como III. f), 2 y 3, es decir, como resultado de un sistema amplio de libertades y una discusión asimismo libre. Si no lo conseguí, quede aquí como introducido más explícitamente. Como quiera que en mi trabajo no me he ocupado de *qué debe hacer el representante sino de quién debe ser representante* no he podido considerar su importancia como exigencia ética de la acción política del representante. Sin duda, me parece fundamental.

7. Creo ahora que la función que trata de cumplir la teoría de la representación como cuidado de intereses, la cumple también el requisito de periodicidad de las elecciones que se contiene en el supuesto 5 (representación como disposición a responder). Si esto es así, entonces es preferible prescindir de aquella por las objeciones a que está sometida, difíciles de contra-argumentar. Las especies 4 y 5 forman una teoría de la representación más coherente y más sobria, con los mismos efectos. No estoy, por otra parte, de acuerdo con el rescate de la representación-reflejo y no veo, por cierto, que las comunidades de vecinos o las asambleas por turno o sorteo sean órganos de este tipo. Lo son más los claustros universitarios, con sus cuotas «estamentales». Y basta verlos funcionar para disipar toda apetencia de ser gobernado por tales instituciones.

8. Comparto con Javier de Lucas el rechazo a las presuposiciones de la economía del bienestar que subyacen al individualismo metodológico propio de la teoría económica de la democracia. Que haya una conexión *empírica* entre el rasgo procedimental de la periodicidad de elecciones y la consecuencia material de la toma en consideración de los intereses de los representados no tiene por qué significar que tal rasgo procedimental se *justifique* por esa conexión consecuencial. Pero este sería un tema largo para debatir.

ALGO MÁS ACERCA DEL «COTO VEDADO»

Con «telegráfica brevedad», pero no por ello sin agudo espíritu crítico, Javier de Lucas ha formulado observaciones a mi trabajo sobre la democracia representativa. Procuraré responderlas también breve y convincentemente. Dos son los aspectos centrales puestos en tela de juicio: *a)* el contenido y alcance del «coto vedado» y *b)* la posibilidad de incluir a Kelsen como partidario del «coto vedado».

a) En mi trabajo he sostenido la existencia de una vinculación conceptual entre democracia representativa y «coto vedado». Esta vinculación es válida si se acepta que la democracia representativa no significa el «dominio de la mayoría» sino la vigencia del «principio de la mayoría», dentro de un marco de homogeneidad social que permita alentar la esperanza de la autodeterminación individual.

Los derechos incluidos en el «coto vedado» son aquellos vinculados con la satisfacción de los bienes básicos, es decir, que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida. Estos bienes básicos pueden ser llamados también «necesidades básicas», en su doble versión de naturales o derivadas. Un ejemplo de necesidad básica natural es el comer o el contar con vivienda y vestido para protegerse de las inclemencias del clima. Una necesidad básica derivada es, en nuestras sociedades, el saber leer y escribir y estar vestido con un mínimo de decencia. Mientras las necesidades básicas naturales son las mismas en todas las sociedades, las derivadas cambian según los tiempos y las sociedades. Tienen, además, una tendencia a la expansión. Javier de Lucas plantea la pregunta de cómo se conocen los derechos que deben ser incluidos en el «coto vedado» y cómo se los introducen en el mismo. Esto equivale a preguntarse cómo se conocen los derechos fundamentales que están incluidos en prácticamente todas las Constituciones democráticas. Si el término «conocer» significa tan sólo enterarse de su existencia universalmente aceptada, una vía sumamente fácil es recurrir al catálogo

de derechos humanos incluidos en las declaraciones de las Naciones Unidas y aprobados por todos los Estados del mundo. Si «conocer» significa «fundamentar» o «justificar», nos encontramos con un problema de ética normativa que puede ser solucionado sin necesidad de recurrir a fundamentaciones metafísicas o teológicas. Basta pensar en las propuestas del objetivismo ético, tales como las presentadas por James S. Fishkin (*Beyond Subjective Morality - Ethical Reasoning and Political Philosophy*, Yale University Press, New Haven/Londres, 1984) o por Mario Bunge (*Treatise on Basic Philosophy*, vol. 8 [The Good and the Right], D. Reidel Publishing Company, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1989). Quien introduce este catálogo de derechos en el «coto vedado» suele ser la asamblea constituyente, el primer legislador, si es que está interesado en el establecimiento de una democracia representativa. Pero como las necesidades básicas derivadas tienen una tendencia a la expansión, es probable que con el transcurso del tiempo haya que introducir nuevos elementos en la clase de los derechos del «coto vedado», si se quiere mantener la homogeneidad social en el sentido definido en mi trabajo. Los derechos humanos de la segunda o tercera generación, suelen estar vinculados con esta tendencia expansionista de las necesidades básicas derivadas. No se trata aquí de derechos sustancialmente diferentes a los de la primera generación, sino que tienen la misma jerarquía. Por ello deben ser incluidos en el «coto vedado».

Si la mayoría se opone a su introducción tendrá que demostrar que estos nuevos derechos no responden a necesidades básicas derivadas o que su introducción es redundante. Si tal no fuera el caso habría buenas razones para pensar que la mayoría aspira tan sólo a ejercer su dominación y no tiene interés en respetar el «principio de la mayoría» o, lo que es lo mismo, la democracia representativa.

Los derechos incluidos en el «coto vedado» valen, desde luego, *prima facie*. Como señalo en la última parte de mi trabajo, pueden presentarse conflictos debido a que o bien no es posible la satisfacción simultánea de dos o más derechos básicos o bien se carece de recursos económicos suficientes. En ambos casos, la carga de la prueba de que tal es el caso corre por cuenta de quien se oponga a la satisfacción de estos derechos. Por las razones expuestas al final de mi trabajo, creo que esta exigencia no es trivial. Dicho con otras palabras: si se quiere hablar de «producción normativa» con relación al «coto vedado», ella debe ser entendida primordialmente en el sentido de la realización efectiva de los derechos incluidos en él y -si esto fuera circunstancialmente

Imposible- de su suspensión o reducción transitorias, de acuerdo con el principio de la carga de la prueba.

Me da la impresión de que javier de lucas me reprocha suavemente un exceso de paternalismo por lo que respecta a la satisfacción de los deseos secundarios de los representados, ya que yo habría sostenido que ellos no deberían «ser formulados expresamente, sino supuestos racionalmente por los representantes desde un consentimiento hipotético de los representados». Esta no es, por cierto, mi posición: no he afirmado que los deseos secundarios de los representados no deban ser respetados sino que tan sólo me he limitado a introducir una cláusula cautelar basada en la mayor información de que normalmente dispone el representante y que, por su propia calidad de tal, tiene que tomar en cuenta para dar satisfacción cabal de los deseos de los representados. Una obligación incondicionada de satisfacer los deseos secundarios de representados mal o deficientemente informados podría conducir a situaciones realmente catastróficas poniendo en peligro hasta los deseos primarios de la gente. javier de lucas posiblemente recordaría aquí el deber de información, propio de todo gobierno democrático. Ello es correcto, pero siempre el representante tendría el plus de información que le concede el hecho de su participación directa en la negociación que conduce al compromiso. Por ello, sigo pensando que el mantenimiento de la cláusula cautelar es importante.

La exigencia del respeto del «coto vedado», es decir, la vigencia plena de los derechos vinculados con la satisfacción de las necesidades básicas (o de los bienes primarios) resulta, según javier de lucas, demasiado severa y coloca a la democracia parlamentaria en «el orden de los sueños». Sería un «horizonte normativo» demasiado alto. Algo de razón tiene; posiblemente no exista en la realidad la democracia representativa perfecta. Este es un caso interesante si se lo compara con el de la dictadura perfecta. Mientras que, por ejemplo, alguien podría aducir (recordando casos como el del tratamiento de los obreros extranjeros) que un país de larga tradición democrática como suiza, no es una democracia perfecta y tal vez no encontremos ningún sistema político que pueda ser incluido sin duda alguna en la clase de las democracias perfectas, no nos costaría formular una larga lista de dictaduras perfectas: los nombres de hitler, stalin, pinochet o videla nos ofrecerían una buena guía al respecto. Una explicación plausible de esta asimetría es pensar que las dictaduras pueden ser definidas muy fácilmente recurriendo a una disyunción de condiciones necesarias y suficientes (por ejemplo, persecución de la oposición, violación sistemática de

los derechos humanos, no observancia del debido proceso legal, etc.): basta que una de estas condiciones sea verdadera para atribuirle el predicado «dictadura perfecta» al sistema político en cuestión. En el caso de la democracia representativa, nos encontramos frente a una conjunción de condiciones necesarias que sólo son suficientes en su conjunto, es decir, la no satisfacción plena de una de ellas hacen surgir dudas acerca de si puede o no aplicarse el rótulo de «democracia representativa perfecta» a un sistema político determinado. Ello no significa que el rótulo sea inútil, sino tan sólo una advertencia en el sentido de que nunca se puede estar plenamente satisfecho con el desarrollo democrático alcanzado. Si el ideal que subyace a la democracia es lograr la completa autodeterminación de cada cual, es comprensible que las «democracias reales» sean siempre un intento de aproximación a este ideal (cfr. Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1949, 288).

b) Javier de Lucas tiene también dudas «acerca del sentido en el que puede hablarse en Kelsen de “derechos fundamentales”». En mi trabajo me he limitado a citar textos de Kelsen relacionados con el tema. Al respecto es bien significativo que en *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (J. C. B. Mohr [Paul Siebeck], Tübinga, 1929, 53) afirme que «[1] la función esencial de los llamados derechos fundamentales y de libertad o derechos humanos y civiles que están garantizados en todas las Constituciones de las democracias parlamentarias modernas es la protección de la minoría». Como Kelsen se refiere a las Constituciones modernas, es de suponer que tenía también en cuenta la Constitución de Weimar. Si se echa una mirada a la misma, no es difícil comprobar que en ella figuraban no sólo derechos de libertad individual (art. 114), de libertad de conciencia y religiosa (arts. 135, 136), inviolabilidad del domicilio (art. 115) y de la correspondencia (art. 117) o libertad de prensa y de expresión (art. 118), sino también derechos tales como el derecho al trabajo (art. 163), o a la asistencia social (art. 119). Es decir, incluía un catálogo bastante completo de candidatos al «coto vedado» en su sentido fuerte. Y hay que tener en cuenta que Kelsen sostenía que si no se respetaban estos derechos, se derrumbaba el principio de la mayoría, fundamento indispensable de la democracia representativa. No es necesario sustentar una posición objetivista en la ética para sostener la necesidad de un «coto vedado»; ello requiere tan sólo proponer, como lo hace Kelsen, admitir una definición de democracia representativa que no admita el dominio de la mayoría y acepte que el «principio de la

mayoría, y por lo tanto, la idea de la democracia es una síntesis de las ideas de libertad e igualdad». (*General Theory of Law and State*, 287). La inclusión de la igualdad en la idea de democracia permite también inferir que los derechos fundamentales a los que se refiere Kelsen no se agotan en el derecho a la libre expresión de las ideas. Además, si el objeto de la discusión parlamentaria es la obtención del compromiso y si en ello consiste el «verdadero significado del principio de la mayoría» (cfr. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 57) no parece muy desacertado afirmar que las condiciones mismas que hacen posible el compromiso (el respeto del «coto vedado») no pueden, a su vez, ser objeto de negociación y compromiso. No aceptar que tal es el caso implicaría admitir la posibilidad de que las decisiones mayoritarias pudieran en todo momento destruir las bases de la democracia parlamentaria, es decir, implicaría propiciar la dictadura de la mayoría, que es justamente lo que Kelsen desea, con razón, evitar.

OBSERVACIONES A JAVIER DE LUCAS

Creo que la primera observación sobre la carencia de un planteamiento económico en materia de teoría de la representación política es justa y certera. Releyendo el trabajo constato que mi exposición, entre otros muchos defectos y carencias que generosamente elude mi amigo y compañero Javier de Lucas, adolece de un formalismo conceptual puesto que da por supuestas unas condiciones económicas homogéneas que sólo existen en el ámbito formal, con el riesgo evidente de legitimar, mediante la teoría de la representación, un modelo económico que permanece oculto y subyace a la democracia política. Las alusiones que se realizan en el texto a la división social del trabajo o al mercado político sobre las que se construye la teoría de la representación, corren el riesgo de quedar reducidas a meras declaraciones retóricas, ya que no se profundiza en sus contenidos y consecuencias. Creo además que esta es una carencia importante en la formación e investigación de la filosofía del derecho en España que venimos arrastrando más tiempo del que sería deseable, pese a las observaciones y llamadas de atención que al respecto formula E. Díaz sobre la necesidad de conectar y analizar las repercusiones que la democracia económica exige de la democracia política en el marco conceptual del Estado social y democrático de derecho. En el mismo sentido, cabría subrayar las aportaciones de Peces-Barba, en la línea de la fundamentación de un socialismo democrático; de Atienza, Capella y Laporta sobre el análisis del soporte económico de los derechos humanos; los trabajos de María José Añón sobre teoría de las necesidades en relación con los derechos humanos y los muy recientes análisis de Calsamiglia, Garzón Valdés, Ballesteros y De Lucas al respecto, todos ellos coincidentes en subrayar la carencia de un análisis económico del derecho, cuando menos con la misma intensidad con la que se

analizan otros elementos y que implica en el mejor de los casos una formalización conceptual. Todo ello sin olvidar la denuncia, y consiguiente superación del formalismo en los métodos y contenidos de la enseñanza del Derecho que formuló la comunidad de filósofos del derecho españoles en las jornadas del año 82, en las que cabría destacar, en este sentido, las aportaciones de Capella, Ballesteros y Javier de Lucas. No me queda, pues, sino reconocer y aceptar dicha objeción.

Discreparía, en cambio, de la segunda observación que realiza Javier de Lucas y que se refiere a la no necesaria conexión, desde su punto de vista, entre el tema del sujeto de la representación y el objeto de la representación con el fundamento de la obligación política. Es verdad que, como mantiene también F. Laporta siguiendo a Pateman, son dos temas conceptualmente separados, aunque no por ello exentos en mi opinión de una estrecha relación. Son efectivamente dos cosas distintas la cuestión de quién gobierna y el problema de cómo se gobierna. Así, por ejemplo, también lo considera Bobbio, que en el análisis de la tradicional tipología de las formas de gobierno distingue un criterio cuantitativo que afecta a quien gobierna, del criterio cualitativo que permite valorar cómo se gobierna y distinguir, en consecuencia, entre formas buenas o perversas de ejercer el gobierno. Pero no es menos cierto, creo yo, que la pregunta por el cómo se gobierna no es una cuestión autónoma, sino dependiente de la cuestión referente al qué se gobierna, o al qué se manda. Y en este punto parece que sí hay cierta vinculación entre el sujeto de la representación, es decir, el quién representa y el objeto de la representación, esto es el qué se representa, puesto que una y otra están, desde mi punto de vista, sentando las bases y fijando los límites de la representación, de un lado, y de la obediencia al derecho, de otra. En otro caso, carecería de sentido el mecanismo de control y responsabilidad de los representantes por medio de los partidos o de los electores. En apoyo de esta tesis se podría argumentar el análisis que de la norma básica de nuestra Constitución realizan los profs. Peces-Barba y Laporta, por cuanto en el art. 1.1. de nuestro texto fundamental se encuentra la respuesta al qué se manda (los valores superiores) e, inmediatamente, en el párrafo siguiente, art. 1.2., encontramos la respuesta al quién manda (el pueblo español en quien reside la soberanía nacional, del que emanan los poderes del Estado). Sin esta estrecha conexión creo que se desvirtuaría la fundamentación de la obediencia al derecho o de la obligación política en base a un mandato autónomo que los ciudadanos se formulan e imponen sobre sí mismos y sobre todos y cada uno de los demás ciudadanos

carecería de sentido, en consecuencia, la idea de la obligación moral de obediencia al derecho que en ese caso se impondría, sólo y exclusivamente, por la fuerza.

SOBRE LA POSTMODERNIDAD

NOTA INTRODUCTORIA

Aunque el de la postmodernidad pueda parecer, a primera vista, un debate ajeno al ámbito de la filosofía jurídica, moral o política, o cuando menos muy periférico respecto a ellas, lo cierto es que supone una discusión sobre supuestos epistemológicos, conceptos y problemas no ya importantes, sino incluso centrales para quienes trabajan en esas materias. Sin embargo, es bien cierto que, con algunas excepciones, esa discusión ha permanecido más allá de *nuestras fronteras* y que en torno a la propia categoría de «postmodernidad» parece existir una opinión común que la despacha fácilmente con calificativos como los de frivolidad o juego abstruso de salón. En lo que sigue, y aprovechando la publicación casi simultánea de dos libros, el de Jesús Ballesteros, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, y el de Boaventura de Sousa Santos, *Introdução a uma Ciência pósmoderna*, se incluyen cuatro artículos que tratan de situar el debate precisamente en ese otro terreno más *familiar* a nuestra revista. Javier de Lucas y Jesús Ballesteros discuten en torno a algunas de las tesis centrales del trabajo del segundo. Boaventura Santos presenta (se trata de un artículo que consideramos especialmente representativo de su ya larga investigación sobre la postmodernidad; inicialmente el texto inglés corresponde a una conferencia en el Amherst College) los supuestos y la crítica del paradigma epistemológico de la modernidad, para constatar que nos hallamos en una época de transición hacia un nuevo paradigma (y en cuanto transitoria, aunque inadecuado, el calificativo de postmoderno es auténtico), cuyos rasgos centrales y consecuencias en el orden jurídico y político ofrece en los apartados II y III del artículo. Finalmente, Adolfo Barberá, desde una posición más cercana a las tesis de Derrida (sin olvidar la conexión, por ejemplo, con Foucault) realiza un estudio de algunas de las críticas en relación con esa línea que algunos caracterizan como *deconstructivista* o *postestructuralista* (y que en opinión de sus antagonistas no sería postmoderna sino tardomoderna), especialmente de las consecuencias de las tesis de esa corriente filosófica en el ámbito jurídico-político al que presta atención destacada B. Santos.

(J. de L.)

LA TRANSICIÓN POSTMODERNA DERECHO Y POLÍTICA

INTRODUCCIÓN

Probablemente los historiadores del futuro describirán el siglo XX como un siglo desdichado. Aunque su andrógino padre, el siglo XIX, lo educó para ser un niño prodigio, éste se reveló pronto como un niño frágil y enfermizo. Cuando cumplió catorce años cayó seriamente enfermo, de una enfermedad que, como la tuberculosis o la sífilis de ese período, necesitaba un largo tiempo de tratamiento y de hecho nunca se curó completamente. Cuando cumplió treinta y nueve años tuvo una recaída y contrajo una enfermedad todavía más grave, lo que le impidió disfrutar de la vida con toda la energía que normalmente se tiene a una edad mediana. Aunque transcurridos seis años se le consideró clínicamente curado siempre ha tenido desde entonces una salud débil, con el temor a una tercera recaída grave, que con toda probabilidad esta vez sería fatal.

Mucho más pacientemente que Saint-Simon (1977:212) quien ya en 1819 pensó que era demasiado tarde para que el siglo XIX desechara la herencia del XVIII y asumiera su propio carácter, nosotros venimos esperando el significado del siglo XX. En un libro titulado precisamente *The Meaning of the Twentieth Century*, Kenet Boulding se conformó con caracterizar nuestro siglo, de un modo bastante vago, como el período medio de la segunda gran transición en la historia de la humanidad (Boulding 1964:1). Más recientemente, Ernest Gellner ha rechazado que la versión de la historia del siglo XX «no haya sido formulada filosóficamente con propiedad» (1986:93). Yo mismo escribí que el siglo XX corría el riesgo de no comenzar nunca, esto es, de no comenzar antes de terminar (Santos 1987a:6). Preocupaciones de carácter similar se han mantenido en varias conferencias sobre la valoración del siglo XX, organizadas en todos los lugares en los últimos años, con el resultado de que muchas de estas valoraciones

han sido realizadas, de hecho, como apreciaciones del siglo XIX y no del XX como pretendían ser.

Sin embargo, en los últimos años, hay indicios de que esta biografía del siglo puede ser incompleta y de acuerdo con ello que las valoraciones y necrológicas han sido prematuras. De hecho, parece que nuestro siglo está ahora preparado para disfrutar una vida plena en sus años de madurez. Pero, ¿cuál es el significado real de tales signos?, ¿indican propósitos realistas y juicios sensibles acerca de la fuerza y debilidad para realizarlos en un breve período de tiempo, o más bien son un acceso de infantilismo senil?, ¿expresan un adecuado sentido de urgencia, o más bien un sentimiento autofrustrante del «retraso» que, de acuerdo con Harold Bloom (1973, 1988) envenena nuestra cultura y especialmente nuestra poesía contemporánea? Finalmente, incluso si asumimos que sus proyectos y propósitos son realistas y que vale la pena perseguirlos, ¿tendrá tiempo nuestro siglo de continuarlos y realizarlos?, o dicho de una forma más honesta y directa, ¿tendremos tiempo de llegar a ser los niños del siglo XX?

Aun cuando una de las proezas más ambiguas de nuestro siglo es haber transformado el sentido del tiempo en el sentido de la falta de tiempo, me inclino a dar una respuesta afirmativa y pronosticar que los años venideros confirmarán plenamente mi interpretación positiva de nuestra difícil situación actual. Esto es lo que trataré de demostrar en lo que sigue con cierta dosis de optimismo trágico tomada de Heidegger.

Este trabajo se desarrolla en tres partes fundamentales: en la primera parte presentaré un análisis interpretativo de la trayectoria (o trayectorias) histórica del paradigma de la modernidad y mostraré las condiciones que han contribuido a su agotamiento y las que señalan la aparición de un nuevo paradigma. En la segunda parte presentaré, a grandes rasgos, el perfil del nuevo paradigma, contrastando la teoría crítica moderna y postmoderna. En la tercera parte sugeriré algunas aplicaciones específicas del nuevo paradigma en el campo del derecho y la política. Cada una de estas partes comienza con el enunciado de una tesis fundamental seguida de una justificación.

I. ASCENSO Y DECLIVE DEL PARADIGMA DE LA MODERNIDAD EN LAS SOCIEDADES CAPITALISTAS AVANZADAS

La tesis fundamental que se sostiene en esta parte es la siguiente: **el paradigma socio-cultural de la modernidad aparece**

antes que el modo de producción capitalista llegue a ser dominante y desaparecerá antes de que este último cese. Esta desaparición es compleja, porque es, en parte, un proceso de abandono y, en parte, un proceso de obsolescencia. Es abandono en la medida en que la modernidad ha cumplido algunas de sus promesas, en algunos casos incluso en exceso. Supone un proceso de obsolescencia en cuanto que la modernidad ya no es capaz de cumplir otras promesas. Tanto el exceso como el déficit de realización de las promesas históricas explica nuestra difícil situación actual que aparece, en la superficie, como un período de crisis, pero que, en un nivel más profundo, constituye un período de transición. Desde el momento en que todas las transiciones son parcialmente visibles y parcialmente ciegas, resulta imposible designar con propiedad nuestra situación actual. Probablemente esto explicaría por qué la inadecuada denominación «posmoderna» ha llegado a ser tan popular. Mas por la misma razón este nombre es auténtico en su inadecuación.

En lo que sigue ofreceré una justificación de esta tesis. El paradigma de la modernidad es muy rico y complejo, tan capaz de una inmensa variabilidad como propenso a desarrollos contradictorios. Basado en dos pilares, el de la regulación y el de la emancipación, cada uno de ellos constituido por tres principios o lógicas. El pilar de la regulación está constituido por el principio del Estado, formulado de manera destacada por Hobbes; el principio del mercado, desarrollado en particular por Locke y Adam Smith, y el principio de la comunidad que inspira la teoría social y política de Rousseau. El pilar de la emancipación está constituido por las tres lógicas de racionalidad tal como las identifica Weber: la racionalidad estético-expresiva de las artes y la literatura, la racionalidad cognitiva-instrumental de la ciencia y la tecnología y la racionalidad práctica-moral de la ética y el Estado de derecho.

El paradigma de la modernidad es un proyecto ambicioso y revolucionario, pero es también internamente contradictorio. Por un lado, la amplitud de sus exigencias abre un extenso horizonte para la innovación social y cultural; por otro lado, la complejidad de sus elementos constitutivos hace que el exceso de satisfacción de algunas de sus promesas así como el déficit de realización de otras sea difícilmente evitable. Tal exceso y tal déficit están inscritos en la matriz de este paradigma. El paradigma de la modernidad aspira a un desarrollo armónico y recíproco tanto del pilar de la regulación como del de la emancipación, así como a la traducción no distorsionada de tal desarrollo en la plena racionalización de la vida personal y colectiva. Este

doble vínculo -de un pilar a otro y ambos a la praxis social- asegurará la armonización de valores sociales potencialmente incompatibles, como los de justicia y autonomía, solidaridad e identidad, igualdad y libertad.

Si gozáramos de la facultad de percibir los eventos antes de que ocurrieran efectivamente, nos sería fácil predecir que la arrogancia de tal objetivo, que va más allá de sus fuerzas, comporta en sí la semilla de la frustración: promesas sin cumplir y déficits irremediables. Cada pilar, en cuanto está basado en principios abstractos, tiende a maximizar su carga potencial, bien sea la maximización de la regulación o la maximización de la emancipación, de ese modo hace problemático el éxito de cualquier estrategia de compromisos pragmáticos entre ellos. Además, cada pilar consiste en principios independientes y funcionalmente diferenciados, cada uno de los cuales tiende a desarrollar una vocación maximalista, constituyendo, por lo que se refiere a la regulación, la maximalización del Estado, la maximización del mercado o de la comunidad; y, por lo que respecta a la emancipación, estetificación, cientificación o juridificación de la praxis social.

El paradigma de la modernidad emerge como un proyecto socio-cultural entre el siglo XVI y el final del siglo XVIII. Sólo al final del siglo XVIII comienza verdaderamente la prueba de su puesta en práctica, y este momento coincide con la aparición del capitalismo como el modo de producción dominante en las sociedades capitalistas avanzadas de hoy. Desde entonces, el paradigma de la modernidad está vinculado al desarrollo del capitalismo. Siguiendo la tradición alemana originada en Hilferding (1981), desarrollada por Offe (1985) y otros (Winckler, 1974) y aceptada, en la actualidad, por los científicos sociales ingleses (Lash y Urry, 1987), distingo tres períodos en esta evolución¹. El primer período, la fase del capitalismo liberal, cubre el siglo XIX en su totalidad, aun cuando las últimas tres décadas tienen un carácter de transición, el segundo período, el período del capitalismo organizado, comienza al final del siglo y alcanza su pleno desarrollo en el período de entre guerras y en las dos décadas que siguieron a la guerra; finalmente, el tercer período, el período del capitalismo desorganizado, comienza a finales de los sesenta y todavía estamos en él.

No es mi intención aquí ofrecer una descripción completa de cada período, sino más bien mencionar aquellas características

¹ Para la caracterización de los tres períodos he seguido muy de cerca a Lash y Urry (1987).

que posibilitan trazar la trayectoria del paradigma de la modernidad a través de los tres períodos. Mi argumento es que el primer período ya muestra que el proyecto socio-cultural de la modernidad era demasiado ambicioso e internamente contradictorio. El segundo período cumple algunas de las promesas de la modernidad (a veces incluso en exceso), pero no logra satisfacer otras, mientras intenta, en aras de una hegemonía de la política, minimizar el ámbito de sus fracasos y hacerlos invisibles social y simbólicamente. El tercer período representa la conciencia de una triple propuesta: en primer lugar, todo lo que la modernidad ha realizado no es reversible y, en la medida en que no es excesivo, debe ser defendido, pero sólo puede ser defendido con éxito en términos posmodernos; en segundo lugar, las promesas incumplidas permanecerán mientras el paradigma de la modernidad sea el dominante; finalmente, este déficit, además de ser irreversible, es mucho mayor de lo que el segundo período estaba dispuesto a admitir.

De este modo, intentaré mostrar que, conforme nos desplazamos del primer período al segundo y al tercero, el paradigma de la modernidad reduce el alcance de sus logros al mismo tiempo que los intensifica, como si estuviera animado por un efecto de rayo láser. Tal proceso de concentración/exclusión está simbolizado adecuadamente en las secuencias históricas y semánticas de tres conceptos, todos ellos arraigados en lo moderno: modernidad, modernismo, modernización².

El primer período

Lo fascinante del siglo XIX es que en él las contradicciones internas del proyecto de la modernidad explotan con gran violencia. Quiero decir, las contradicciones entre solidaridad e identidad, entre justicia y autonomía, entre igualdad y libertad. En la medida en que estas contradicciones explotan sin mediaciones, las tendencias hacia la reducción del alcance del proyecto y la aspiración a la globalidad subyacente -es decir, la ambición de transformar radicalmente la realidad social- pueden ser vistas claramente en cada uno de los principios o lógicas del pilar de la regulación y el de la emancipación. En cuanto se descompone el pilar de la regulación, la idea de un desarrollo equilibrado y combinado de los principios del Estado, del mercado

² Existen paralelismos notables entre esta secuencia y esta otra: razón, racionalismo, racionalización.

y de la comunidad -que contrariamente a lo que comúnmente se sostiene fue central para la filosofía política del siglo XVIII de Adam Smith y de la Ilustración Escocesa (Viner, 1927; Billet, 1975; Santos, 1985: 302 ff)- se produce un vacío ideológico en el que se dieron tres fenómenos. Primero, el desarrollo sin precedentes del principio del mercado, como se muestra en la primera oleada de industrialización, en la expansión de las ciudades comerciales, y en la aparición de nuevas ciudades industriales. Segundo, la atrofia casi absoluta del principio de la comunidad. La comunidad, que para Rousseau era una comunidad concreta de gente por cuanto la soberanía popular pertenecía en términos reales a la gente, se reduce a una estructura dualista compuesta por dos elementos igualmente abstractos: la sociedad civil, entendida como una agregación competitiva de intereses particulares y el individuo, entendido formalmente como ciudadano libre e igual. El tercer fenómeno está constituido por el desarrollo ambiguo del principio del Estado bajo el impacto de los dos primeros fenómenos, así como por el enfrentamiento con las exigencias contradictorias del *laissez-faire*, que, como bien señala Dicey, implican la idea de un Estado mínimo y la idea de un Estado máximo (Dicey, 1984: 306).

El pilar de la emancipación refleja, incluso con gran claridad, las tensiones convulsivas en ebullición en el interior del paradigma de la modernidad. La reducción tendencial, esto es, la tendencia hacia la exclusión y la concentración, tiene lugar en el pilar de la emancipación a través del proceso de la diferenciación funcional tal como ha sido analizado por Weber. En cuanto este proceso despliega la articulación entre las tres lógicas se hace más complejo y su interpretación en el *Lebenswelt* es menos probable. Esto puede apreciarse, en el nivel de la racionalidad estético-expresiva, en el elitismo creciente del movimiento romántico; en el nivel de la racionalidad cognitiva-instrumental, en el progreso espectacular de las ciencias y en su conversión gradual en una fuerza de producción, entre otras: y finalmente, en el nivel de la racionalidad moral-práctica, en la microética liberal (esto es, la responsabilidad moral exclusiva del individuo), en el formalismo legalista de la pandectística alemana empujada por el movimiento codificador del que el Código de Napoleón de 1804 sigue siendo el máximo exponente.

Sin embargo, desde mi punto de vista, el pilar de la emancipación es también en este período la matriz organizativa del fenómeno social y cultural que, a través de formas marginales o desviadas, da a la vida la aspiración de una transformación global y radical de la praxis social inscrita en el paradigma de la

modernidad. He elegido tres de estos fenómenos, uno del ámbito de la racionalidad moral-práctica y dos del ámbito de la racionalidad estético-expresiva. El primero de ellos consiste en la construcción intelectual y social de los proyectos socialistas radicales y los movimientos tanto del así llamado del socialismo utópico o del denominado socialismo científico. Todos estos proyectos y movimientos apuntan hacia una realización completa y armónica en este mundo (incluso si este es el falansterio) de los ideales de igualdad y libertad, solidaridad y subjetividad constitutivos de la modernidad. Los otros dos fenómenos son el idealismo romántico y la gran novela realista. No estoy interesado en este momento en contrastar, como hace Gouldner (1970: 115), el pensamiento clásico y romántico, sino simplemente en mostrar que a través de una forma elitista y a veces conscientemente regresiva, el idealismo romántico representa una visión utópica de la realización plena de la subjetividad. El idealismo romántico une el paradigma de la modernidad a partir de su inquietud por la totalidad, por los orígenes y por lo vernáculo, frente al atomismo, la alienación e instrumentalización de la vida moderna, y por situar lo estético y la poesía en el centro de la integración social, el idealismo romántico que compendia la denuncia de y la resistencia a la tendencia hacia la exclusión y concentración en la puesta en práctica del paradigma social de la modernidad³. Por otra parte, la gran novela realista da testimonio de una clase -la burguesía- que fracasa en aprovechar la oportunidad de llegar a ser la clase universal y producir una transformación social radical⁴, la misma oportunidad que Hegel había previsto para la burocracia y Marx para la clase obrera.

En suma, el período del capitalismo liberal pone en movimiento el proceso social de exclusión y concentración pero, en cuanto las contradicciones del paradigma explotan sin mediación,

³ Vid. Brunkhorst para quien «el modernismo romántico se mueve, de un modo desconcertadamente cercano a la fundamental oposición conservadora o reaccionaria a la cultura moderna y a su racionalismo utópico» (1987: 409). De un modo similar, de acuerdo con Gouldner, «el potencial revolucionario del Romanticismo derivaba, en parte, del hecho de que aunque básicamente fuera una crítica de la industrialización, también podría haber sido utilizado como crítica del capitalismo y su cultura» (1970: 115).

⁴ Según Lukács, «la categoría central y el criterio de la literatura realista constituye el tipo, una peculiar síntesis que une lo general y lo particular, tanto en caracteres como en estructuras» (1972: 5). De ahí su definición de realismo: «Una concepción dialéctica correcta de las relaciones entre ser y consciencia» (1972: 119). Vid., también, Auerbach (1968, 454 ff) y Swingewood (1975: Cap. III).

todavía es posible en este período formular y activar, incluso de una forma marginal o desviada, la vocación de globalidad y radicalidad del paradigma, por tanto rechazar la aceptación de la irreversibilidad del déficit en el cumplimiento de las promesas.

El segundo período

El período del capitalismo organizado es ciertamente una edad positiva en el sentido comteano. Como haría, de acuerdo con Comte, un adulto razonable y maduro comienza por distinguir en el paradigma de la modernidad entre aquellas promesas que pueden ser realizadas en una sociedad capitalista dinámica y aquellas que no pueden serlo. En ese sentido, se concentra en la primera e intenta, a través de los medios hegemónicos de socialización e inculturación, eliminar la segunda del universo simbólico de la praxis social y cultural. En otras palabras, este período comienza por reconocer la idea de que el déficit de las promesas incumplidas es tanto inevitable como irreversible y por tanto hay que eliminar la idea del déficit en sí. Esta transformación ideológica se traduce en el tránsito del concepto -límite- de modernidad al concepto más reducido de modernismo.

El proceso de exclusión y concentración puede estar tanto en el pilar de la regulación como en el de la emancipación. En lo relativo a la regulación, el principio del mercado continúa la expansión espectacular iniciada en el primer período, emprendiendo nuevas formas económicas e institucionales: la concentración y centralización de la industria, capital bancario y mercantil; incremento de la regulación de los mercados; proliferación de carteles; y separación de los propietarios legales del control económico. Respecto al principio de la comunidad, el desarrollo capitalista y la expansión de la clase trabajadora que ello implica, emparejadas con la extensión del sufragio, dan lugar a cierta rematerialización de la comunidad ejemplificada en la aparición de prácticas de clase y su traducción en políticas de clase. Los sindicatos y los partidos obreros entran en el espacio político que hasta entonces estaba ocupado exclusivamente por los partidos oligárquicos y las organizaciones burguesas. El principio del Estado sufre el impacto de estos cambios y al mismo tiempo llega a ser un factor autónomo y activo en su intensificación y orientación. El Estado incrementa sus vínculos tanto con el mercado a través de una interpretación cada vez más creciente entre las burocracias estatales y los grandes monopolios y con la comunidad

a través de la incorporación política de amplios sectores de la clase trabajadora, incrementando la intervención del Estado en las formas del consumo colectivo, en sanidad y educación, en el espacio empresarial y en la legislación social; en otros términos, a través del desarrollo del Estado del bienestar.

Estas transformaciones suponen una profunda redefinición del paradigma de la modernidad, por lo cual los grados o tipos de solidaridad, justicia e igualdad son elegidos en virtud de su compatibilidad con los grados o tipos de autonomía, identidad y libertad que son juzgados como necesarios en una sociedad capitalista y viceversa. La reformulación conduce a la aparición de dos promesas «realistas» que serán satisfechas en gran medida durante este período: la promesa de una más justa distribución de los recursos materiales y la promesa de una mayor democratización del sistema político. El cumplimiento de la primera promesa se hace compatible con la continuación de una sociedad de clases, mientras la realización de la segunda se hace compatible con la continuación de una clase política burguesa. A través de una política de hegemonía es cuando es posible transformar esta particular forma de compatibilidad, que, de hecho, es una entre otras muchas, en la única forma legítima, e incluso, quizás, en la única imaginable. Tal conversión se advierte tanto en la gradual pero constante marginación de los partidos comunistas como en la transformación social-demócrata de los partidos socialistas.

En este segundo período, el pilar de la emancipación experimenta transformaciones que son tan profundas como aquellas descritas respecto al pilar de la regulación y claro está, convergen con ellas. Tales transformaciones se reflejan en la transición desde la cultura de la modernidad al modernismo cultural. Por modernismo cultural entiendo una nueva racionalidad estético-expresiva que se extiende en este período a la racionalidad cognitiva-instrumental y a la racionalidad moral-práctica. El modernismo representa el clímax del proceso de concentración y exclusión que en el ámbito de la racionalidad estético-expresiva adopta la forma de la radical autonomía del arte (el arte por el arte), la oposición antagónica entre la alta cultura y la cultura popular y la supresión militante del contexto social, simbolizados por la arquitectura de la megápolis. Modernismo es, de este modo, la construcción social y cultural de «una gran división», en términos de Andreas Huyssen, y tiene razón al considerar el «ansia de contaminación» como la característica más reveladora del modernismo, el ansia de contaminación por parte de la política, la moralidad, la cultura popular y de masas (Huyssen, 1986:

VII). En mi opinión, el mismo anhelo de contaminación puede rastrearse en las otras dos lógicas de la racionalidad. Por lo que se refiere a la racionalidad moral-práctica, tal ansia de contaminación está presente en las teorías de la representación política que, al favorecer los acuerdos verticales sobre los horizontales, conduce a la castración del pueblo⁵. El mismo anhelo de contaminación está presente en el desarrollo de una ciencia jurídica formalista opuesta a cualquier forma de conocimiento jurídico no profesional, que encuentra su expresión más extrema y sofisticada en la teoría pura del derecho de Kelsen (Kelsen, 1967). En la esfera de la racionalidad cognitiva-instrumental el anhelo de contaminación está presente en la aparición de epistemologías positivistas diferentes, en el paradigma mertoniano del *ethos* científico (Merton, 1968: 604) y, sobre todo, en la ruptura epistemológica de Bachelard entre conocimiento científico y sentido común (Bachelard, 1971, 1972).

La intensidad de tales transformaciones y realizaciones constituyen el otro lado del déficit de totalidad en el que están basadas y que manejan con éxito para olvidarlo o suprimirlo a través de su dinamismo y ambición. La triunfante, brillante representación de lo cognoscible y de lo racional va pareja con la dictadura de las demarcaciones, la vigilancia inexorable de los límites y la pronta liquidación de las transgresiones. En este proceso, el pilar de la emancipación es cada vez más similar al de la regulación; de hecho, el pilar de la emancipación llega a ser la vertiente mental del pilar de la regulación, un proceso complejo que está elocuentemente representado en el concepto de hegemonía de Gramsci.

Mi argumento en la segunda parte de este trabajo se comprenderá mejor si les recuerdo, en este punto, que el proceso de concentración y exclusión que caracteriza la trayectoria del paradigma de la modernidad en el período del capitalismo organizado tuvo un tumultuoso principio, rico en incidentes que amenazaban su completo desarrollo. La revolución rusa y los movimientos históricos de vanguardia de los años veinte constituyen dos casos a este respecto. La revolución rusa fue un intento de dar credibilidad histórica a una forma nueva y radicalmente diferente de compatibilidad entre grados y tipos de solidaridad, justicia e igualdad por un lado, y grados y tipos de identidad,

⁵ Estas fueron las tesis que Hannah Arendt consideró una vez como subyacentes a la Constitución americana y por tanto responsables de los últimos «fatídicos fracasos» a la hora de promover la política de la participación. Vid. Kateb (1987) y Dallmayr (1987).

autonomía y libertad por otro. El intento falló tanto por causa del fracaso de la revolución en otros países capitalistas (muy especialmente de la revolución alemana de 1918) como por la pesadilla estalinista. Por lo que respecta a los movimientos de vanguardia -futurismo, surrealismo, dadaísmo, constructivismo ruso, proletcult, etc.- su característica más notable es que todos ellos intentan reconciliar arte y vida frente al canon modernista en sus diferentes formas. Es bien conocido cómo estos movimientos fueron liquidados por el fascismo o el estalinismo o fueron absorbidos gradualmente en el canon modernista. Pero su significación cultural no puede ser minimizada, como hace Habermas cuando concibe el surrealismo como un mero momento de sublimación del arte moderno, y como tal, dirigido al fracaso (1973: 118 ff). Peter Bürger (1984) acierta, de este modo, al enfatizar el significado cultural de los movimientos de vanguardia como movimientos históricos en los que, por primera vez, los artistas comprenden cómo el arte alcanza una autonomía y un estatus social que funciona en las sociedades capitalistas⁶. En otras palabras, su significado histórico se encuentra en su temprana denuncia del proceso de concentración y exclusión, cuyas consecuencias hoy estamos sufriendo.

El tercer período

El período del capitalismo desorganizado es el más difícil de analizar, simplemente porque es el período en el que vivimos, el búho de Minerva no tiene el privilegio de volar más que al atardecer, el único momento seguro de vuelo para el conocimiento, según Hegel.

Con relación al pilar de la regulación, las transformaciones más decisivas parecen haber tenido lugar por y a través del principio del mercado, y tanto es así que este principio parece haberse convertido verdaderamente en hegemónico, en el sentido de ser capaz de generar un surplus de significado que se vierte sobre el principio del Estado y el principio de la comunidad y trata de colonizarlos. El dramático crecimiento de los mercados mundiales va parejo con la aparición de sistemas de producción universales y agentes económicos (compañías multinacionales) que socavan la capacidad del Estado para regular el mercado a un

⁶ Sobre el debate entre Habermas y Bürger vid. Schulte-Sasse (1984) y Jay (1985).

nivel nacional. La industrialización del tercer mundo, la expansión de la subcontratación y franquicias internacionales, y la ruralización de la industria han contribuido conjuntamente a destruir la configuración espacial de la producción y reproducción en los países centrales: las regiones industriales tradicionales son descaracterizadas y desindustrializadas y en su lugar, reaparecen, como factor productivo estratégico, las dinámicas endógenas locales basadas, a menudo, en mezclas complejas de agricultura e industria, de producción familiar e industrial. La expansión extensiva del mercado corre paralela a esta expansión intensiva como atestigua la creciente diferenciación de productos y el consiguiente incremento de elecciones y particularización de gustos y también en la más profunda difusión de la información de la que resultan virtualmente infinitas oportunidades para la expansión de reproducciones de capital.

El impacto de estos cambios en el principio de la comunidad tiene un alcance amplio. La relación de salario se ha hecho más flexible y precaria, los mecanismos desarrollados de corporativismo en el segundo período (leyes laborales, tribunales industriales, negociación colectiva) pierden valor y, los sindicatos, cuyos miembros disminuyen, pierden capacidad de negociación. El incremento de la diferenciación interna de la clase trabajadora industrial y la dramática expansión de las clases de servicios han contribuido a descaracterizar a las prácticas de clase y a impedir su fácil transformación en políticas de clase. Como resultado de ello, los tradicionales partidos obreros de clase suavizan el contenido ideológico de sus programas y se vuelven partidos «a la caza del voto».

El principio del Estado experimenta igualmente cambios suaves, como causa y efecto de estas transformaciones. A la vista de la transnacionalización de la economía, el Estado parece, en ocasiones, haber convertido en casi obsoleta la unidad de análisis y haber perdido la capacidad y la voluntad política de regular la producción y la reproducción social. Al convertirse, pues, en más débil externamente y menos eficiente internamente, el Estado ha llegado a ser, paradójicamente, más autoritario, actuando a través de una miríada de burocracias mal integradas, cada una de las cuales ejerce su propio microdespotismo frente a la creciente falta de poder político de los ciudadanos incompetentes.

La trayectoria de estas tres lógicas de la emancipación moderna en el período del capitalismo desorganizado está mejor caracterizada por la construcción social y cultural de un sentido de déficits irreparables y un sentido de incontrolables excesos que conjuntamente llevan a un síndrome de agotamiento y bloqueo

global. Es muy notable el supuesto de la racionalidad cognitiva-instrumental de la ciencia y la tecnología. El compromiso de la ciencia con el complejo industrial-militar, la catástrofe ecológica, la amenaza nuclear, la destrucción de la capa de ozono, la aparición de la ingeniería biotecnológica y genética, todos estos fenómenos señalan la idea de que la promesa del progreso científico inscrita en el paradigma de la modernidad ha sido cumplida en exceso y que esta excesiva realización conlleva un déficit inestable de significado. Tal como predijo Rousseau con una desesperante previsión nos hemos dejado esclavizar por las herramientas inventadas por Bacon y Descartes para nuestra liberación (Rousseau, 1971: 52).

En la esfera de la racionalidad estético-expresiva el déficit de sentido asume la forma de la irrelevancia y domesticación. El arte moderno parece incapaz de resistir la comercialización de su singularidad o el desenfado con el que es contemplado. A pesar de lo valiosas que sean las razones de Adorno (1981) para excluir el arte moderno de un mundo equilibrado y situarlo en lo más alto o en lo más profundo, la tarea parece hoy bastante inverosímil, si no absurda: por un lado, la elevación a lo más alto es imposible en una época en la que proliferan los infinitos, incluso si son malos infinitos en el sentido hegeliano, todos ellos están forzando por los pelos las diferencias artísticas para llegar a eliminar las diferencias; por un lado, ahondar en la profundidad parece igualmente inverosímil, como una tarea de Sísifo en medio de las profundas superficialidades yuxtapuestas interminablemente, como una red rizomática de significado, en el sentido de Deleuze. La conciencia sumamente peligrosa de este impás y la pronta denuncia de agotamiento y bloqueo global en este ámbito de la lógica emancipatoria explica por qué la primera cara del paradigma emergente de la posmodernidad ha sido la estético-expresiva, como mostraré más adelante.

Finalmente, en el ámbito de la racionalidad moral-práctica, el sentido de agotamiento y de bloqueo global se ha expresado fundamentalmente de dos formas interconectadas⁷. En el primer período la revolución y la reforma social ocuparon por igual posiciones fuertes y rivales en el universo simbólico de aquellos grupos interesados en la emancipación y transformación social. Como el segundo período puso de relieve en las sociedades capitalistas avanzadas, la reforma social ganó una posición hegemónica

⁷ Un profundo análisis del sentido de agotamiento y bloqueo global en las sociedades capitalistas avanzadas puede leerse en Offe (1987).

y el concepto de revolución se escondió bajo la alfombra del pensamiento social y político. La reforma social significó básicamente una transformación pacífica e incompleta por medio de leyes abstractas y universales promulgadas por el Estado. En el tercer período los méritos de esta solución han sido cuestionados. La juridificación o hiperlegalización de la realidad social produjo relaciones sociales estandarizadas, es decir, produjo hábitos sociales unidimensionales de masa, y el empobrecimiento social de las clases populares hizo posible que fuera realizado, a través de la transformación de ciudadanos autónomos en clientes o incluso en víctimas de los estados burocráticos cada vez más autoritarios⁸.

En relación con esto se produce un segundo signo de agotamiento y bloqueo global que presenta en sí mismo un impás ético. Tanto la ética liberal como el reformismo social están basados en una microética, en la atribución de responsabilidad moral a los individuos y a las acciones individuales. Este paradigma puede haber funcionado de un modo más o menos adecuado en el primero y en parte del segundo período, pero hoy, ante el peligro global de la aniquilación nuclear y la catástrofe ecológica, se ha creado por primera vez en la historia una situación en la que, como señala Karl-Otto Apel, «de cara a un peligro común, hombres y mujeres están llamados a asumir una responsabilidad moral común» (1984: 250). El impás reside en el hecho de que mientras la microética es inadecuada definitivamente para orientar esta nueva situación, no ha sido aún reemplazada por una macroética capaz de «organizar la responsabilidad de la humanidad por las consecuencias (y efectos colaterales) de sus acciones colectivas a una escala planetaria» (Apel, 1984: 250).

El agotamiento y el bloqueo global de las lógicas de la emancipación y la incapacidad de cualquiera de los principios de la regulación para asegurar una compatibilidad estable entre exigencias y promesas contradictorias, crea un contexto social y cultural en el que coexiste desregulación, contractualización y convencionalidad dentro de cada uno de los sectores de la vida social, como recientemente ha subrayado Offe, con un alto nivel de rigidez e inflexibilidad en el nivel global (Offe, 1987). Todo parece posible en el arte y la ciencia, en la religión y la ética, pero, por otro lado, nada parece ser posible en el nivel de la

⁸ Sobre esto, una fuerte afirmación de Moscovici: «A comienzo de siglo estábamos convencidos de que las masas triunfarían, mientras casi al final de él somos prisioneros de los líderes» (1985: 1).

sociedad como conjunto⁹. Las sociedades capitalistas avanzadas parecen condenadas a sufrir la excesiva realización de las promesas de la modernidad y a olvidar o reprimir el déficit de las promesas incumplidas.

Así, como Max Weber mostró, mejor que ningún otro autor, las antinomias del proyecto de la modernidad en el primero y segundo período del capitalismo, también Habermas ha mostrado las antinomias del tercer período. Como cuestión de hecho, coincidimos con él en que el proyecto de la modernidad es un proyecto inacabado (Habermas, 1985). Pero mientras Habermas entiende que este proyecto puede ser completado en términos subparadigmáticos, es decir, recurriendo a los instrumentos culturales, sociales y políticos desarrollados por la modernidad, en mi opinión, lo que haya de completarse sólo puede serlo en términos y con instrumentos del nuevo paradigma.

II. TOPOI PARA EL NUEVO PARADIGMA

La principal tesis de esta parte es la siguiente: **la idea moderna de una racionalidad global de la vida social y personal acaba por desintegrarse en una multitud de mini-racionalidades al servicio de una racionalidad global incontrolable e inexplicable. Es posible reinventar las mini-racionalidades de tal forma que dejen de ser partes de una totalidad para convertirse más bien en totalidades presentes en muchas partes. Esta es la tarea de la teoría crítica postmoderna.**

En lo que sigue proporcionaré la justificación para esta tesis. La descripción interpretativa del tercer período, el período del capitalismo desorganizado, es sólo una parte del cuadro. Como he mencionado al principio, en este período han ido acumulándose los signos del comienzo de un nuevo paradigma que, por las razones entonces indicadas, puede ser calificado como el paradigma de la postmodernidad. Con relación a las lógicas de la emancipación, desde el final de los sesenta y mitad de los setenta, y especialmente en los Estados Unidos, la racionalidad estético-expresiva de las artes y la literatura ha emprendido una crítica

⁹ Cfr. la afirmación de Offe sobre nuestra condición contemporánea: «Por un lado, todos los factores cercanos de nuestra vida social, económica y política son electivos de forma contingente y están sujetos a cambio, mientras por otro lado, las premisas institucionales y estructurales sobre las que se mueve la contingencia son, simultáneamente, alejadas del horizonte político, así como de la elección intelectual» (1987: 8).

radical al canon modernista, esto es, la crítica de la modernización, estandarización y funcionalismo; una crítica del estilo internacional, del expresionismo abstracto, de la música en serie y del modernismo clásico literario. Tal crítica, como señala correctamente Huyssen, ya está presente en la generación *beat* de mitad de los cincuenta (Huyssen, 1986: 186). Una vez percibido el agotamiento del canon modernista, se busca un nuevo comienzo, en arquitectura, así como en pintura, teatro, cine y música. La característica fundamental de esta nueva búsqueda es el deseo de cruzar los límites entre la alta y la baja cultura, mezclar los códigos y rescatar el contexto social y la lengua local, valorar la *Gemeinschaft*, sobre la *Gesellschaft*, en otras palabras, restablecer la vocación crítica y antagonista del arte, no negando el mundo, como ha sostenido Adorno, sino por el contrario, afirmando el mundo y buceando profundamente en la realidad.

En el campo de la racionalidad cognitiva-instrumental de las ciencias y la tecnología, la crisis epistemológica de la ciencia moderna se remonta a principio del siglo y desde entonces se ha hecho más profunda y más extensa. Los momentos más importantes de este proceso son: la teoría de la relatividad de Einstein (Reichenbach, 1970), el principio de incertidumbre de Heisenberg, el principio de complementariedad de Bohr (Heisenberg, 1971), el teorema de Gödel (Ladrière, 1967: 312; Jones, 1982: 158; Parain-Vial, 1983: 52; Briggs y Peat, 1985: 22), la teoría de las catástrofes de Thom (1985) y, más recientemente, la teoría de las estructuras disipativas de Prigogine (1979, 1980, 1981), la teoría sinérgica de Haken (1977, 1985), el concepto de hiperciclo de Eigen (1979), la noción de autopoiesis de Maturana y Varela (1973, 1975), la teoría del orden implicado de David Bohm (1984) y la teoría de la matriz-S de Geoffrey Chew y la filosofía de *bootstrap* que la subyace (1968, 1970. Capra, 1979). Todas estas tendencias señalan una nueva ciencia. Sus diversos nombres -la nueva alianza de Prigogine (1979), la nueva física de Fritjof Capra o el Tao de la física (1976, 1983), el paradigma de la autoorganización de Jantsch (1980, 1981), el espíritu immanente de Bateson (1985), el orden implicado de Bohm (1984)- son los posibles nombres de una ciencia postmoderna.

Finalmente, por lo que respecta a la racionalidad moral-práctica de la ética y el derecho los límites de la microética liberal y la forma jurídica conectada a ella ya han sido expuestas. Esta forma ética y jurídica es totalmente inadecuada para orientar algunos de los problemas más serios de nuestra época, desde el de Chernobyl al del SIDA. El punto en cuestión es que un

nuevo iusnaturalismo está apareciendo, no como una construcción abstracta e intersticial, sino como la configuración simbólica de las nuevas luchas sociales que discutiremos más adelante.

En el nivel de los principios de regulación, la identificación de los signos de la postmodernidad es particularmente difícil. Lo que desde un ángulo parece ser nuevo y discontinuo respecto al pasado, cuando se ve desde otro ángulo es, realmente, un progreso ininterrumpido hasta el presente. El principio del mercado es el más ambiguo. De un lado, la expansión intensiva y extensiva del mercado hace cada vez más difícil el éxito de cualquier opción social o cultural, antagonista, alternativa y desinteresada, en la medida en que hay un peligro inminente de que sea encerrada, absorbida, domesticada y convertida en otra esfera de la producción capitalista. Por otro lado, en la época de la realidad televisiva y de información, las oportunidades para un consumo más democrático e incluso una producción del saber son inmensas. La creciente competencia social y cultural que cabe esperar de aquí puede, en efecto, materializarse si el dramático crecimiento de la productividad de los últimos años continúa. La reducción de la jornada de trabajo, cada vez más importante en las controversias laborales, ampliará el tiempo libre y la producción será desplazada por el consumo; en este caso la prioridad de la producción, básica para el paradigma de la modernidad y presente tanto en la teoría social como en la arquitectura modernista, se derrumbará (Jencks, 1987: 11 ff; Huyssen, 1986: 187).

Por lo que respecta al principio de la comunidad, la relativa debilidad de prácticas de clase y políticas de clase han sido compensadas por la aparición de nuevos espacios antagonistas que proponen nuevos programas sociopostmaterialistas y políticas (paz, ecología, igualdad sexual y racial), que han de ser realizados por nuevos grupos insurgentes y movimientos sociales. En este sentido se podría decir que el siglo XX sólo comienza en el tercer período del desarrollo capitalista. En efecto, el descubrimiento de que el capitalismo produce clases y que estas clases son la organización matriz de las transformaciones sociales fue un descubrimiento del siglo XIX. El siglo XX entra en la escena histórica sólo cuando descubre que el capitalismo también produce diferencias raciales y sexuales y que éstas también pueden ser puntos nodales para las luchas sociales.

Finalmente, el principio del Estado, que en el período del capitalismo organizado funcionaba mucho más como la plataforma estructurada para la actuación, tanto del principio del mercado como del principio de la comunidad, ahora parece batirse en retirada como si sólo estuviera capacitado para un papel

secundario frente a los otros dos principios. La retirada del estatalismo está relacionada con cambios en el sistema mundial de los Estados y especialmente con el declive del imperio americano y la reaparición de la Unión Soviética como un amplio campo de experimentación social en el que el principio del mercado y el principio de la comunidad adquieren una nueva importancia. Estas tendencias no indican necesariamente el final del estatalismo o el final de la crisis del Estado de bienestar, pero cambian el debate político de tal forma que posibilitan un lugar para un *Welfare State* más inteligente y particularizado, o más bien, para una articulación renovada entre el Estado del bienestar y lo que podemos llamar la sociedad del bienestar, es decir, una nueva y más polifónica conciencia comunitaria.

¿Son suficientes estos signos para sostener la aparición de un nuevo paradigma? Los criterios de verdad de las dos respuestas, una respuesta negativa y una positiva a esta cuestión, son equivalentes. Vivimos en un período de transición paradigmática, y como nos ha enseñado Koyré en su estudio sobre la revolución científica del siglo XVI, en tales períodos esta cuestión no puede ser respondida en términos de exigencias de verdad, precisamente porque los criterios que fundamentan tales exigencias están en cuestión (Koyré, 1986; Kuhn, 1970). Lo que está en cuestión no es una decisión sobre la validez de nuevos descubrimientos sino más bien la aparición o no de una nueva percepción de la realidad. De este modo, la cuestión será decidida, en última instancia, en términos de fuerza relativa -una fuerza pragmática y retórica- de los grupos que aprueben una u otra percepción global.

Este hecho tiene una implicación doble cuyo argumento propondré en lo que sigue. En primer lugar, explica la crítica de las epistemologías modernas, a las que Rorty califica como epistemologías modernas, a las que Rorty califica como epistemologías fundacionalistas (1980), y del concepto de verdad en el que están basadas, una crítica presente de diversas formas en la obra del propio Rorty, Gadamer (1965, 1983), Feyerabend (1978, 1981, 1985) y Morin (1982). En segundo lugar, da cuenta del resurgimiento de la versión de pragmatismo de James y Dewey y del renovado interés por la retórica griega y medieval, que puede remontarse a 1967, fecha de la publicación de la Nueva Retórica de Perelman (1971). Finalmente, el hecho de que en un período de transición paradigmática la cuestión de la verdad sólo puede ser resuelta en términos pragmáticos y retóricos, explica por qué todos los intentos de definir el postmodernismo con categorías abstractas han fracasado. En un sentido, tales intentos representan

una forma moderna de capturar la postmodernidad, con redes que no sujetan al pez. Esto es cierto incluso en los más sofisticados catálogos de características de la postmodernidad, tales como el que ha propuesto Ihab Hassan, que incluye: indeterminación, fragmentación, descanonización, desinterés, falta de profundidad, lo impresentable irrepresentable, ironía, hibridización, carnavalización, actuación, participación, construccionismo e inmanencia (Hassan, 1987: 167).

En mi opinión, este y otros listados similares todavía son presentados en términos modernistas, en este sentido dejan fuera el contexto hermenéutico y existencial que debería subyacer a la combinación y concreción de estas categorías; es más, también prescinden de la fuerza pragmática y retórica que aportan para construir un nuevo modo intelectual y un nuevo sentido común. Por mi parte, preferiría contar tres breves historias, o más bien tres guiones para historias que podrían ser contadas o representadas en comunidades educativas. Cada una es una historia parcial en el sentido que, de acuerdo con William James, «el mundo está lleno de historias parciales que corren paralelas unas a otras, comenzando o terminando de vez en cuando» (1969: 98). De cada historia puede extraerse un topos retórico pero el poder persuasivo o argumentativo de cada uno de ellos deriva sobre todo de la cadena retórica o la secuencia en la que está integrado.

Lo conocido y lo desconocido

La primera historia nos cuenta que el conocimiento moderno es un extraño pájaro con dos alas que no son iguales. Una de las alas, llamada complicidad, vuela bajo tocando los tejados de las oficinas del gobierno y las sedes de las empresas de negocios; la otra, llamada crítica, vuela alto, medio escondida por las nubes. No es sorprendente que tan deforme pájaro chocara con las montañas de nuestra flexibilidad. Si inspeccionamos los restos nos convenceremos de que todavía estamos vivos para recoger de los escombros los siguientes topos.

El primer tópico puede expresarse así: «No tocar. Esto es humano.» Ahora nuestra situación epistemológica se enfrenta con un dilema: la ignorancia es imperdonable pero el conocimiento a veces es insufrible. Tomemos el ejemplo de la investigación en el código genético y en la ingeniería genética. Debemos pensar razonablemente que cuánto más sepamos en este campo será más probable que los seres humanos lleguen a ser el

producto alternativo y esencial. Si esto es así, quizás necesitamos un guardia para alzar la voz en favor del ser humano, de la misma forma que el guardia de la exposición de arte postmoderno en Kassel gritó en favor de la autonomía del arte cuando los hijos de Huyssen pasaron sus dedos sobre los rostros de uno de los trabajos de la exposición: «Nicht berühren. Das ist kunst.» («No tocar. Esto es arte.») (Huyssen, 1986: 179.)

El segundo tópico: «No es problema si es o no real, con tal de que nos sea cercano.» El conocimiento moderno en general (la ciencia moderna, tanto como el arte moderno, la ética y el derecho modernos) están basados en la representación, esto es, en la creación y el aislamiento de lo otro, llamado objeto, donde el ser, llamado sujeto, describe como ser lo que es independiente de una intervención creativa del yo. De este modo, la representación crea una distancia, cuanto mayor es la distancia, más objetivo es el conocimiento. En un reciente análisis de la pintura holandesa del siglo XVII, Susan Sontag enfatiza la forma en que los artistas combinan «la atmósfera del alejamiento con la exactitud de la pintura, la pintura de una iglesia real desde un punto de vista real, aunque nunca desde cerca» (Sontag, 1987: 125). Ciertamente, lo real y lo cercano han sido siempre antagonistas en el conocimiento moderno. El conocimiento postmoderno, a su vez, prefiere lo cercano en detrimento de lo real. Ser pragmático es aproximarse a la realidad desde lo que James llama «las últimas cosas», es decir, desde las consecuencias, cuanto más corta es la distancia entre actos y consecuencias, mayor es la precisión del juicio sobre la validez. Por otro lado, porque es retórica, el conocimiento postmoderno anhela la dimensión oral, la comunicación directa que, como muestra Walter Ong, es situacional, cercana al mundo vivo de lo humano, empática y participativa antes que objetivamente distanciado (Ong, 1982: 36). El conocimiento postmoderno es, pues, local, pero siendo local es también total. El localismo que implica es el localismo del contexto, no el localismo de espacios estáticos y de tradiciones inmemoriales. Es un localismo internacionalista, sin un sólido *genius loci*, más bien como el localismo de la nueva generación de los artistas «objetivistas» americanos o más bien neoyorkinos, los «nuevos objetivistas», de acuerdo con la interpretación de Bonito Oliva sobre sus trabajos (Oliva, 1988: 62).

Finalmente, el tercer tópico: «de la afirmación a la crítica a través de las alternativas». La teoría crítica moderna se afirma a sí misma negando el mundo, confrontándolo o escapando de él pero siempre poseída por la ansiedad de contaminación. Esta postura tiene como premisas dos condiciones: el efecto de lejanía

que produce el punto de vista de la representación del conocimiento; y la concepción de la realidad social como un presente monolítico. La primera condición ya la he criticado. Respecto a la segunda, su carácter insostenible se hace más evidente en cuanto entramos en una época caracterizada por la instantaneidad del tiempo social, de la realidad más veloz, de la experiencia televisiva, de imágenes gobernadas por estéticas de desaparición, como indicó Paul Virilio (1988: 57). Ahora parece más claro que existen generaciones de realidad en la medida en que existen generaciones de imágenes. Hay realidades que surgen como realidades testimoniales, trasplantadas o residuales. La situación existencial específica de la realidad que surge no puede ser afirmativa antes de ser crítica. ¿Cómo es posible entonces que sea afirmativa sin ser cómplice y crítica sin ser escapista? A través de la constante producción de alternativas, asumiendo el riesgo de absorción por la realidad constantemente revisada y reciclada. La teoría crítica postmoderna es positiva en este sentido, al buscar infatigablemente fragmentos genuinos de contenido en la manipulación y la dominación, para plantear el uso alternativo de creación de nuevos espacios de emancipación. Por tanto, asume el salto a la realidad en la búsqueda de un nuevo sentido común. La teoría crítica postmoderna es polifónica y agonística: frente al conocimiento crea conocimientos y frente a los conocimientos, contra-conocimientos.

Lo deseable y lo posible

El segundo guión trata de la nueva situación en la que vivimos, la discrepancia entre lo deseable y lo posible. Cuando lo deseable fue imposible cedió su puesto a Dios; cuando lo deseable fue posible cedió su puesto a la ciencia. Ahora que una parte de lo deseable es de nuevo imposible y una parte de lo posible no es ya deseable no podemos contar ni con Dios ni con la ciencia. Sólo podemos contar con nosotros mismos. Y porque todo está en nuestras manos no es sorprendente que estemos interesados de manera creciente en el lenguaje (de aquí el segundo Wittgenstein), en la persuasión y en el poder del conocimiento (de aquí Nietzsche, Foucault y la Nueva Retórica) y, finalmente, en la comunicación e interacción humana (de aquí el renacimiento del pragmatismo americano).

Para cultivar nuestros nuevos intereses, imagino un tipo de escuela en la que haya dos clases: en la primera, en la que se enseña la conciencia del exceso, aprendemos no a desear todo lo

que es posible, precisamente porque es posible; en la segunda, en la que se enseña la conciencia de la escasez, aprendemos a desear lo imposible. Los estudiantes del postmodernismo reaccionario asistirían sólo a la primera clase; los estudiantes del postmodernismo progresivo acudirían a ambas al mismo tiempo. El objeto de la comunicación que tiene lugar en estas clases no es obtener consenso, como Habermas pretendería, sino antes bien formular nuevas necesidades radicales en formas agonísticas armonizadas, como Agnes Heller sugeriría¹⁰.

Sin embargo, esta descripción no es suficiente para distinguir la teoría crítica postmoderna de la teoría crítica moderna. Después de todo, tanto Habermas como Heller suscriben la última. Lo que distingue la teoría crítica postmoderna es que las necesidades radicales no están formuladas por una filosofía radical; más bien surgirán de la imaginación socio-estética situada en la práctica emancipatoria cotidiana. Sólo si se encastra en lo cercano, aunque se trate de un cercano nuevo y desconocido. Algunas condiciones sociales emergentes parecen señalar, en efecto, en esta dirección. Ernest Gellner en un ensayo reciente manifestaba, incluso con algunos temores, su desencanto con las tesis del desencantamiento. Como sabemos, la tesis indica que el mundo moderno del «contrato de Fausto» del poder cognitivo, tecnológico y administrativo nos impele a cambiar nuestro mundo previo, significativo y humanamente interesado por «un mundo predecible, más sumiso, pero fríamente indiferente e inhóspito» (Gellner, 1987: 153).

Esta es la bien conocida jaula de hierro a la que Weber nos ha condenado. Gellner, sin embargo, argumentaba que la jaula de hierro sólo es aplicable al período de aparición de la sociedad industrial. Hoy, cuando la semana de trabajo se ha reducido, y han disminuido las actividades que requieren el pensamiento cartesiano, hemos dejado la jaula de hierro para entrar en una jaula de goma. A mi juicio, la jaula de goma sigue siendo una jaula y seguirá siéndolo mientras lo deseable y lo posible no sean redefinidos en términos propios de la postmodernidad. La teoría crítica moderna así como la teoría de la modernización convirtieron lo deseable y lo posible en valores funcionales; la diferencia entre las dos teorías reside en la forma en la que identifican las funciones y los grupos sociales que se benefician de ellas.

Para la teoría crítica postmoderna, lo deseable y lo posible son también valores estéticos y su funcionalidad no puede separarse

¹⁰ Para una comparación entre el pensamiento de Heller y de Habermas, vid. Radnoti (1987).

de su belleza. En este, como en muchos otros ejemplos, el pensamiento postmoderno innova por cuotas, recuperando y reciclando formas degradadas de la modernidad. Tradicionalmente hemos considerado a Saint-Simon como el padre de la teoría de la modernización, de la idea de convertir la ciencia y la tecnología en una gran máquina de progreso, por consiguiente una sustitución gradual de la política por la administración de las cosas. Sin embargo, si observamos la forma en la que concibe el nuevo sistema político en 1819-1820, parece claro que para él, lo deseable y lo posible estuvieron constituidos de forma inseparable por la utilidad y la belleza. En esta perspectiva, la primera Cámara de los Comunes, llamada la Cámara de Invención, estaría formada por trescientos miembros, entre quienes se encontrarían doscientos ingenieros, veinticinco pintores, quince escultores y arquitectos y diez músicos. Esta cámara tendría a su cargo la presentación de proyectos públicos, los más importantes de los cuales hoy llamaríamos infraestructuras físicas. No obstante, añade «los caminos y canales que han de ser construidos no son concebidos sólo como medios que faciliten el transporte, su construcción debería plantearse para que fueran lo más agradables posibles para los que viajan» (Saint-Simon, 1975: 203). Como si temiera que esto no estuviera totalmente claro o no fuera juzgado como importante añadió una nota a pie de página: «Quinientos acres de tierra (más si lo que piensa es correcto) serán elegidos de los solares más típicos cruzados por carreteras y canales. Esta tierra será autorizada para su uso y quedarán lugares para viajar y para descansar para los habitantes de la vecindad. Cada uno de estos jardines contará con un museo de productos naturales e industriales de los distritos circundantes. Incluirán también viviendas para los artistas que deseen establecerse allí, y un cierto número de músicos podrá también permanecer allí para inspirar a los habitantes del cantón con aquella pasión cuyo desarrollo es necesario para el mayor bien de la nación» (Saint-Simon, 1975: 203).

Interés y capacidad

De acuerdo con el tercer guión, los hombres y mujeres modernos solían vivir en una ciudad fronteriza cuya transformación dinámica estaba basada en la ecuación interés = capacidad. Sin embargo, tenían un interés en el proceso de transformación que exigía también una adecuada capacidad para llevarlo a cabo. Cuanto mayor sea el interés, más importante será la capacidad.

El pensamiento político liberal tenía como premisa la idea de que la burguesía era, entre las diferentes clases sociales, la más interesada en el desarrollo del capitalismo y, por tanto, la más capaz de llevarlo a cabo. De modo similar, la teoría marxista tenía como una de sus premisas la idea de que la clase obrera era la clase más interesada en superar el capitalismo y por consiguiente la más capaz de hacerlo. Con una elocuencia insuperable, el Manifiesto Comunista de 1848, sin duda alguna uno de los grandes textos de nuestra modernidad, vincula el papel histórico privilegiado de la clase obrera en la realización de la revolución social al hecho de que esta clase, a diferencia de otras, no tiene nada que perder excepto sus cadenas.

Los años pasaron para los hombres y mujeres modernos que se trasladaron a un hábitat euro-americano y allí la ecuación interés = capacidad parecía haberse desplomado. Incluso asumiendo que la clase obrera todavía tiene un interés en superar el capitalismo, mostraron de modo patente una carencia de capacidad para ello. Y si sostenemos, como hipótesis teórica, que esta capacidad permanece latente todavía, parece que han perdido interés en poner su capacidad en acción.

Mientras tanto, las dos últimas décadas han testificado la aparición de grupos sociales claramente interesados en las llamadas luchas postmaterialistas: la paz, la defensa del medio ambiente, la lucha contra el holocausto nuclear, la combatividad frente a la discriminación racial y sexual. Estas luchas se han enfrentado a tres problemas fundamentales. El primero puede ser formulado en términos dilemáticos: cuanto mayor es el interés (por ejemplo, el interés por la paz o la ecología respecto al interés en la igualdad sexual y racial), mayor será la dificultad de identificar el sujeto histórico más capacitado para dirigir la lucha social. El segundo problema es que la dificultad de equiparar interés y capacidad es más complicada por la dificultad de conocer de antemano cuáles de estos intereses y luchas puede realizarse con éxito en las sociedades capitalistas y cuales sólo pueden ser realizados superándola y reemplazándola por el socialismo. En el último caso, mucha gente se encuentra a sí misma en la posición contraria a la que describe el Manifiesto Comunista: tienen un gran interés en el éxito de la lucha pero al mismo tiempo sienten que tienen mucho que perder en las transformaciones que tendrán lugar. En la medida en que tales luchas puedan triunfar dentro del marco capitalista aparece un tercer problema: en el supuesto de que las luchas tengan éxito y se repartan los bienes que se supone hay que repartir, cómo evitar la devaluación social de tales bienes. En el pasado, el capitalismo

fue capaz de devaluar tales bienes transformándolos en nuevas oportunidades, por iniciativas lucrativas o bien circunscribiéndolos a ese sector separado y segregado de la acción social, que llamamos político.

III. POLÍTICA Y DERECHO EN LA TRANSICIÓN POSTMODERNA

La tesis central de este análisis puede formularse como sigue: **Es necesaria una nueva teoría de la subjetividad que explique el hecho de que nos encontramos en una compleja red de subjetividades que va incrementándose. Más allá de las ruinas del colectivismo social, está emergiendo el colectivismo del yo. La lucha frente a los monopolios de interpretación debe orientarse de tal forma que lleve a la proliferación de comunidades interpretativas políticas y jurídicas. El control disperso de la esfera jurídica contribuirá a descanonizar y trivializar el derecho. El fin del fetichismo legalista marcará la aparición de un nuevo minimalismo jurídico y de prácticas micro-revolucionarias.**

Intentaré justificar estas tesis acudiendo a mis guiones para sostener una comprensión postmoderna y crítica del derecho y la política. El último guión (interés y capacidad) pone de relieve que ha ido incrementándose la discrepancia entre la escala de los intereses en la transformación social y la organización de capacidades para luchar por ellos. En la medida en que muchos intereses se han convertido en intereses globales, el enemigo frente al que combatir parece haberse desvanecido, lo cual, contrariamente a lo que cabría esperar, no ha facilitado la organización de quienes querían mantenerse activamente en la lucha. Esto ha agravado el impás de la teoría crítica moderna y, en particular, la teoría marxista ortodoxa, un impás que ha cristalizado en una doble reificación: la reificación del sujeto histórico y la reificación de la mediación política para el despliegue de las capacidades sociales. La aparición de la teoría crítica postmoderna tiene como premisa el abandono de esta doble reificación.

La reificación del sujeto histórico ha consistido en la concesión de un privilegio histórico *a priori* a la clase y a las políticas de clase, esto es, utilizando las palabras de Laclau y Mouffe, en «la idea de que la clase obrera representa el agente privilegiado en quién reside el impulso fundamental del cambio social» (Laclau, Mouffe, 1985: 177). La crítica de esta reificación ha sido expuesta brillantemente por Laclau y Mouffe. Pero, contrariamente a su punto de vista, no es ni necesario ni correcto acudir

al extremo opuesto y concluir que la «sociedad no tiene esencia», es decir, que es imposible explicar en términos socio-teóricos el problema de la determinación histórica (Mouzelis, 1988). En mi opinión, la tarea más importante para la teoría social hoy consiste en combinar la contingencia global con los determinismos locales, estructuras y medios concretos. Si la esencia es entendida en términos monolíticos, como el ser de la sociedad, en todas las versiones del holismo, comenzando con Durkheim, o como el del individuo, en las teorías recientes del individualismo metodológico, sólo es correcto ser antiesencialista. Pero entre la esencia entendida como una entidad ontológica monolítica y el no esencialismo de infinitas contingencias existe un espacio intermedio de puntos de vista pluralistas sobre la esencia, de una dispersión controlada de estructuras sociales¹¹.

Por lo que se refiere a la cuestión del sujeto histórico, entiendo que en lugar de establecer una prioridad *a priori* o un sujeto histórico, como hace el marxismo ortodoxo, o en lugar de suavizar la cuestión del sujeto bajo la alfombra del conocimiento social, como han hecho los estructuralistas y postestructuralistas, la tarea consiste en analizar en términos concretos nuestras trayectorias históricas como sujetos en el nivel macro y biográfico. Los hombres y mujeres modernos son configuraciones o redes de diferentes subjetividades e incluso la diferenciación interna del yo es una variable histórica, como ha señalado adecuadamente A. Heller¹², y entiendo que la diferenciación no es ni infinita ni caótica. Como he propuesto en otro lugar, las sociedades capitalistas contemporáneas constan de cuatro contextos estructurales a los que corresponden cuatro subjetividades estructurales: al ámbito doméstico corresponde la subjetividad de la familia, al ámbito de la producción o del trabajo corresponde la subjetividad de la clase; a la ciudadanía corresponde la subjetividad del individuo; y al ámbito mundial corresponde la subjetividad de la nación (Santos, 1985).

Esta no es la ocasión para dar una explicación exhaustiva de este esquema de análisis. Sólo habría que retener que los hombres y las mujeres modernos son configuraciones de cuatro subjetividades básicas. Por supuesto, también son otras subjetividades

¹¹ Mi estudio sobre los modos de producción del derecho y el poder social (1985), constituye, precisamente, un intento de presentarlos como punto de vista pluralista sobre estructuras.

¹² De acuerdo con Heller, «la diferenciación interna del yo es variable en sí misma..., por otra parte, no sólo es histórica, sino también una variable “personal”» (1987: 15).

(por ejemplo, hombre/mujer, blanco/negro), pero todas ellas están fundadas en las cuatro subjetividades básicas. Por otro lado, la configuración específica de las diversas subjetividades varía en relación con diferentes condiciones históricas, con diferentes períodos de nuestra vida e incluso en relación con circunstancias o rutinas cotidianas. Asistimos a las reuniones del colegio de nuestros hijos como miembros de una familia, trabajamos durante el día como miembros de una clase o de una fracción de clase, vamos de compras o leemos el periódico como individuos, asistimos a un partido de nuestro equipo nacional como nacionales. En todas esas ocasiones o situaciones somos las cuatro, y quizá incluso otras subjetividades más al mismo tiempo, pero como las ocasiones y situaciones varían, una subjetividad básica diferente tiene el privilegio de organizar la configuración específica de las subjetividades que explican nuestro comportamiento y actitudes. En este sentido, la construcción social y científica de la teoría crítica postmoderna está basada en la idea de que entre las ruinas del colectivismo social está emergiendo el colectivismo del yo.

La segunda reificación de la teoría crítica moderna, la reificación de la mediación política para el despliegue de las capacidades sociales, que consiste en la reificación del Estado. En efecto, tal proceso es central a la teoría política liberal, que la teoría crítica toma prestada, y consiste en reducir la política a un sector separado de la acción social, entendida esta última como acción de y/o a través del Estado. Esta reificación adquirió gran importancia en el período del capitalismo organizado y encontró su expresión más completa en la forma política del Estado de bienestar.

En la actualidad, la crisis de esta concepción es aparente. La teoría crítica postmoderna está basada en dos ideas. Primera, la hiperpolitización del Estado que es la otra cara de la despolitización de la sociedad civil. La esfera pública, confinada a un sector específico de la acción social, el ideal democrático de la política moderna que ha sido neutralizado o fuertemente limitado en su capacidad emancipatoria (Santos, 1985: 306). Segunda, la libertad no es un bien humano natural que ha sido preservado frente a la política, como exige la teoría política liberal¹³. Por el contrario, cuanto más amplia es la esfera política, mayor es la libertad. El fin de la política siempre significará, de una manera o de otra, el final de la libertad.

¹³ Una crítica de la concepción liberal de la libertad como esencia prepolítica puede verse en Arendt (1963: 149).

Basándome en estas dos ideas y siguiendo a Foucault, entiendo que hay política allí donde hay relaciones de poder. Sin embargo, también entiendo, y ahora contrariamente a Foucault, que no podemos llegar al extremo de abandonar la tarea de estructurar y graduar las formas y las relaciones de poder. Si el poder está en todas partes está aquí y ahora. En mi opinión, los cuatro contextos estructurales que he mencionado antes constituyen el lugar de las cuatro formas fundamentales de poder que circulan en nuestra sociedad (Santos, 1985: 309). Estas formas de poder son: patriarcado, que corresponde al ámbito doméstico; explotación, que corresponde al ámbito de la producción; dominación, que corresponde a la ciudadanía; y cambio desigual, que corresponde al ámbito mundial. Existen otras formas de poder pero éstas constituyen las formas básicas. Ninguna de estas formas de poder es política en sí misma. La combinación entre ellas es lo que las hace políticas, cada una es política en su propia forma. De todas estas formas de poder sólo una, la dominación, es democrática, e incluso ésta lo es en un grado limitado y en un número reducido de países en los que están incluidas las sociedades capitalistas avanzadas. El objetivo político de la teoría crítica postmoderna radica en extender el ideal democrático a las demás formas de poder. El socialismo es la expansión continua e incansable y la intensificación de la práctica democrática. Este objetivo, en cuanto no se limita a sí mismo, muestra inevitablemente el límite del capitalismo, el punto en el que las relaciones sociales capitalistas bloquearán la expansión de la emancipación democrática.

La politización de las relaciones sociales, global pero no indiscriminada, marcará el final de los monopolios de la interpretación política, al mismo tiempo que asegurará que no tendrá lugar una renuncia a la interpretación, típica de las sociedades de consumo de masas. Mientras para la teoría crítica moderna la democratización radical de la vida personal y social sólo tuvo un enemigo, el monopolio de la interpretación (sea la religión, el Estado, la familia o el partido), para la teoría crítica postmoderna tiene dos enemigos igualmente fieros: los monopolios de interpretación y la renuncia a la interpretación. Para luchar contra ambos sólo hay una alternativa: la multiplicación de comunidades políticas interpretativas. Estructuradas ligeramente por las combinaciones específicas de subjetividades y de formas de poder social, tales comunidades constituyen la base social de un nuevo sentido común político, un nuevo acuerdo político basado en virtudes cívicas nuevas y viejas, en el sentido de Dewey, virtudes que no se han vertido en nosotros como flujos metafísicos

de algún *deus ex machina*, sino que más bien surgen de lo familiar y lo cercano. En este sentido, Charles Jencks está en lo cierto cuando incluye entre los valores postmodernistas la idea de que «la presencia humana está de espaldas incluso cuando aparece de perfil» (Jencks, 1987: 11). La presencia humana está de espaldas pero no como una identidad irreflexiva, disuelta en tradiciones profundamente arraigadas. Nuestras raíces están permanentemente presentes, son el rizoma que prolifera en la superficie profunda y en la eternidad momentánea de nuestros encuentros significativos. Las comunidades tradicionales en las sociedades capitalistas avanzadas serían tan poco útiles para nosotros como los gremios medievales fueron para Durkheim cuando propuso la reconstrucción de los *corps intermediaires* (entre el Estado y el individuo), cuya carencia se explica, desde este punto de vista, por la anomía rampante en la sociedad francesa en el cambio de siglo (Durkheim, 1964: prólogo a la 2.^a ed.).

La multiplicación de las comunidades políticas interpretativas representan el camino de la postmodernidad y, por tanto, el único modo razonable de defender la realización de la modernidad. Como he mencionado con anterioridad, entre tales realizaciones se encuentra una distribución más justa de los recursos económicos y una democratización significativa del sistema político, en el sentido convencional. Como ocurre con todos los procesos de transición, la transición postmoderna tiene también un lado oscuro y uno claro. El primero es que, tal como muestra la reificación de la clase y del Estado, los instrumentos modernos utilizados hasta ahora para realizar y consolidar sus promesas, es decir, las clases políticas y el *Welfare State*, se vuelven menos adecuados y eficientes. La proliferación de las comunidades políticas interpretativas limitarán las cuestiones políticas en dos direcciones convergentes. De un lado, enfatizarán el valor social de los bienes extraeconómicos o postmaterialistas tales como la ecología y la paz; de otro lado, expandirán el concepto y la práctica de la democracia en orden a incorporar la participación directa o la democracia de base. El éxito de la lucha por bienes extraeconómicos estará condicionado por el éxito de la lucha por bienes económicos y por una distribución de recursos más justa. La lucha por la democracia participativa evitará la castración de la democracia representativa. Sólo en este sentido pueden ser defendidas las promesas de la modernidad, de ahora en adelante, en términos postmodernos. La comprensión postmoderna de las leyes comienza en este punto. Me centraré en los tópicos que, desde mi punto de vista, serán más cruciales en la construcción de un nuevo sentido común jurídico.

El fin de los monopolios de la legalidad

El movimiento hacia una comprensión postmoderna del derecho comienza en los sesenta con los estudios del pluralismo jurídico en sociedades complejas seguidos por la atención a la justicia informal. Es posible rastrear las exigencias teóricas y normativas que hay detrás de estos estudios, en los debates que tienen lugar en la filosofía jurídica del siglo XIX, sin embargo, son nuevas en la medida en que están basadas sociológicamente e informadas por una postura progresiva. Estos estudios también fueron una parte del paradigma sociológico-jurídico dominante, esto es, el análisis crítico de la discrepancia entre el «derecho de los libros» y el «derecho en acción», con el propósito de contribuir positivamente a una mayor eficiencia en el sistema jurídico oficial.

El problema con tales estudios fue que en ellos estas dos dimensiones, la crítica y la positiva, no estaban suficientemente equilibradas. Explícita o implícitamente tales estudios contenían una crítica devastadora del sistema jurídico oficial, sin embargo, se conformaron con contribuir con algunas mejoras de menor importancia en las operaciones del sistema. Con el privilegio de adivinar podemos decir hoy que en cuanto se dirigían a los legisladores o a Estados burocráticos, estaban abocados al fracaso (Sarat y Silbey, 1987). El desencantamiento con estas cuestiones científicas, con la captación de su capacidad crítica y con las perversas consecuencias de algunas de sus propuestas, explica el sentido de fracaso. A mi entender, este fracaso podría haber sido evitado si, en lugar de dirigirse a los burócratas del Estado, hubieran presentado su agenda científica a la gente en general o a grupos sociales específicos (esto es, diferentes orientaciones del discurso jurídico) y hubieran tratado de generar en ellos un nuevo sentido común jurídico. El genuino fragmento de contenido utópico de tales estudios radicaba en la verificación de que en el mismo espacio geopolítico no hay sólo uno sino diferentes órdenes jurídicos y que, en consecuencia, la exigencia del Estado de monopolizar la producción del derecho era absurda. En cuanto somos una red de subjetividades y entramos en relaciones sociales en las que están presentes diferentes combinaciones de formas de poder, también vivimos en órdenes jurídicos y comunidades jurídicas diferentes y solapados. Cada uno de ellos opera en un espacio social privilegiado y tiene una dinámica temporal específica. En cuanto los espacios sociales interpenetran y los diferentes órdenes jurídicos no son sincrónicos, el particular almacena significados jurídicos que activamos en contextos prácticos

concretos que a menudo son complejas mezclas no sólo de diferentes concepciones de la legalidad, sino también de generaciones de normas diferentes, unas viejas, otras nuevas, unas declinan y otras emergen, algunas propias y otras importadas, algunas testimoniales y otras impuestas.

Podemos identificar cuatro formas básicas de derecho que se encuentran en la sociedad y se corresponden con las cuatro subjetividades básicas y las formas de poder: el derecho doméstico, el derecho nativo de la familia; el derecho de producción que incluye los códigos de las empresas y las regulaciones internas de las corporaciones; el derecho territorial, que es el derecho en el sentido convencional y oficial; y, finalmente, el derecho sistémico que regula las relaciones entre los Estados-naciones y que se extiende más allá del dominio del derecho internacional (Santos, 1985: 309). Existen otros órdenes legales pero éstos son los órdenes básicos que estructuran las formas en las que los otros operan. Este control disperso de los órdenes jurídicos tiene dos importantes implicaciones para la comprensión postmoderna del derecho: primera, de las cuatro formas del derecho, sólo una, el derecho territorial, es democrático incluso si no es totalmente así. El contenido democrático de esta forma de derecho sólo puede expandirse o incluso meramente asegurarse si la democratización de las otras formas de derecho ocupa un lugar central en las agendas políticas de la participación. Segundo, relativizado de esta forma, el derecho en general y de modo más particular el derecho del Estado es trivializado y descanonizado (y, consecuentemente, la distinción entre *high law* y *low law* tiende a desaparecer). El valor social emancipatorio de un orden jurídico dado reside en su capacidad para asegurar y extender los derechos colectivos e individuales (en última instancia, los derechos son formas de competencia social). La comprensión moderna del derecho sacralizaba el derecho y trivializaba los derechos. La comprensión postmoderna del derecho trivializa éste y sacraliza los derechos.

*Del modelado a la repetición:
hacia un nuevo minimalismo jurídico*

El derecho del Estado moderno ha experimentado algunos cambios en los tres períodos de desarrollo del capitalismo. En el primer período, los desarrollos jurídicos más importantes se dirigían a extender y consolidar el principio del mercado. En el período del capitalismo organizado, el derecho del Estado se caracterizó

específicamente por la consolidación y expansión del principio del Estado y del principio de la comunidad. En el período actual del capitalismo desorganizado, en un nivel superficial, parece que las tendencias se desplazan respecto del período previo, para continuar imperturbadas. Sin embargo, en un nivel más profundo, han tenido lugar algunos cambios importantes, que resumiré como la supresión relativa del valor simbólico del derecho, que tiene lugar en la transición del derecho máximo al derecho mínimo.

El derecho del Estado moderno fue un derecho máximo en el primer período e incluso más en el segundo. La construcción política del reformismo legal como modo hegemónico de transformación social dotó al derecho del Estado con poderes imperialistas que fueron utilizados para declarar la muerte de un doble enemigo: la revolución social de un lado, y todos los tipos de derecho popular, derecho que no es del Estado, derecho no oficial, de otro. Los rituales desaparecidos fueron realizados de diferentes formas y en diferentes períodos. Fuera de ellos emergió el derecho del Estado como un derecho único, autónomo y dotado de una especie de aura. El aura, que como en el arte moderno se inscribió desde el principio en su singularidad, fue ampliada posteriormente por el prestigio de la ciencia jurídica, especialmente en Europa continental y por el poder social de las facultades de derecho en Europa y en Norteamérica. Al derecho del Estado moderno, fijado en las sólidas esculturas de los códigos de derecho, las decisiones de los altos tribunales, orientando artículos en las revistas científicas, se le permitió verificar el slogan de Comte de «orden y progreso» y planificar el futuro, unas veces como repetición del presente, y otras modelando y controlando la innovación social. Apoyándose en la persistencia de sus construcciones materiales, el derecho del Estado moderno, como el arte moderno, adoptó una apariencia estética en la dinámica de un eterno presente contrastada con el efímero pasado y el futuro trivial.

En los últimos años han ocurrido dos cambios complementarios que han socavado el pedestal sobre el que se situaba esta postura legal. En primer lugar, el crecimiento del Estado regulador y la gran velocidad de la repetición y modelística jurídicas conducen a una creciente obsolescencia del derecho del Estado. Su sólida inmovilidad parece haberse desvanecido como si estuviera poseído, como las imágenes televisivas, por una estética de la desaparición más que por una estética de la aparición. En segundo lugar, tanto en el nivel más bajo del Estado como en el más elevado han aparecido formas de derecho que son explícitamente

líquidas, efímeras, incluso negociables y renegociables, en suma, disponibles. Entre los muchos ejemplos, voy a citar dos, uno en el nivel del infra Estado, el otro al nivel del supra Estado. Son, respectivamente, la regulación de las subcontrataciones, es decir, las leyes especiales y contratos que regulan las relaciones de producción entre corporaciones (Marqués, 1987), y la legislación de la Comunidad Económica Europea (Snyder, 1987). De diferente forma, ambos ejemplos atestiguan la aparición de una legalidad contextual, sutilmente dirigida a los intereses momentáneos de las partes implicadas y a las relaciones de poder entre ellas. Para que estas formas de derecho emerjan, el *hic et nunc* se convierte en un imperativo categórico. La hiperproductividad del contexto social no sólo es tolerada sino también celebrada. Como alguna corriente del arte postmoderno americano, los «nuevos objetivistas» que he mencionado con anterioridad, esta legalidad postmoderna «reduce deliberadamente el nivel de su propia atmósfera tradicional en orden a restablecerla para una función adaptada a los tiempos» (Oliva, 1988: 66). Es un derecho antinatural, intersticial, casi un derecho coloquial, que repite las relaciones sociales en lugar de modelarlas, y de tal forma, que la distinción entre el conocimiento jurídico profesional y no profesional tanto como la discrepancia entre el «derecho de los libros» y el «derecho en acción» deja de tener sentido.

Frente a este nuevo minimalismo jurídico, el sociólogo del derecho se esfuerza por identificar y aislar la dimensión jurídica de las relaciones sociales, una situación que recuerda a los antropólogos del derecho respecto a las llamadas sociedades primitivas. Los libros reales del derecho son cada vez más las imágenes cambiantes de las relaciones sociales. Pero esto explica por qué la situación de los sociólogos del derecho es, en efecto, tan diferente de la de los antropólogos del derecho. El nuevo minimalismo sólo es posible sobre la base de una tradición preexistente de un derecho dotado de aura, autónomo y altamente profesionalizado, ciertamente, el derecho mínimo se desarrolla a menudo por profesionales formados en la tradición del derecho maximalista. La hiperproductividad del contexto social es un fenómeno complejo porque este último se encuentra en gran medida saturado por la legalidad moderna y ha sido modelado por ella. En otras palabras, la contextualización de la legalidad posmoderna es un proceso de dos vías: la de la aproximación del derecho a la realidad social y la aproximación de la realidad social al derecho.

Esta emergente y por ahora todavía marginal legalidad posmoderna

coexiste pacíficamente con la legalidad moderna, pero en la medida en que le gana terreno corroe la posición simbólica de legalidad moderna, al forzarla a descender a la materialidad del *hic et nunc*. Lentamente pero con firmeza, el derecho moderno transita desde la modelación a la repetición, desde la duración de la copresencia, y de forma concomitante, de la generalidad al particularismo, desde la abstracción a la rematerialización.

Derecho, microrrevoluciones y neoludismo

La transición de la modelación a la repetición, de la planificación a la ratificación, no significa que el derecho vaya a desaparecer completamente en las relaciones sociales que regula. El derecho seguirá realizando una intensa función a través de la cual las relaciones sociales son desviadas de una cadena ordinaria de seres hacia una cadena más elevada. La diferencia se encontrará en los modos a través de los cuales tales funciones serán realizadas. En cuanto el derecho, por medio de sus principales operadores, alcanza a comprender que su falsa utopía está llegando a un final, el mundo tal como es se hará más reconocible en el proceso de su intensificación jurídica legal. En la medida en que esto ocurra, tendrán lugar dos fenómenos relacionados: de un lado, los límites de las transformaciones sociales se harán más patentes a través del derecho; de otro lado, otras formas de prácticas emancipatorias ganarán o recuperarán la credibilidad social.

De entre los límites del derecho y del reformismo jurídico, nos referiremos a los que serán importantes. En primer lugar, el derecho del Estado es una entre algunas formas de derecho que tienen lugar en sociedad, aun cuando sea la más importante. Ciertamente, se ha convertido cada vez en más importante en el período del capitalismo organizado, pues los objetivos y estrategias del reformismo y la democratización se concentraron en el derecho del Estado. En este proceso, todas las demás formas de derecho existentes en la sociedad fueron dejadas fuera del marco jurídico y así se les permitió que continuaran reproduciendo *status quo* y relaciones sociales no democráticas. En cuanto se expone este proceso de reducción y ocultación, se descubre la naturaleza no democrática del derecho como conjunto e incluso se pone en cuestión el contenido democrático del derecho del Estado. Pues el derecho del Estado, mientras regula relaciones sociales, se ve forzado a interactuar y negociar con otras formas de

derecho y sus exigencias reformistas y democráticas deben ser contextualizadas y relativizadas, especialmente en virtud de la hiperproductividad del contexto social diagnosticada más arriba. Podemos encontrar una reciente ilustración de este proceso en el brillante análisis de Kristin Bumiller sobre las formas en que las leyes contra la discriminación han contribuido, de hecho, a perpetuar el carácter de víctimas de la gente a la que trataban de ayudar (Bumiller, 1988).

El segundo límite del derecho y el reformismo jurídico es que el auténtico reformismo jurídico es difícil de realizar y que, cualquier realización, no mantiene su significado social durante mucho tiempo. Asumiendo que el contenido no democrático de una red de órdenes jurídicas dadas se expone socialmente, esta exposición contribuirá por sí misma a aumentar el poder de aquellos grupos sociales que han sido las mayores víctimas de la primera ocultación. Cuanto más justa sea la distribución de recursos de poder entre grupos interesados en las reformas jurídicas, más duras serán las negociaciones para producir leyes reformistas y más estrecho el objetivo de las reformas. En consecuencia, las leyes se harán más particularistas y más complejas. La idea de la pérdida de complejidad del orden social por medio del derecho, que Weber y Luhmann de forma más visible celebraron como el genio derecho moderno (Luhmann, 1969), llegará a un final, final que en sí mismo no es algo malo. Sin embargo, contribuirá, con carácter definitivo, a descanonizar y trivializar el derecho general y el derecho del Estado, en particular. Probablemente, estos efectos se intensificarán por el contraste e incluso la fuerte presión en los acuerdos regulativos renegociados o en las imposiciones, en una época de velocidad audiovisual y de aceleración social. En estas circunstancias, el derecho puede encontrarse fácilmente en un dilema: ni permanecer estático e ignorado, ni rezagarse con respecto a la dinámica social y, por tanto, devaluarse como referencia normativa.

El tercer límite del derecho del Estado moderno se encuentra en la necesidad que éste tiene de disponer de la escala (en términos cartográficos) que el derecho utiliza para representar y distorsionar la realidad social. Ya he tratado este tópico en otro lugar (Santos, 1987b). En este momento será suficiente mencionar que la escala específica utilizada para representar la realidad

explica el tipo de fenómenos que pueden y cuáles no pueden ser regulados adecuadamente por el derecho. Existen fenómenos, independientemente de su importancia en términos sociales, que no pueden ser tratados adecuadamente por el derecho, ya que su regulación cae fuera del umbral definido por la escala en la que opera un derecho particular. Por dar algunos ejemplos, vivimos en el mundo de Chernobyl y el SIDA. A pesar de su seriedad, parece que el derecho del Estado no puede tratar ninguno de estos problemas adecuadamente, uno porque es demasiado público o demasiado colectivo (Chernobyl), el segundo porque es excesivamente privado o demasiado individual (SIDA). En estos tipos de límites aparece identificada con mayor facilidad una cuestión que surge inevitablemente: si el derecho no puede tratar adecuadamente algunos de nuestros problemas más serios, ¿por qué seguimos tratándolo nosotros tan seriamente?

El principio de reconocimiento del mundo que inspira la comprensión postmoderna del derecho no está confinado a una función negativa de identificación de los límites del derecho. Fomenta nuevas situaciones positivas. De un lado, la identificación de límites traza un mapa de espacios sociales en los que, por contraste, tienen lugar prácticas emancipatorias que no son jurídicas (ilegales o legales). De otro lado, en la medida en que la identificación de límites va pareja a la expansión del concepto de derecho y de su fragmentación interna en una pluralidad de órdenes jurídicos, la exigencia ideológica del fetichismo legal se hace más insostenible y las alternativas a ello, consecuentemente, más creíbles. Podemos resumir estas alternativas en los conceptos de *microrrevoluciones* y *neoludismo*.

Si analizamos atentamente el debate reforma/revolución en este siglo, podemos concluir que el debate giró en torno a diferentes estrategias para realizar el mismo objetivo básicamente, esto es, el socialismo. Cuando el reformismo obtuvo la primacía de la transformación social, para que se produjera en su nombre, fue reducido a escala gradualmente y el derecho del Estado fue el instrumento utilizado para realizar tal objetivo. Puede argumentarse también, en favor de la relativa autonomía del derecho, que el derecho reconstruyó la escala de la transformación social a un nivel que maximizaría la eficacia de la regulación jurídica. Desde entonces se produjo una discrepancia entre la escala del reformismo legal y la escala mucho mayor de la revolución, una discrepancia que fomentó el descrédito de la revolución¹⁴. Esto no creó serios problemas en las sociedades capitalistas avanzadas, en tanto el reformismo jurídico se mantuvo intacto en su hegemonía ideológica. Sin embargo, en los últimos

¹⁴ Hablo de revolución social a gran escala en consideración a la inteligibilidad. En términos de técnica cartográfica se podría hablar, en este caso, de pequeña escala: cuanto mayor es el espacio real que ha de ser representado en el espacio limitado de los mapas, menor es la escala. Vid. Santos (1987b: 283)

años la situación ha cambiado, como antes he señalado. La supresión gradual del aura simbólica del derecho va a abrir un vacío en nuestra imaginación social. Tras un siglo de reformas a pequeña escala es imposible, sin embargo, llenar este vacío con el viejo concepto de revolución social a gran escala. Una revolución social posreformista sólo puede ser un entrelazado de microrrevoluciones que tengan lugar localmente en las comunidades políticas, cuantas veces y allí donde se creen.

Tratar de conceptualizar tales microrrevoluciones no es tarea fácil. Puede ayudarnos la vía de proceder por sectores -ciertamente una forma muy postmoderna- y tratar de recuperar, reciclar y reinventar formas degradadas de resistencia social frente a la opresión. Así, el concepto de neoludismo, que evoca la destrucción de telares mecánicos en las primeras décadas del siglo XIX por los trabajadores ingleses, enfrentados a la introducción de nuevas tecnologías que eliminarían su autonomía en el proceso de trabajo y agravaría aún más sus ya lamentables condiciones de trabajo. Durante algunas décadas, tales estallidos de protesta fueron rechazados como locos, románticos y de resistencia reaccionaria frente al progreso inevitable. Más recientemente, sin embargo, y no por mera coincidencia, los movimientos luditas han sido reconsiderados. El trabajo pionero de Eric Hobsbawm (1964) seguido de otros (Wasserstrom, 1987), han contribuido al cambio del símbolo ludita para convertirlo en la única acción racional colectiva asequible a los trabajadores antes de la época de la sindicación. Lo que está apareciendo en la agenda política no son los medios específicos de resistencia utilizados por los luditas sino más bien la invención de formas de innovación social que como aquellas de los luditas confirman e intensifican la capacidad de subjetividades autónomas para liberarse a sí mismas de los prejuicios del fetichismo legal.

En la era tecnológica, el neoludismo será, ciertamente, menos violento e ingenuo pero tendrá que ser testigo igualmente de la intensidad del compromiso político y la movilización política, sólo accesibles cuando los objetivos de la lucha son transparentes y los resultados tengan expectativas de realización, y sean esperados tan pronto como sea posible en el mundo de la vida cotidiana. Sólo bajo estas condiciones podrá vivirse la lucha como racional de una minirrationalidad que sólo es total en la medida en que sea local. Las comunidades interpretativas y transformadoras generarán estas luchas a través de procesos de persuasión retórica que encontrarán su bagaje argumentativo en los tópicos que puedan ser extraídos de los guiones de historias parciales sobre el conocimiento, deseo y capacidad a los que me

he referido anteriormente. El problema no es si tales minirrationalidades tienen poco peso, si son racionalidades portátiles o de bolsillo, con tal de que explodan en nuestros bolsillos.

(Trad. de María José Añón Roig)

BIBLIOGRAFÍA

- Adorno, Th. W. (1981), *Ästhetische Theorie*, Frankfurt, Suhrkamp.
- Apel, Karl-Otto (1984), «The Situation of Humanity as an Ethical Problem», *Praxis International*, 4, 250.
- Arendt, Hannah (1963), *Between Past and Future*, Cleveland, Meridian Books.
- Auerbach, Erich (1968), *Mimesis. The Representation of Reality in Western Literature*, Princeton, Princeton University Press.
- Bachelard, Gaston (1971), *Le Nouvel Esprit Scientifique*, Paris, P.U.F.
- (1972), *La Formation de l'Esprit Scientifique*, Paris, J. Vrin.
- Bateson, G. (1985), *Mind and Nature*, London, Fontana.
- Billet, L. (1975), «Political Order and Economic Development: Reflections on Adam Smith's *Wealth of Nations*», *Political Studies*, 23, 430.
- Bloom, Harold (1973), *The Anxiety of Influence*, New York, Oxford University Press.
- (1988), *Poetics of Influence*, New Haven, Henry R. Schwab.
- Bohm, David (1984), *Wholeness and the Implicate Order*, London, Ark Paperbacks.
- Boulding, Kenneth (1964), *The Meaning of the Twentieth Century*, London, Allen and Unwin.
- Briggs, J. and F. D. Peat (1985), *Looking Glass Universe. The Emerging Science of Wholeness*, London, Fontana.
- Brunkhorst, Hauke (1987), «Romanticism and Cultural Criticism», *Praxis International*, 6, 397.
- Bumiller, Kristin (1988), *The Civil Rights Society*, Baltimore, Johns Hopkins University Press.
- Bürger, Peter (1984), *Theory of the Avant-Garde*, Manchester, Manchester University Press.
- Capra, F. (1976), *The Tao of Physics*, New York, Bantam Books.
- (1979), «Quark physics without quarks: A review of recent developments in S-matrix theory», *American Journal of Physics*, 47, 11.
- (1983), *The Turning Point*, New York, Bantam Books.
- Chew, G. (1968), «Bootstrap: a Scientific Idea?», *Science*, 161, 762.
- (1970), «Hard-on Bootstrap Triumph or Frustration?», *Physics Today*, 23, 23.
- Dallmayr, Fred (1987), «Public or Private Freedom? Response to Kateb», *Social Research*, 54, 617.
- Dacey, A. V. (1948), *Law and Public Opinion in England*, London, MacMillan.
- Durkheim, Emile (1964), *The Division of Labor in Society*, New York, Free Press.

- Eigen, M. and P. Schuster (1979), *The Hypercycle: a Principle of Natural Self-Organization*, Heidelberg, Springer.
- Feyerabend, Paul (1978), *Against Method*, London, New Left Books.
- (1981), *Realism, rationalism and Scientific Method*, Cambridge, Cambridge University Press.
- (1985), *Science in a Free Society*, London Verso.
- Gadamer, H. G. (1965), *Wahrheit und Methode*, 2nd ed. Tübingen, J. C. B. Mohr.
- (1983), *Reason in the Age of Science*, Cambridge, Mass., M. I. T. Press.
- Gellner, Ernest (1986), *Relativism and the Social Sciences*, London, Cambridge University Press.
- (1987), *Culture, Identity and Politics*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Gouldner, Alvin (1970), *The Coming Crisis of Western Sociology*, New York, Avon.
- Habermas, Jürgen (1973), *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt, Suhrkamp.
- (1985), *Der Philosophische Diskurs der Moderne*, 2nd edition, Frankfurt, Suhrkamp.
- Haken, H. (1977), *Synergetics: An Introduction*, Heidelberg, Springer.
- (1985), «Synergetics-An Interdisciplinary Approach to Phenomena of Self-Organization», *Geoforum*, 16, 205.
- Hassan, Ihab (1987), *The Postmodern Turn*, Ohio, Ohio State University Press.
- Heisenberg, W. (1971), *Physics and Beyond*, London, Allen and Unwin.
- Heller, Agnès (1987), «The Human Condition», *Thesis Eleven*, 16, 4.
- Hilferding, Rudolf (1981), *Finance Capital: a Study of the Latest Phase of Capitalist Development*, London, Routledge and Kegan Paul.
- Hobsbawm, Eric (1964), *Labouring Men*, New York, Weidenfeld and Nicolson.
- Huyssen, Andreas (1986), *After the Great Divide*, Bloomington, Indiana University Press.
- James, William (1969), *Pragmatism*, Cleveland, Meridian Books.
- Jantsch, E. (ed.) (1981), *The Evolutionary Vision*, Boulder, Westview Press.
- Jay, Martin (1985), «Habermas and Modernism», in R. Bernstein (ed.), *Habermas and Modernity*, Oxford, Polity Press, 125.
- Jones, R. (1982), *Physics as Metaphor*, New York, New American Library.
- Kateb, George (1987), «Death and Politics: Hannah Arendt's Reflections on the American Constitution», *Social Research*, 54, 605.
- Kelsen, Hans (1967), *The Pure Theory of Law*, Los Angeles, University of California Press.
- Koyré, A. (1986), *Estudios Galilaicos*, Lisboa, D. Quixote.
- Kuhn, T. (1970), *The Structure of Scientific Revolutions*, 2nd ed., Chicago, University of Chicago Press.
- Laclau, Ernesto and C. Mouffe (1985), *Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics*, London, Verso.
- Ladrière, J. (1967), «Les Limites de la Formalization», in Piaget (1967: 312).
- Lash, Scott and John Urry (1987), *The End of Organized Capitalism*, Oxford, Polity Press.
- Luhmann, Niklas (1969), *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt, Luchterhand.
- Marques, Maria M. (1987), «A Empresa, o Espaço e o Direito», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 22, 69.

- Luckacs, Georg (1972), *Studies in European Realism*, London, Merlin Press.
- Maturana, H. R. and F. J. Varela (1973), *De máquinas y seres vivos*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria.
- (1975), *Autopoietic Systems*, Urbana, Biological Computer Laboratory University of Illinois.
- Merton, Robert (1968), *Social Theory and Social Structure*, New York, Free Press.
- Morin, Edgar (1982), *Science avec Conscience*, Paris, Fayard.
- Moscovici, Serge (1985), *The Age of the Crowd*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Mouzelis, Nicos (1988), «Marxism or Post-Marxism», *New Left Review*, 167, 107.
- Offe, Claus (1985), *Disorganized Capitalism*, Oxford, Polity Press.
- (1987) «The Utopia of the Zero-Option. Modernity and Modernization as Normative Political Criteria», *Praxis International*, 7, 1.
- Oliva, A. Bonito (1988), «Neo-America», *Flash Art*, 138, 62.
- Ong, Walter (1982), *Orality and Literacy*, London, Methuen.
- Parain-Vial, J. (1983), *Philosophie des Sciences de la Nature. Tendances Nouvelles*, Paris, Klincksieck.
- Perelman, Chaim (1971), *The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation*, Indiana, Indiana University Press.
- Piaget, J. (ed.) (1967), *Logique et Connaissance Scientifique*, Paris, Gallimard.
- Prigogine, I. and I. Stengers (1979), *La Nouvelle Alliance. Metamorphose de la Science*, Paris, Gallimard.
- Prigogine, I. (1980), *From Being to Becoming*, S. Francisco, Freeman.
- (1981), «Time, Irreversibility and Randomness», in E. Jantsch (1981: 73).
- Radnoti, Sandor (1987), «A Critical Theory of Communication: Agnes Heller's Confession to Philosophy», *Thesis Eleven*, 16, 104.
- Reichenbach, H. (1970), *From Copernicus to Einstein*, New York, Dover Publications.
- Rorty, Richard (1980), *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton, Princeton University Press.
- Rousseau, Jean-Jacques (1971), *Oeuvres Complètes*, vol. 2, Paris, Seuil.
- Saint-Simon, Henri (1975), Henri Saint-Simon (1760-1825). *Selected Writings on Science, Industry and Social Organization* (edited by K. Taylor), London, Croom Helm.
- (1977), *Oeuvres*, vol. 2, Geneva, Slatkine Reprints.
- Santos, Boaventura de Sousa (1985), «On modes of Production of Law and Social Power», *International Journal of Sociology of Law*, 13, 299.
- (1987a), *Um Discurso sobre as Ciências*, Porto, Afrontamento.
- (1987b), «Law: a Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law», *Journal of Law and Society*, 14, 279.
- Sarat, Austin and Susan Silbey (1987), «The Pull of the Policy Audience», Unpublished Manuscript, September 1.
- Schulte-Sasse, Jochen (1984), «Foreword: Theory of Modernism versus Theory of the Avant-Garde», in Bürger (1984).
- Snyder, Francis (1987), «New Directions in European Community Law», *Journal of Law and Society*, 14, 167.
- Sontag, Susan (1987), «The Pleasure of the Image», *Art in America*, November, 122.
- Swingewood, Alan (1975), *The Novel and Revolution*, London, MacMillan.
- Thom, René (1985), *Parábolas e Catástrofes*, Lisboa, D. Quixote.

- Viner, Jacob (1927), «Adam Smith and Laissez-Faire», *The Journal of Political Economy*, 35, 198.
- Virilio, Paul (1988), «Interview with Paul Virilio», *Flash Art*, 138, 57.
- Wasserstrom, Jeffrey (1987), «Civilization and its Discontents. The Boxers and Luddites as Heroes and Villains», *Theory and Society*, 16, 675.
- Winckler, H. A. (ed.) (1974), *Organizierter Kapitalismus: Voraussetzungen und Anfänge*, Göttingen, Vandenhoeck and Ruprecht.

AGRADECIMIENTOS

En marzo de 1987 di una conferencia sobre una primera versión de este trabajo en el Amherst College. Quiero agradecer a los colegas del seminario de Amherst su invitación, su estimulante respuesta y, sobre todo, el hecho de haber compartido conmigo la seductora atmósfera de su comunidad científica. Quisiera agradecer también a María Irene Ramalho, Simon Roberts, Nicos Mouzelis, Tim Murphy, David Trubek, Ronald Chilcote y Steward Macaulay sus comentarios sobre las primeras versiones de este trabajo.

DOXA -6 (1989)



VERSIONES DE LO OTRO

«Il n'y a pas de cheval de Troie dont n'ait raison la raison (en général).»

La discusión tiene una historia y unos referentes culturales casi agotados en innumerables debates multifocalizados y pluridisciplinarios. Se puede hablar de la insistencia de una serie de nombres propios: Baudrillard, Lyotard, Jameson, Habermas, Rorty, etc.; así como de diversas polémicas que los unen y enfrentan, polémicas de las que tenemos conocimiento a través del relato de numerosos observadores que no cejan en el empeño de contraponer «épocas», «períodos», «ideas», «paradigmas», etc.

Se trataría de mantener a un lado, estratégicamente, versiones más o menos tributarias del concepto metafísico de historia (como *Aufhebung*/represión final de la diferencia, debería añadirse), y a otro, y no excesivamente distanciadas, versiones que rechazan aquel concepto y que habitan en la proximidad inestable de la «wirkliche Historie» nietzscheana, la «genealogía». Sería necesario, asimismo, señalar que no se trataría de versiones de lo mismo, de diferentes relatos que harían referencia a un mismo «hecho», «suceso», «acaecer», sino más bien momentos en (de) la lectura de aquello que no se deja leer, que es ilegible, es decir, que no permite el acceso, a través del procedimiento de la lectura, a un sentido último o a un significado trascendental («lo que no se da como un sentido que debe ser descifrado a través de la escritura» [Derrida, 1986, 161]), y que supone para el «nosotros» que dice leer la experiencia de que «el sentido no es accesible, que el concepto tradicional de lectura no resiste a la experiencia del texto» (Derrida, 1986, 168).

¿En qué consiste la estrategia? Esta pregunta implica, al menos, dos respuestas. Una de ellas se ocupa de los efectos del término «estrategia». La segunda, que no debe ser subsiguiente, sino más bien simultánea, delimita, con eficacia regulada, la interacción espacio-temporal de las versiones.

Primera respuesta

¿Cuál es la necesidad que lleva a denominar «estratégica» «una operación que rehúsa ser, en último análisis, dirigida por un horizonte teleo-escatológico» (Derrida, 1972, 93)? Sea como fuere, «estrategia» «remitirá al juego de la estratagema más que a la organización jerárquica de los medios y los fines» (Derrida, 1972, 93). La necesidad de la denominación viene dada por la operación textual que se efectúa y por la «paleonimia» que la acompaña, nociones ambas que tendremos la ocasión de discutir más adelante.

Segunda respuesta

Muy brevemente, y anticipando algunos motivos de este texto, la estrategia conducirá a la negociación de un compromiso entre ambas versiones.

Los intentos de periodificación, más o menos rígida, giran en torno a una noción o nociones marxistas o, al menos, que caen dentro de la órbita del materialismo histórico, como son el «capitalismo tardío» (Mandel, Jameson, Habermas) o el «capitalismo desorganizado» (Hilferding, Offe, citados por Santos, 1989, 4). En la Teoría de la Cultura esta noción tiende a manifestarse como «posmodernidad» en los dominios de la arquitectura, de la literatura o de la pintura, mientras que la Teoría Social suele referirse a la «era posindustrial» (Bell, 1976) o a las mencionadas nociones de «capitalismo tardío» o «capitalismo desorganizado».

Siguiendo las exposiciones de Kellner (Kellner, 1988) y de Santos (Santos, 1989, que a su vez, para la periodificación, y por lo tanto, como premisa histórica de su trabajo, sigue a Hilferding (Hilferding, 1981), Offe (Offe, 1985) y Winckler (Winckler, 1984), anotaremos las versiones que en este lado de la estrategia han recibido un tratamiento más detenido, haciendo referencia a nombres propios: Jameson, Habermas, Santos.

Jameson (Jameson, 1984) presenta su teoría de la posmodernidad como la lógica cultural del capitalismo, prestando atención al concepto bachelardiano de «ruptura epistemológica», pero sin renunciar a la inserción de ese nuevo estadio del capitalismo -como forma más desarrollada, incluso más pura del mismo, en relación con el capitalismo de mercado de Marx o el imperialismo de Lenin- en un proceso global o totalizador dentro de marco de una teoría marxista de la sociedad. Se puede afirmar con Kellner (Kellner, 1988, 258) que Jameson «traslada

el debate sobre la posmodernidad desde las arenas de la Teoría de la Cultura y de la Metateoría hasta el campo de la Teoría Social». En este sentido, las relaciones capitalistas de intercambio han penetrado en las «esferas de la información, conocimiento (...) conciencia y experiencia» (Kellner, 1988, 258). Jameson ofrece una periodificación de la cultura posmoderna por oposición a la cultura del modernismo y frente a la naturaleza «fragmentada, caótica e irrepresentable del mundo posmoderno» sugiere la elaboración de mapas culturales del nuevo terreno (algo que también está presente en el trabajo de Huysen (Huysen, 1984). Jameson propone una teoría, una estética y una política de lo que él denomina «cartografía cognitiva», la cual parte de un planteamiento urbanístico: «La desalienación en la ciudad tradicional, entonces, supone la reconquista práctica de un sentido del lugar». La cartografía ayuda a alcanzar una comprensión del nuevo campo cultural y socio-político previa a la estrategia política. De esta forma, el arte en la era posmoderna puede cumplir una función pedagógica y didáctica desde el punto de vista cartográfico. Artistas y teóricos deben proporcionar este peculiar sentido del espacio, así como mostrar la forma en que la sociedad está estructurada. En su periodificación consciente y completamente asumida por oposición a lo que ha dado en llamarse pos-estructuralismo, Jameson defiende, en la más pura línea hegeliano-marxista, el concepto de totalidad así como el de representación, desarrollando lo que Lyotard denomina una «gran narrativa». También reconoce que el agotamiento del marxismo «tradicional» determinado por la proliferación de nuevos sujetos de la historia, cesará necesariamente cuando se produzca una nueva proletarización de los mencionados sujetos.

Con Habermas se plantean las relaciones entre la Teoría Crítica y la Posmodernidad. Aunque moviéndose en un ámbito cercano al de Jameson en cuanto al tronco común, la estrategia de Habermas es completamente diferente. Como es de sobra conocido, para este escritor alemán el proyecto de la modernidad (de la Ilustración), que encierra un potencial emancipador, está inconcluso. Sin embargo, se pregunta si la crisis de la modernidad estética supone una transición hacia «un fenómeno más amplio llamado posmodernidad» (Habermas, 1981, 6), haciendo una distinción weberiana entre modernidad estética y modernización, en el sentido de un proceso de diferenciación cultural. «Habermas defiende la diferenciación de esferas culturales y el desarrollo de criterios autónomos de racionalidad» (Kellner, 1988, 264). El proyecto de la modernidad vendría a ser el desarrollo de las distintas esferas culturales de acuerdo con su lógica interna y el

«uso de la acumulación de cultura especializada para el enriquecimiento de la vida cotidiana (...), para la organización racional de la vida social cotidiana» (Habermas, 1981, 8). Habermas aprecia un desequilibrio en el desarrollo de las diferentes esferas culturales y denuncia el potencial no realizado de la racionalidad social, de la justicia y de la moralidad. Por otra parte, Habermas considera del todo necesario el mantenimiento de las diferentes esferas y su no confusión a riesgo de perder la dimensión crítica, interpretativa o terapéutica de la filosofía, desembocando en un contextualismo acrítico que, como mucho, sólo puede aspirar a legitimar el presente. Este tipo de crítica es el que dirige fundamentalmente al gesto derridiano y a la política de Rorty, al manifestar que «Quien trasponga la crítica radical de la razón al dominio de la retórica para quitar hierro a la paradoja de la autorreferencialidad (la apeliana «autocontradicción pragmático- trascendental»), mella también el filo de la misma crítica de la razón» (Habermas, 1985, 242).

Otro referente privilegiado en el trabajo de Habermas es el motivo del «consenso», que tan enconadas críticas ha recibido, sobre todo por parte de sus críticos franceses.

Siguiendo la exposición de Bernstein (Bernstein, 1988, 37-39) podemos destacar que la teoría de la acción comunicativa se desvincula de la filosofía de la conciencia, así como de la idea de un sujeto autosuficiente, tomando como principal fuente de inspiración la teoría de los «speech acts». «La razón principal de este “giro lingüístico” es que éste ya no nos hace caer en la trampa de la perspectiva “monológica” de la filosofía del sujeto. La acción comunicativa es intrínsecamente “dialógica”. El punto de partida de un análisis de una pragmática del habla es la situación de un hablante y un oyente que están orientados hacia una “mutua” comprensión recíproca» (Bernstein, 1988, 38). De esta forma, la «acción comunicativa» es un «tipo distintivo de acción social (...) que se orienta hacia la comprensión mutua» (Bernstein, 1988, 38), objetivo distinto, por ejemplo, del de la Zweckrationalität weberiana. En palabras de Habermas «el objetivo de intentar llegar a comprenderse (Verständigung) es lograr un acuerdo (Einverständnis) que termine con la mutualidad intersubjetiva de una comprensión recíproca (...). El acuerdo se basa en el reconocimiento de los correspondientes requisitos de validez, comprensibilidad, verdad, veracidad y exactitud» (Habermas, 1974, 3). El acuerdo se destaca, pues, sobre el fondo de un consenso y existe el «deber», para todo aquel que pretenda actuar comunicativamente, de cumplir en su acto de habla los requisitos mencionados. «Idealmente (al producirse una quiebra en la

comunicación), la única fuerza que debe prevalecer en tal discurso es la “fuerza del mejor argumento”» (Bernstein, 1988, 40). Las «pretensiones universales (de validez) (...) se establecen en las estructuras generales de la comunicación posible» (Habermas, 1979, 97), a modo de condiciones trascendentales de conocimiento. Este motivo del «consenso» ha sufrido vehementes críticas, sobre todo por parte de autores franceses como Lyotard o Derrida.

Cercano al planteamiento lingüístico de Habermas se encuentra Karl Otto Apel y su «transformación semiótica del kantismo», al considerar hechos lingüísticos los «a priori» que hacen posible la experiencia (el «a priori de la comunidad ilimitada de comunicación»), en lugar de estructuras fijas de la facultad cognoscitiva propias del trascendentalismo kantiano.

Siguiendo la tradición alemana (Hilferding, 1981; Offe, 1985), Santos (Santos, 1989, 4) distingue tres períodos en el desarrollo del capitalismo. Esto es importante en cuanto que el paradigma de la modernidad, como proyecto socio-cultural, quiere llevarse a la práctica en el momento preciso en que emerge el capitalismo como modo de producción dominante, esto es, en el siglo XVIII. «A partir de entonces, el paradigma de la modernidad está ligado al desarrollo del capitalismo» (Santos, 1989, 4). El paradigma de la modernidad se basa en «dos pilares, el pilar de la reglamentación y el pilar de la emancipación, cada uno de ellos constituido por tres principios (...). El pilar de la reglamentación está constituido por el principio del Estado (Hobbes), el del mercado (Locke y Smith) y el comunitario (Rousseau). El pilar de la emancipación está constituido por las tres formas de racionalidad identificadas por Weber» (Santos, 1989, 3). Muy esquemáticamente, los períodos a través de los cuales va modificándose el contenido del paradigma de la modernidad, son los siguientes: capitalismo liberal (siglo XIX), capitalismo organizado (desde el principio del siglo XX hasta los años sesenta) y capitalismo desorganizado (desde los sesenta hasta nuestros días).

Durante el primer período mencionado se produce, en lo que se refiere al pilar de la regulación, un desarrollo sin precedentes del principio del mercado así como una atrofia del comunitario. El principio del Estado sufre un ambiguo desarrollo bajo el imperio del *laissez-faire*. Por lo que respecta al pilar de la emancipación, se produce el fenómeno analizado por Weber de la «diferenciación funcional», que se traduce en el elitismo del movimiento romántico, el espectacular progreso de las ciencias y el formalismo jurídico de la pandectística germánica. Todavía se cree posible la formulación global del paradigma.

El período del capitalismo organizado comienza por reconocer sus limitaciones a la hora de llevar a la práctica el programa de la modernidad, así como por el surgimiento de un concepto más estrecho que el de «modernidad»: «modernismo». El principio del mercado continúa su espectacular expansión. Se produce una cierta «rematerialización del principio comunitario ejemplificado en la emergencia de prácticas de clase y su traducción en políticas de clase (sindicatos y partidos de la clase trabajadora)» (Santos, 1989, 8). En cuanto al principio del Estado, se producen los conocidos desarrollos que conducen al Welfare State, así como la formulación de dos «promesas “realistas” (...): una distribución más justa de recursos materiales y (...) una democratización más elevada del sistema político» (Santos, 1989, 8), siendo la primera promesa compatible con la sociedad de clases y la segunda compatible con una política burguesa de clase. (No hay que olvidar los fenómenos de marginalización de los partidos comunistas y de transformación de los partidos socialistas en partidos social-demócratas.)

En cuanto al pilar de la emancipación, la transformación queda reflejada en la «transición de la cultura de la modernidad al modernismo cultural» (Santos, 1989, 8). El modernismo supone la agudización de las tendencias hacia la concentración y la exclusión que se traducen en lo que Huysen ha denominado «ansiedad de contaminación». La autonomía del arte, las teorías de la representación política, la ciencia jurídica de corte kelseniano o las diferentes epistemologías positivistas suponen un ejemplo de dicha ansiedad.

Por lo que se refiere al tercer período, dado que se trata del tiempo en el que vivimos, ofrece dificultades en su caracterización. En el capitalismo desorganizado, el pilar de la reglamentación sufre transformaciones importantes derivadas de la hegemonía del principio del mercado. Este genera un exceso de significado que revierte sobre los principios de Estado y comunitario, intentando colonizarlos. Frente a lo multinacional, el factor local cobra una importancia decisiva. El principio comunitario se ve afectado tanto por la diferenciación que se produce en el interior de la clase obrera industrial como por la expansión de la clase ligada al sector terciario. Ambos fenómenos actúan como factores desestructurantes de la tradicional práctica de clase. Por último, el principio del Estado se enfrenta a una situación que lo desborda como entidad: la transnacionalización de la economía conduce a la inidoneidad del Estado como sujeto en el ámbito de la economía.

El pilar de la emancipación se caracteriza por la consolidación

de «un sentido de los déficit irreparables y un sentido de los excesos incontrolables» (Santos, 1989, 11 y 12). La racionalidad cognitivo-instrumental se enfrenta a situaciones tales como una ciencia involucrada en el complejo industrial-militar, la catástrofe ecológica, la emergencia de la biotecnología, etc. El déficit de significado que afecta a la racionalidad estético-expresiva cifra el callejón sin salida en el que esta última se encuentra y explica, a juicio de Santos, por qué la primera manifestación del nuevo paradigma de la posmodernidad se ha producido en el ámbito de esta racionalidad. En cuanto a la racionalidad práctico-moral, la juridificación de la realidad social ha traído consigo relaciones sociales estandarizadas al mismo tiempo que los ciudadanos se convertían en «clientes e incluso víctimas de las burocracias estatales cada vez más autoritarias» (Santos, 1989, 13). También en este ámbito se ha desembocado en callejones sin salida. La responsabilidad individual atribuida a los individuos (microética) se ha revelado inoperante ante los desafíos que surgen en este período del capitalismo (amenaza nuclear, desastre ecológico): «hombres y mujeres están llamados a asumir una responsabilidad moral común» (Apel, 1984, 250) que regule las consecuencias de las acciones colectivas a escala planetaria (macroética).

Un rasgo que distingue con claridad la postura de Santos frente a la de Habermas es el convencimiento del primero respecto a la necesidad de elaborar un nuevo paradigma (el de la posmodernidad) en la tarea de completar el proyecto de la modernidad.

A una distancia no excesiva de esta primera versión de versiones basada en la periodificación, se sitúan textos que, no dejándose neutralizar en la lógica de las primeras versiones, por cuanto de diversa forma cuestionan radicalmente la posibilidad de las mismas (cuestionamiento que no implica la negación pura y simple, y esto es importante), pueden resultar, no obstante, y, precisamente, a causa de su carácter textual, reabsorbidos, injertados, interpretados, utilizados en nuevos contextos que originariamente nada tenían que ver con la lógica de los textos mencionados. Es el caso, fundamentalmente, de los textos de Foucault y de Derrida, aunque desde luego los nombres de Lyotard, Rorty o Baudrillard no tienen una posición neutral en la cuestión planteada.

La operación textual que se desarrolla a continuación requiere que sea negociado un estatuto para la misma que legitime provisionalmente sus efectos sobre otros textos. Dichos textos, o bien operan bajo principios que van a ser discutidos o cuestionados,

o bien van a ser leídos desde dicha discusión o dicho cuestionamiento.

Y ello, no para escapar a la autocontradicción pragmático-trascendental que disuade, al que pretende cuestionar el principio de razón o de verdad, con la sanción de irracionalidad que recae sobre el discurso que emprenda la mencionada empresa, sino más bien para favorecer una intervención no exenta de riesgos sobre las versiones, sobre toda versión.

La negociación implica una «paleonimia» que regule los efectos de los «viejos nombres», teniendo en cuenta que «nombre» «no nombra la simplicidad puntual de un concepto, sino un sistema de predicados que definen un concepto, una estructura conceptual centrada sobre tal o cual predicado» (Derrida, 1972, 93). La «paleonimia» supone «la detracción de un rasgo predicativo reducido» del «nombre» en cuestión y las operaciones subsiguientes de «delimitación, injerto y extensión regulada de ese predicado detraído, manteniéndose el “nombre” a título de “palanca de intervención”» (Derrida, 1972, 93), motivo, éste, decisivo en cuanto va a permitir conservar un apoyo sobre la organización que se trata de transformar. No se trata, por tanto, de hablar «contra» la razón, sino de hacer preguntas «sobre la razón, sobre la historia de la razón, sobre el oscurantismo de ciertas formas de racionalismo que hay actualmente en la ciencia, en la ideología» (Derrida, 1989, 49), y este preguntar, lejos de suponer una forma suicida de irracionalismo «es una manifestación de racionalismo, de una nueva clase de ilustración» (Derrida, 1989, 49). Y este no sometimiento a la autoridad de la razón o de la verdad no implica que uno esté autorizado a decir cualquier cosa: es necesario «inventar, o derivar, o construir, o implicar nuevas reglas» (Derrida, 1989, 49). Sería, pues, necesario orientarse hacia la fundación de un nuevo derecho, que supusiera un nuevo planteamiento de la responsabilidad. La fundación de un nuevo derecho no es un acontecimiento jurídico, o al menos no responde a la lógica de la nueva juridicidad (tampoco es racional el origen del principio de razón). Y este acontecimiento (la fundación), que no responde a la lógica de la nueva juridicidad, debe apoyarse, para ser operativo o producir efectos, en la juridicidad o en el derecho que pretende transformar. Una negación pura y simple (Aufhebungen aparte, represiones de la diferencia) traería consigo la desaparición de todo medio efectivo de intervención y la neutralización de la operación emprendida: «Se sabe cuáles han sido siempre los efectos “prácticos” (en particular “políticos”) de los pasajes que pasan “inmediatamente por encima” de las oposiciones» (Derrida, 1972, 55). Negociado el estatuto de

una operación que «requiere “tanto” el principio de razón “como” el más allá del principio de razón» (Derrida, 1986, 73), este protocolo se abre a otras versiones.

«Si interpretar fuese aclarar lentamente una significación oculta en el origen, sólo la metafísica podría interpretar el devenir de la humanidad. Pero si interpretar es ampararse, por violencia o subrepticamente, en un sistema de reglas que no tiene en sí mismo significación esencial, e imponerle una dirección, plegarlo a una nueva voluntad, hacerlo entrar en otro juego, y someterlo a reglas segundas, entonces el devenir de la humanidad es una serie de interpretaciones. Y la genealogía debe ser su historia (...), la historia como emergencia de diferentes interpretaciones.» (Foucault, 1978, 18.)

A nadie se le oculta que el párrafo anterior implica una negación violenta del sentido de la historia y presupone una noción de «poder» que posibilita su aparición. «El juego consolador de los reconocimientos», «un paciente movimiento continuo», «una totalidad bien cerrada sobre sí misma», «la forma de la reconciliación», etc., son algunas de las caracterizaciones que hace Foucault acerca de la historia que da sentido «a la diversidad al fin reducida del tiempo» (Foucault, 1978, 18). Sin embargo, el texto de Foucault no niega el «sentido histórico», sino que afirma bravamente la «wirkliche Historie», impidiendo a toda costa la disolución del suceso singular en la continuidad ideal del movimiento teleológico. El análisis histórico debe plantearse en términos de relaciones de fuerza que ponen de manifiesto los hilos que unen y desunen sucesos singulares, que engendran unos a partir de otros, que forman redes, niveles y que no obedecen ni a un destino ni a una mecánica. Este análisis, como decíamos, presupone una noción de «poder» deudora del texto nietzscheano.

«Maquiavelo fue uno de los pocos -y sin duda residía en eso el escándalo de su “cinismo”- en pensar el poder del Príncipe en términos de relaciones de fuerza, quizá haya que dar un paso más, “dejar de lado el personaje del Príncipe” [el subrayado es nuestro] y descifrar los mecanismos del poder a partir de una estrategia inmanente en las relaciones de fuerza» (Foucault, 1978, 118).

La inacabada «Historia de la Sexualidad» nos ofrece un concepto de «poder» coherente con el análisis histórico propuesto. Este concepto «libera» al «poder» de su determinación jurídico-discursiva, es decir, propone el abandono o la sustitución del modelo jurídico de poder, «centrado en el solo enunciado de la ley y en el solo funcionamiento de lo prohibido» (Foucault, 1978,

104), la desaparición del privilegio teórico de la ley. De esta forma, para Foucault el poder no es un conjunto de instituciones o de aparatos que garanticen la sujeción de un individuo a un Estado, ni un sistema de dominación sino más bien «la multiplicidad de las relaciones de fuerza inmanentes y propias del dominio en que se ejercen (...) el juego que las transforma (...) los apoyos que dichas relaciones encuentran las unas en las otras (...) las estrategias que las tornan efectivas, y cuyo dibujo general o cristalización institucional toma forma en los aparatos estatales, en la formulación de la ley, en las hegemonías sociales» (Foucault, 1978, 112-113). El poder no debe ser ya buscando en un punto, central o no, ya que el poder es un flujo, una diferencia de fuerzas; se puede hablar de «estados de poder», pero sin olvidar que los efectos de estos «estados» son esencialmente «locales» e «inestables».

En esta crítica del concepto institucional de poder se puede inscribir fácilmente la crítica que Derrida dirige a las distintas disciplinas sociológicas: la sociología, la sociología del conocimiento o la politología «son más necesarias que nunca (...). Pero, cualquiera que sea su aparato conceptual, su axiomática, su metodología (marxista o neo-marxista, weberiana o neo-weberiana, mannheimiana, ni lo uno ni lo otro o un poco de las dos...) jamás tocan a lo que en ellas sigue basándose en el principio de razón (...). No se cuestionan jamás la normatividad científica (...) que regula y legitima su discurso (...) estas sociologías de la institución siguen estando controladas por las normas más arraigadas e incluso por los programas del espacio que pretenden analizar» (Derrida, 1986, 71). Y lo que se dice del principio de razón se puede afirmar con igual derecho del concepto metafísico de escritura, del concepto cartesiano-husserliano de subjetividad trascendental, de las oposiciones sensible-inteligible, significante-significado, eficacia-validez, punto de vista interno-punto de vista externo, etc.

Se puede hablar, por tanto, de una «omnipresencia del poder», sin que esto signifique su reagrupación bajo una unidad. El poder «no es más que el efecto de conjunto que se dibuja a partir de (...) movilidades (...). Hay que ser nominalista, sin duda: el poder no es una institución y no es una estructura, no es cierta potencia de la que algunos estarían dotados: es el nombre que se presta a una situación estratégica compleja en una sociedad dada (...). ¿Cabe, entonces invertir la fórmula y decir que la política es la continuación de la guerra por otros medios?» (Foucault, 1978, 113). Esta posición no conduce necesariamente al abandono de «la tarea de estructurar y graduar las formas de poder y las relaciones

de poder» (Santos, 1989, 26) como piensa Santos, puesto que Foucault y Deleuze se imponen como tarea «distinguir los sucesos, diferenciar las redes y los niveles a los que pertenecen, y reconstruir los hilos que los atan y los hace engendrarse unos a partir de otros» (Foucault, 1978, 179). Ello supone el rechazo tanto de los análisis simbólicos como de los que se refieren a las estructuras significantes, en pocas palabras, el rechazo tanto de la dialéctica como de la semiótica. Que la historia no tenga sentido no quiere decir que sea absurda, permitiendo la genealogía «la inteligibilidad de las luchas, de las estrategias y de las tácticas» (Foucault, 1978, 179). Ni la semiótica ni la dialéctica podrían dar cuenta de la «inteligibilidad intrínseca» de las luchas, de las diferencias de fuerza, de los «estados» de poder, ya que la primera evitaría mostrar «el carácter violento, sangrante, mortal» de los enfrentamientos (reduciéndolos «a la forma apacible y platónica del lenguaje y del diálogo») (Foucault, 1978, 179), mientras que la segunda reduciría al cumplimiento hegeliano una realidad «azarosa y abierta».

Las siguientes posiciones avanzan un «concepto» de poder coherente con la versión de la «wirkliche Historie»:

1. El poder no es algo que se adquiera, arranque (...) conserve (...); el poder se ejerce a partir de innumerables puntos, y en el juego de relaciones móviles y no igualitarias.

2. Las relaciones de poder no están en posición de exterioridad respecto de otros tipos de relaciones (...) sino que son INMANENTES; constituyen los efectos inmediatos de las particiones, desigualdades y desequilibrios que se producen y, recíprocamente, son las condiciones internas de tales diferenciaciones.

3. El poder viene de abajo; es decir, que no hay, en el principio de las relaciones de poder, y como matriz general, una oposición binaria y global entre dominadores y dominados (...). Más bien hay que suponer que las relaciones de fuerza múltiples que se forman y actúan en los aparatos de producción, las familias, grupos restringidos y las instituciones, sirven de soporte a amplios efectos de escisión que recorren el conjunto del cuerpo social. Estos forman entonces una línea de fuerza general que atraviesa los enfrentamientos locales y los vincula.

4. Las relaciones de poder son a la vez intencionales y no subjetivas (...) no busquemos el estado mayor que gobierna su racionalidad [no busquemos el «Príncipe» de Maquiavelo]; ni la casta que gobierna ni los grupos que controlan los aparatos del Estado (...) la racionalidad es la de las tácticas a menudo muy explícitas en el nivel en que se inscriben -cinismo local del poder-,

que encadenándose unas con otras, solicitándose mutuamente y propagándose (...) dibujan finalmente dispositivos de conjunto (...) sin embargo, sucede que no hay nadie para concebirlas y muy pocos para formularlas: carácter implícito de las grandes estrategias anónimas, casi mudas.

5. Donde hay poder hay resistencia, y no obstante ésta nunca está en posición de exterioridad respecto del poder (...). ¿Hay que decir que se está necesariamente “en” el poder, que no es posible “escapar” de él, que no hay, en relación con él, exterior absoluto, puesto que se estaría infaliblemente sometido a la ley?» (Foucault, 1978, 113-115).

El término ley, en este caso, tiene un sentido diverso del apuntado anteriormente (necesidad de una superación del concepto jurídico-discursivo de «poder»). No se refiere tanto a la ley como «forma jurídica» bajo la cual aparece el «poder» en una época muy determinada de la historia, como a la ley en cuanto sujeción ineludible a una red de poder. La paleonimia permite que se produzca este uso regulado del nombre «ley».

«Así como la red de las relaciones de poder concluye por construir un espeso tejido que atraviesa los aparatos y las instituciones sin localizarse exactamente en ellos, así también la formación del enjambre de los puntos de resistencia surca las estratificaciones sociales y las unidades individuales. Y es sin duda la codificación estratégica de esos puntos de resistencia lo que torna posible una revolución, un poco como el Estado reposa en la integración institucional de las relaciones de poder» (Foucault, 1985, 116).

No cabe duda de que la «codificación estratégica de los puntos de resistencia» puede informar una práctica política en la actualidad. Ahora bien, cuando una actitud políticamente revolucionaria se expresa de un modo codificado y tradicional, no debe necesariamente producir un efecto perturbador en la institución.

Se precisa un pensamiento de la ley.

Esta habrá sido una orden. Y no otra cosa. No, por ejemplo, una descripción de un proceso o la representación de una época determinada del pensamiento jurídico, aunque, desde luego, habremos hecho referencia a motivos de la ciencia jurídica o incluso a lugares de la historia de la ciencia jurídica.

Basta imaginar a Hans Kelsen con su pura espada de libertador.

Fue necesario dar la vuelta a siglos enteros de especulación para que la incipiente ciencia jurídica hallase su apurado acomodo en medio de la reorganización territorial que sufren los

saberes a finales del siglo XIX. Lo «específico» era el documento que legitimaba la conquista del territorio ocupado las más de las veces por la fuerza. La inercia de su enconada afirmación le llevó a establecerse en un territorio que no «existía», sino que «ordenaba». ¿Pero qué puede suponer que un territorio no «exista»? Probablemente que no puede ser conocido como algo que «está ahí»: en principio, hay una orden que debe ser obedecida; además, el conocimiento de esta orden viene negado por los tradicionales accesos cognoscitivos (desde la fe hasta el método inductivo). No obstante, se deja abierta la puerta a la posibilidad de una lógica deóntica que nos permitiría establecer la validez de un enunciado perteneciente al territorio que estamos considerando. Con ello, y con todo, lo «específico» viene simbolizado por la expresión «Sollen» («das Sollen als Gegensatz zum Sein» [el deber como opuesto al ser], Kelsen, 1920), y este «Sollen» no «existe», sino que «ordena», no es un «ente» ni «otra cosa», sino que es (y la forma verbal «es» se revela defectuosa: «innerhalb dieses Systems IST die Frage: Was ist [el subrayado es nuestro] Recht? sinnlos, denn innerhalb gibt es nichts als Recht» [en el interior de este sistema la pregunta: ¿qué ES derecho? carece de sentido, puesto que en el interior no hay otra cosa que derecho]) (Kelsen, 1920, 46) el principio estructural del sistema jurídico por oposición al sistema de la naturaleza. La apostilla de esta fórmula es de sobra conocida: «der Begriff des Sollens keinerlei materielle Bedeutung hat» [el concepto de «deber» no tiene significado material de ningún género] (Kelsen, 1920, 62). Lo «específico» que legitima la ocupación y dominio del territorio en cuestión se traduce en la depuración minuciosa de todos aquellos conceptos que habrían colaborado en mayor o menor medida en la situación anterior, empezando por el de «Willen», «denn dieses Wort führt (...) zu psychologischer Entgleisungen» [pues esta palabra conduce a «desvíos» psicológicos]. El contenido característico de la forma no está determinado como «Faktum» (Kelsen, 1920, 89).

Basta imaginar todo esto para comprender que Hans Kelsen fue un pensador de la Ley. El concepto «puro» de derecho permite evitar toda una serie de reducciones (historicismo, sociologismo, psicologismo, etc.) y el gesto de Kelsen es una etapa importantísima en la deconstrucción de la oposición metafísica «derecho positivo»-«derecho natural». Pero la operación destructora no puede permanecer en esa «fase», ya que impide la intervención efectiva en el texto que se pretende deconstruir, y en este sentido, la disputa Kelsen-Ross acerca del significado de la «validez» puede servir de índice.

Partiremos de la reserva que supone la reformulación de la noción de «validez» que realiza Kelsen en la «Teoría General de las Normas» (al establecer claramente el estatuto no jurídico de la pregunta que interroga por la obediencia a las normas, lo que, de hecho, supone una aproximación a la posición «política» [no «normativista»] de Alf Ross. La discusión arranca a su vez de una discusión sobre la nota número 125 de la «Teoría pura del derecho» de Hans Kelsen (discusión animada por el profesor De Lucas a lo largo del curso académico 1987-1988 en la Facultad de Derecho de Valencia) (Kelsen, 1986, 220).

Lo que al jurista vienés le parece inaceptable es que Ross entienda la validez objetiva de las normas («validez» merced a la cual merecen el calificativo de «jurídicas»), que en su sistema cumple la función esencial de «intérprete del sentido de determinados actos reales» (lo que permite reconocerlos como pertenecientes al mundo del derecho), como la «creencia» -es decir, un fenómeno psico-social- en que uno debe obedecer las normas porque éstas son -y aquí halla su raíz la creencia- «objetivamente válidas». El problema latente es el del reconocimiento de lo que sea derecho, distinguir la conducta social que es derecho de la que no lo es (Ross), distinguir respecto del derecho el simple uso de la fuerza (Kelsen).

Advierte Kelsen que al poner en lugar de la «validez objetiva» el «hecho» de la creencia (racionalización errónea) en una validez objetiva, hemos eliminado la validez como elemento esencial del concepto de derecho, lo que contradice las palabras de Ross: «(...) cómo distinguir precisamente la conducta social que es derecho de toda otra conducta social. Esta delimitación no puede efectuarse sin volver a la noción de validez» («Towards a realistic jurisprudence», pág. 49). Es necesario destacar el carácter «auxiliar» que en el planteamiento rossiano adopta la «validez» normativista, «hecho» que parece no querer apreciar Kelsen. Cuando Ross afirma que hay que volver a la noción de «validez», no propone una vuelta a una categoría cognoscitiva, fundamento de conocimiento, condición trascendental de toda «epísteme» jurídica, sino más bien un retorno en el que nos basta con «creer» en aquélla (el «hecho» de que se dé una creencia en la validez objetiva de una norma nos sirve para reconocerla como tal). El mismo Kelsen reconoce este carácter «auxiliar» expresamente cuando afirma más adelante: «En el fondo tiene que aceptar que no es posible determinar el concepto de derecho sin el recurso auxiliar [«auxiliar», es importante la expresión] del concepto de validez deóntica» (Kelsen, 1986, 221). ¿Qué es la «validez», un «elemento esencial del concepto de derecho» o

«un recurso auxiliar para determinar el concepto de derechos»?

Convendría reseñar alguno de los motivos más destacados de eso que ha dado en llamarse «deconstrucción», sobre todo teniendo en cuenta que uno de sus «representantes» más significativos se ha ocupado expresamente del problema de la Ley o de la Institución, hasta el punto de erigirlo en motivo, sino central al menos insistente, de su más reciente trabajo.

Las prótesis («Toute thèse est une prothèse» (Derrida, 1974, 185) más conocidas del programa gramatológico ponen de manifiesto: (1) el etnocentrismo del concepto de «escritura» como gran gesto violento que va unido a la dominación ejercida por occidente en el contexto mundial; (2) el logocentrismo como determinación más poderosa del etnocentrismo que supone «la orientación de la filosofía hacia el orden del significado -pensamiento, verdad, lógica- concebido como existente por sí mismo» (Culler, 1984, 85). De la misma forma que el racismo es un gesto exagerado de identificación del grupo por oposición violenta a un «exterior» pretendidamente hostil (y en este sentido poco importan los criterios en nombre de los cuales se ejerza este tipo de violencia, ya sean prejuicios biologicistas o mero instinto de autoconservación), así, el logocentrismo, cuya operación fundamental es el establecimiento de la oposición «interior-exterior», y su correlato histórico-metafísico (etnocentrismo), necesitan aferrarse, en gesto, a un mismo tiempo dramático y violento (dramático, en cuanto entraña una doble faz: simulacro y decisión; violento: absoluta hostilidad hacia lo otro) a unas condiciones mínimas de «decibilidad» que delimitan un territorio fuera del cual se halla el enemigo ante el que es necesario armarse, protegerse estratégicamente haciendo uso de un instrumento que -¡quién lo iba a decir!- se vuelve contra el propio estratega: nos referimos al lenguaje que se dice «natural». El fonocentrismo que preside las relaciones entre «habla» y «escritura» en el texto metafísico, es subsiguiente al logocentrismo; (3) la historia de la metafísica como estrategia que asigna al «logos» el origen de la verdad y que se propone el desciframiento de todo texto, su legibilidad como la posibilidad de acceder a un «sentido» o «significado» en el curso de las operaciones de lectura y escritura. Este último punto permite la entrada en escena de una operación textual que se propone determinar el significado de una «emisión» a partir de un sujeto y un contexto dados. Nos referimos a la teoría de los «actos de habla» de J. L. Austin (Austin, 1962), desarrollada, entre otros, por Searle (Searle, 1977). Como se sabe, la operatividad de las proposiciones jurídicas (orden, promesa, etc.) sirve de ejemplo a Austin a la hora de distinguir entre emisiones

«constatativas» (que serían las que tradicionalmente pertenecen al campo de la filosofía, por ser expresiones lingüísticas respecto de las cuales se puede afirmar que son verdaderas o falsas) y las realizativas («performative»), que serían aquellas emisiones mediante las cuales el hablante se propone «hacer» algo, y que habrían estado marginadas por el discurso filosófico). En efecto, un juramento o la prestación del consentimiento matrimonial (el «acto» de jurar -o de prestación del consentimiento- que se lleva a cabo mediante la emisión de unas palabras), son expresiones lingüísticas respecto de las que no se puede realizar un juicio de verdad. Lo único que podemos afirmar con seguridad es el éxito o el fracaso en la realización de tales actos, éxito o fracaso que será enjuiciado a la luz de normas convencionales que incluyen características del contexto. En palabras de MacCormick, «el estudio de los “actos de habla” requiere la clarificación de las reglas sociales o convencionales que hacen posible la realización de tales actos: es el contexto el que da sentido a las palabras» (MacCormick, 1981, 14). Sin embargo, Austin introduce un elemento que desequilibra la relación: la necesidad de que la emisión sea «seria» para que se produzca el resultado deseado («es menester que no esté bromeando ni escribiendo un poema» (Austin, 1962, 50), «en tales circunstancias el lenguaje no es usado en serio» (Austin, 1962, 63), es decir, la presencia de una «intención», significativa en la conciencia del hablante que decida en última instancia el sentido de la emisión. Esta afirmación desconoce un rasgo fundamental de las emisiones realizativas: algo puede constituirse en secuencia significativa (una emisión realizativa puede tener fuerza ilocutoria) si y sólo si es repetible (codificable), y este significado está marcado por el contexto, que decidirá en cada caso. Esto no supone negar la «intención», sino simplemente evitar su dominio en el contexto (la iteración que estructura la enunciación). La determinación del significado vendrá establecida por la discusión acerca de las circunstancias de dicho contexto, el cual viene marcado por dos notas: por un lado su «apertura estructural»; por otro, «todo intento de codificar el contexto se puede siempre injertar en el contexto que pretendía describir, presentando un nuevo contexto que escapa a la formación previa» (Culler, 1984, 112).

La discusión sobre el contexto en las emisiones realizativas plantea la cuestión de la «intención», y en general la de la «subjetividad». El motivo despierta el interés de Santos cuando afirma que «se necesita una nueva Teoría de la subjetividad que dé cuenta del hecho de que somos un sistema complejo de subjetividades» (Santos, 1989, 23). La «subjetividad» es una categoría

que pertenece de pleno derecho a la época de la representación y quizás sea el imperativo de pensar lo irrepresentable o lo impresentable lo que nos conduzca a una nueva comprensión de aquélla que puede devorarla. Santos propone toda una serie de prácticas como la proliferación de comunidades interpretativas políticas y jurídicas que terminen con el monopolio en la interpretación, una dispersión controlada del dominio jurídico, un minimalismo jurídico así como la emergencia de prácticas micro-revolucionarias. Sin embargo, esta nueva Teoría que se pide no cuestiona el irreprimitivo deseo metafísico de «una identidad de sentido invariable (...) que regule todas las variaciones interexpresivas (...). Esta hipótesis o este deseo serían los de la representación, los de un lenguaje representativo cuyo destino sería representar algo» (Derrida, 1987, 86). Ahora bien, el cuestionamiento mencionado (acorde con las tendencias contemporáneas hacia la crítica de la «representación») debe tener en cuenta los riesgos de todo orden (sobre todo, políticos; piénsese en el ideal parlamentario) que deben ser asumidos. Por otra parte, un cuestionamiento histórico y sistemático debe tener en cuenta que nuestros conceptos de «sistemas» e «historia» estarían marcados por la estructura y el cierre de la representación. «Es sólo en la modernidad (cartesiana y pos-cartesiana) cuando el ente se determina como objeto ante y para un sujeto en la forma de la *representatio* o del *Vorstellen*» (Derrida, 1987, 90). En ambos motivos está funcionando el poder de un «sujeto» que puede hacer que [algo] de nuevo venga a la presencia y que puede volver presente, volver para sí presente o simplemente volverse presente (Derrida, 1987, 92). Ese «poner a la disposición» es precisamente lo que constituye al sujeto en sujeto. «El sujeto es aquello que puede o cree poder darse representaciones, disponerlas y disponer de ellas» (Derrida, 1987, 93). La representación es el modelo de todo pensamiento del sujeto (sujeto «enteramente calculable», según Lacan) (Lacan, 1970, 860). «Es hacia lo incalculable adonde pueden ser desbordados los límites de la representación» (Derrida, 1987, 99). Lo característico de la modernidad sería la autoridad, «la dominación de la representación» (Derrida, 1987, 93). Y los debates más importantes de esta época giran precisamente en torno a la «adecuación» o al «valor» de la representación (piénsese de nuevo en las discusiones acerca de la representación política en las democracias occidentales). El prejuicio antirrepresentativo llevado a sus últimas consecuencias, la negación, de nuevo, pura y simple del concepto de representación (en el curso de una operación deconstructora) puede acarrear las peores regresiones (nazismo).

Dejando aparte las hipotéticas discusiones «modernas» acerca de la «adecuación» o el «valor» del motivo de la representación, existe un vínculo problemático entre este último concepto y el pensamiento de la Ley puesto que «cualquiera que sea la necesidad de esa cuestión acerca de la relación entre la ley y las huellas (...) tal cuestión se sofoca quizás cuando se cesa de “representarse” la ley, de aprender la ley misma bajo la especie de lo representable» (Derrida, 1987, 121). Hay que intentar pensar de «otro» modo para abordar la ley, ya que esta última desborda toda representación. Todavía un esfuerzo: es necesario pensar la Ley que nos permite pensar qué leyes, qué estructuras institucionales rigen nuestro decir. Un nuevo concepto de responsabilidad nos determina a pensar «el fundamento sobre el cual, en la historia de Occidente (...) se han impuesto los valores jurídico-egológicos de la responsabilidad» (Derrida, 1984, 32). Cuando interpretamos una norma jurídica estamos proponiendo simultáneamente un modelo institucional que consolida el propio acto de interpretación. Cada texto contiene una exhortación del tipo: «reuníos según tales reglas, tal escenografía (...) formad tal tipo de intercambio para leerme y escribirme (...) para interpretarme, evaluarme, traducirme (...)» (Derrida, 1984, 43); o bien: «si me interpretáis tendréis que asumir tal o cual forma institucional» (Derrida, 1984, 44). Se hace necesario el reconocimiento de que en cada una de las operaciones de interpretación se está poniendo en juego un concepto institucional que funciona a la vez como estructura de dichas operaciones. Esta tarea exigiría la «fundación de un nuevo derecho». Esta fundación sería «una realidad más allá de las representaciones, la conciencia, los actos de los sujetos individuales y de las corporaciones (...) más allá de los límites entre la institución y los marcos políticos de su inscripción» (Derrida, 1984, 55). Esta fundación no puede negar sin más aquello sobre lo que pretende operar, pero al mismo tiempo no puede quedar sometida a la legalidad del derecho anterior. Ello nos conduce al motivo de la «negociación», examinado con anterioridad. Por ello, cuando Ballesteros afirma que «la política no puede ser entendida por los postestructuralistas, entre otras razones, por su incompreensión de lo institucional» (Ballesteros, 1989, 96), está desconociendo, a nuestro juicio, la preocupación fundamental en la obra de Derrida por los aspectos institucionales del principio de razón y de la idea de verdad.

Para concluir, glosaremos un texto de Derrida sobre la opinión pública (Derrida, 1989b), aparecido en la prensa, en el cual se plantean toda una serie de cuestiones tradicionalmente asignadas al ámbito de la crítica de la modernidad.

Derrida parte de tres posiciones que se refieren a su ritmo, su modo de manifestarse (medium) y a su historia:

1. En cuanto a la primera posición, Derrida se refiere a la «imprevisibilidad», ya que la opinión pública (OP) toma de la opinión este vicio o virtud; por otro lado, la OP no tiene un lugar propio, ya que si lo tuviera, se opondría tanto a los poderes no democráticos como a su «propia» representación política: la errancia de su cuerpo propio es también la ubicuidad de un espectro. Desbordando la representación electoral, la OP no es ni la voluntad general, ni la nación, ni la ideología ni la suma de las opiniones privadas analizadas por el sociólogo. No es ni objeto ni sujeto y además tiene el poder de resistir a los medios destinados a dirigirla.

Como se ve, hasta aquí Derrida ha caracterizado con más o menos acierto la OP como un fármaco, como un «concepto» que inquieta el sistema que se pretende deconstruir, en este caso, la democracia parlamentaria de corte liberal.

2. Siguiendo el planteamiento anterior, llama a la OP «dios de una politología negativa», precisando ésta de un «medium» para ver la luz del día. Su ritmo «cotidiano» supone la difusión masiva de algo así como un «diario». Este poder tecno-económico permite la aparición de una OP. La correlación entre lo cotidiano y OP desborda lo que se llama «prensa de opinión». Por otro lado, es precisamente la prensa quien tiene el poder y la iniciativa respecto a los sondeos de opinión, cuyo ritmo es distinto del de las representaciones políticas o sindicales.

3. Por último, se hace necesaria una referencia a la historia de este fenómeno, que «nunca ha sido natural, es decir, universal». El fantasma tiene una historia: europea y reciente. Mientras que el discurso sobre la opinión es tan viejo como el mundo, la historia de la OP parece ligada al discurso político europeo. «Es un artefacto moderno.» De nuevo Derrida se refiere a las leyes y al derecho para establecer la irrupción de un fenómeno discursivo, siguiendo la tesis según la cual «el texto (...) no puede constituir la ley más que si un sistema de ley más poderoso lo garantiza, y en primer lugar el conjunto de leyes o convenciones sociales que autorizan tales legitimaciones» (Derrida, 1984, 126). En este caso se trata de un aparato de leyes que permiten o prometen la «publicación» de la opinión «fuera» de las representaciones políticas o corporativas. Ahora bien, este situarse «fuera de» no puede reconocerse como el de una OP independiente más que en las democracias parlamentarias y en la medida en que su juicio pueda ser entendido como un voto posible y como una intervención en o sobre la representación política. De esta forma

la OP es una asamblea de ciudadanos llamados a emitir un juicio sobre materias que son competencia de la representación política pero también sobre otras materias que en principio escapan al límite competencial anteriormente señalado, en una zona «que hoy se diferencia de forma acelerada y que plantea graves cuestiones sobre el funcionamiento de la democracia, de evaluación e incluso de determinación (...) que no depende del juicio y de la representación»? Es ahí donde se puede interrogar la autoridad de la OP.

A la hora de analizar la OP hay que evitar abandonarla a una «espontaneidad salvaje». Es necesario plantear a partir de nuevas categorías las relaciones con las instituciones y con la prensa, ya que la OP no se «expresa». Derrida emplea esta expresión para indicar que no existe ningún interior previo que deba manifestarse, salir a un exterior público, sino que más bien la OP es fenomenalidad, y por ello, en este sentido, «la OP no es más producida o formada que reflejada o representada». El planteamiento de nuevo apela al carácter indecible del nuevo «concepto». Si deconstruir es, como dijo Lyotard (Lyotard, 1988) en una entrevista en la que se le interrogaba por las relaciones entre su obra y la de Derrida, «rendre indécidable», esto es, volver indecible, hacer indecible, Derrida, efectivamente, ha deconstruido el concepto metafísico de OP al poner de manifiesto que no tiene lugar, que es un suplemento de las representaciones legítimas (como pueden ser las asambleas parlamentarias o los sindicatos) y que no es «más producida o formada que reflejada o representada» por la prensa (no hay una objetividad -la sacrosanta objetividad del periodista- que reflejar o representar). Derrida, al mismo tiempo, es consciente del riesgo asumido al deconstruir el concepto metafísico de OP y su cadena de significantes, ya que esta operación puede afectar al concepto mismo de «representación». Ahora bien, «¿un demócrata no tiene la responsabilidad de pensar los fundamentos de la democracia» (este tipo de planteamiento preside su interrogación en torno al principio de razón), sobre todo, tras la mutación tecno-económica de los medios de comunicación social? [Esta llamada a la responsabilidad del demócrata respecto de los fundamentos de la democracia, recuerda la apelación, «ilustrada» del que interroga acerca del «principio de razón» sin por ello caer en un irracionalismo o en la apeliana «autocontradicción pragmático-trascendental», sino más bien al contrario, accediendo a un campo que ya no se deja clausurar por la oposición racional/irracional.]

La resistencia de la OP a los medios destinados a dirigirla, el

poder y la iniciativa de los medios de comunicación social en cuanto a los sondeos de opinión, la intervención de la OP en zonas que escapan a las competencias de la representación política, la necesidad de nuevas categorías de análisis para no considerar la OP como un fenómeno de «espontaneidad salvaje», así como su carácter indecible (hasta el punto de interrogar al principio de representación), plantean toda una serie de cuestiones a las que hay que «hacer justicia», por lo que Derrida afirma que la «Libertad de prensa» «está por inventar. Cada día. Y la democracia con ella». De nuevo se pone el acento sobre la necesidad de hacer justicia «en las leyes y en las costumbres», es decir, de nuevo se produce una llamada a un «nuevo derecho».

Junto a una libertad de prensa debería comparecer en la discusión, una libertad «ante la prensa» que daría respuesta a las cuestiones planteadas, es decir, satisfaría la demanda de hacer justicia a las mismas, lo que supondría la aparición de un nuevo derecho que estableciera dispositivos más adecuados para hacer frente a las «mutaciones tecno-económicas del “libre mercado”» con el fin de impedir que «la censura vuelva a recobrar el terreno perdido». Ahora bien, este gesto (este derecho) no debe enfrentarse simplemente contra «las concentraciones, los monopolios y los fenómenos cuantitativos» (lo que Santos [Santos, 1989, 26] denomina «monopolios de interpretación política»), propugnando o favoreciendo «la pluralidad, la dispersión, el fraccionamiento, la movilidad de los lugares de filtración o de los sujetos que disponen de ésta», ya que esta actitud traería consigo el abuso por parte de fuerzas que aprovecharían la parcelación y la «ausencia fórum general». (Salvando las distancias, piénsese en los efectos que ha producido la liberación a ultranza del transporte aéreo en los Estados Unidos: a una primera etapa de fragmentación y dispersión, sucedió rápidamente la concentración en menos de una decena de compañías del mercado de la aviación civil, el caos navegatorio y una merma sensible de las condiciones económicas y de seguridad.) No obstante, el argumento a favor de un «fórum general» puede encontrar obstáculos desde la perspectiva de la práctica textual derridiana: habría que evitar a toda costa que dicho «fórum general» se convirtiera en o naciera con el estigma metafísico. Insiste Derrida en que hay que inventar algo que es «imposible y necesario». ¿Y por qué inventar? ¿Por qué «imposible y necesario»?

Muy probablemente resuena el eco de la polémica mantenida en «El discurso filosófico de la modernidad» por Habermas (Habermas, 1985), para el que «no debe confundirse la capacidad lingüística de invención de mundos, de nuevos significados, que

en nuestra cultura le corresponde a la literatura y al arte, con la capacidad lingüística de resolución de problemas que, en la división de tareas que la modernidad ha realizado entre sus diversas esferas, le correspondería a los sistemas normativos de regulación de la acción, la moral y el derecho, y a los discursos filosóficos en los que éstos se fundamentan. La invención de mundos sería la dimensión lingüística privilegiada por el programa deconstructor de Derrida que colapsaría en ella y reduciría a ella la capacidad de regulación de la acción (...)» (Thiebaut, 1989, 12 y 13). Esta postura de Habermas tiene su importancia contextual en el debate mantenido con Rorty (o mejor, debate mantenido con el «efecto» de una lectura de Derrida que realiza Rorty) sobre las relaciones que mantiene la literatura con su «otro». Para Rorty, «eso que ha aparecido bajo el rótulo de literatura posee una irremplazable capacidad de intervenir eficazmente en la regulación de nuestros sistemas normativos y valorativos» (Thiebaut, 1989, 25). Esta afirmación mantiene una estrecha conexión con la tesis derridiana acerca de las condiciones de posibilidad de la ley y del relato. En efecto, para Rorty, la operatividad de la literatura en la construcción de la identidad y de la sensibilidad morales condiciona y explica la formulación de máximas y su aplicación en juicios morales.

Pero volvamos a la discusión sobre la imposibilidad y necesidad del «fórum general».

A estas alturas de la estrategia deconstruccionista, la irrupción de un nuevo «concepto» que ya no se deja atrapar en el campo de la oposición deconstruida viene acompañada de riesgos ante los que es necesario reaccionar con «otro imperativo»: «la unidad del fórum democrático no debe confundirse con la de la masa, la de la homogeneidad o la del monopolio». Decir que el fórum general es «imposible y necesario» supone marcar la indecibilidad del concepto y apelar a una responsabilidad vecina del convencimiento kantiano respecto del hecho de que nuestra posibilidad de decidir exceda a nuestra capacidad de conocer. En este sentido, resulta difícil compartir la opinión del profesor Ballesteros acerca de la práctica textual de autores como el propio Derrida o el comprometidísimo Foucault: «Es posiblemente en el ámbito de la política en el que mejor se revela el carácter inmovilista y reaccionario de los autores tardomodernistas y su posibilidad de ser utilizados por la tecnocracia modernizadora para evitar alternativas realmente democráticas» (Ballesteros, 1989, 95). Por otra parte, la «posibilidad de ser utilizados por la tecnocracia modernizadora» o, añadiríamos, por la barbarie institucionalizada (todavía se podría ir más lejos, en los términos en

que Deleuze y Guattari se refieren al advenimiento del nazismo: «Cuando una máquina de guerra se apodera del Estado» (Deleuze y Guattari, 1980, 233) es una posibilidad estructural de cualquier texto: piénsese, por un lado -y por poner un ejemplo-, en lo que ocurrió con la obra de Nietzsche, sobre todo a partir del año 1933, y, por otro, en que «los efectos o la estructura de un texto no se reducen a su “verdad”, al querer-decir de su presunto autor» (Derrida, 1984, 81).

Había que estar alerta frente a las astucias de cualquier tipo de «nueva censura», que suelen combinar concentración y fraccionamientos y, frecuentemente, despolitizan. No hay que plantear la cuestión en los términos anteriormente examinados de la alternativa monopolio o dispersión, concentración o fraccionamiento, posición dominante o pluralidad, puesto que este planteamiento se muestra a todas luces no idóneo para afrontar con eficacia el problema de la responsabilidad (o de la reciprocidad), que está en la base misma de la democracia. Por ello, la alternativa (si es que existe) se plantearía más bien entre la unilateralidad o la multilateralidad en las relaciones entre los medios de comunicación social y el «público» o los «públicos», ya que la responsabilidad «dependerá siempre de la efectividad del derecho de respuesta [o de réplica]». De nuevo Derrida vuelve por los mismos derroteros y exige una extensión efectiva de este derecho para que la democracia no esté «limitada». No es casualidad que se produzca en este momento la exhortación en favor de un «nuevo derecho». «¿Por qué se aparenta (ficción de la democracia) ignorar la violencia de esta disimetría?»

BIBLIOGRAFÍA

- Apel, K. O. (1984), «The situation of Humanity as an Ethical Problem», *Praxis International*, 4, 250.
- Austin, J. L. (1962), *How to do Things With Words*, Oxford, traducción española de Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, *Cómo hacer cosas con palabras*, 1982, Barcelona.
- Ballesteros, J. (1989), *Posmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid.
- Bell, Daniel (1976), *The coming of the Post-industrial society*, New York.
- Bernstein, R. J., y otros (1988), *Habermas y la Modernidad*, Madrid.
- Culler, J. (1984), *Sobre la deconstrucción*, Madrid.
- Deleuze, Gilles, y Guattari, Félix (1980), *Mille Plateaux (capitalisme et schizophrénie)*, París, traducción española de José Vázquez Pérez con la colaboración de Umbelina Larraceleta, *Mil mesetas (capitalismo y esquizofrenia)*, Valencia, 1988.
- Derrida, J. (1972), *Positions*, París, traducción española de M. Aranz, «Posiciones», Valencia, 1977.
- (1974), *Glass*, París.
- (1984), *La filosofía como institución*, Barcelona, trad. española de Ana Azurmendi.
- (1986), «Les pupilles de l'Université. Le principe de raison et l'idée d'Université», *Cahier du Collège International de Philosophie*, 2, traducción española de Cristina de Peretti, «Las pupilas de la Universidad. El principio de razón y la idea de Universidad», en *Anthropos*, Suplementos, núm. 13, Barcelona, 1989.
- (1986b), entrevista realizada por Carmen González-Marín, «Jacques Derrida: leer lo ilegible», *Revista de Occidente*, 62-63, julio-agosto, 1986.
- (1987), *Psyché. Invention de l'art*, París.
- (1989), «Algunas preguntas y respuestas», en *La balsa de la Medusa*, Madrid, 9.
- (1989b), artículo de Jacques Derrida en *Le Monde de la Révolution*, París, núm. 1.
- Foucault, M. (1978), *Microfísica del poder*, Madrid.
- (1985), *Histoire de la sexualité*, París, traducción española en Siglo XXI.
- Habermas, J. (1974), «What is Universal Pragmatics?», en *Communication and the Evolution of Society*, Boston, pág. 3.
- (1979), «Historical Materialism and the Development of Normative Structures», en *Communication and the Evolution of Society*, Boston, pág. 97.
- (1981), «Modernity versus Postmodernity», en *New German Critique*, 22, págs. 3-14.
- (1985), *Der Philosophische Diskurs der Moderne*, Frankfurt, traducción española de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, 1989.
- Hilferding, R. (1981), *Finance Capital: a Study of the latest phase of capitalist development*, Londres.
- Huyssen, A. (1984), «Mapping the Postmodern», en *New German Critique*, 33, págs. 5-52.

- Jameson, F. (1984), «Postmodernism on the Cultural logic of late Capitalism», en *New Left Review*, 146, págs. 53-93.
- Kellner, D. (1988), «Postmodernism as Social Theory: Some Challenges and Problems», en *Theory, Culture and Society*, págs. 239-269, Londres.
- Kelsen, Hans (1986), 5.ª ed., *Teoría pura del derecho*.
- (1920), *Das Problem der Souveränität und die Theorie des volkerrechts*.
- Lacan, J. (1970), *Ecrits*, París.
- Lyotard, F. (1988), entrevista realizada por Willem van Reijen y Dick Veerman, en *Theory, Culture and Society*, págs. 277-309, Londres.
- MacCormick, N. (1981), *H. L. A. Hart*, Londres.
- Offe, C. (1985), *Disorganized Capitalism*, Oxford.
- Santos, Boaventura de Sousa (1989), *Postmodern transition: Law and Politics*, Coimbra.
- Searle, J. (1977), «Reiterating the Differences: a Reply to Derrida», en *Glyph*, 1.
- Winckler, H. A. (ed.) (1974), *Organizierter Kapitalismus: Voraussetzungen und Anfänge*, Göttingen.

DOXA -6 (1989)



**INDIVIDUALISMO Y ECONOMICISMO
COMO PARADIGMAS
DE LA MODERNIDAD
(A propósito de Postmodernidad: decadencia
o resistencia, de J. Ballesteros)**

Las nociones de modernidad, modernización y postmodernidad están en el centro de un debate que no puede calificarse como reciente, pero que aún conserva¹ buena parte de los ingredientes que concitaron el interés de no pocos destacados representantes de la *intelligentsia* occidental. El último libro del profesor Ballesteros², junto con los trabajos de B. Santos³, constituyen la más reciente intervención en esa polémica, aunque, como trataré de hacer ver, las suyas no son una reflexión ceñida a los términos habituales de la discusión por dos razones: en primer lugar, por la singularidad de la propia noción de postmodernidad que proponen (y especialmente la de Ballesteros, aunque se trata de posiciones, insisto, ampliamente coincidentes) y además, y esto es posiblemente lo más interesante, por cuanto en el curso de esos ensayos se abordan cuestiones que sin exageración cabe considerar como centrales para la filosofía jurídica y política en la actualidad. En lo que sigue, me atenderé casi exclusivamente al trabajo del profesor Ballesteros, cuyas páginas podrían quizás ser calificadas como «reflexiones intempestivas», de acuerdo con el sentido que para Nietzsche -un filósofo al que el autor ha dedicado algunos trabajos anteriores desde una profunda y discrepante atención- tiene la expresión, pero en ningún caso suponen un alejamiento de los problemas clásicos de este sector del pensamiento.

El núcleo de la tesis que formula Ballesteros es, en mi opinión, la necesidad de profundizar en la crítica del lastre fundamental de la modernidad, al que se une también el de la herencia

¹ Aunque, obviamente, no puede recogerse aquí toda la bibliografía existente, baste recordar, entre otros, Lyotard 1984, Habermas 1985 y 1989, Foster 1988, Pico 1988.

² Ballesteros, 1989.

³ Me refiero a la línea de investigación que viene desarrollando Boaventura Santos desde 1977, y de la que me limitaré a destacar Santos 1987, 1988, 1989.

que nos lega la Ilustración. En otras palabras: frente a quienes reivindican que las razones de las crisis que caracterizan nuestro momento histórico deben encontrarse en el abandono o en la inconsecuencia en que se ha dejado caer el proyecto de la modernidad⁴, trata de poner de relieve las deficiencias básicas de dicho proyecto, en el orden epistemológico, antropológico, ético, jurídico, político y económico. Sin embargo, lo que singulariza su análisis es precisamente el hecho de que tales críticas no suponen una convergencia con las propuestas de los representantes de lo que se viene llamando postmodernidad. Muy al contrario, no sólo el diagnóstico sino también la terapia, si es que puede hablarse así, son radicalmente diversos.

Aun cuando discrepo de la conveniencia de reivindicar el término «postmodernidad» como superación del proyecto de la Ilustración, me parece difícilmente reprochable la versión que ofrece Ballesteros de las nociones centrales de la discusión: modernidad, modernismo, modernización, postmodernidad, postmodernismo e incluso tardomodernidad, tal y como aparecen descritos ya en el prólogo y posteriormente analizados, sobre todo en los capítulos 7 y 8: me refiero al cuidado con el que se ha rastreado el origen histórico de esos conceptos, lo que aparece, como en él es habitual, rigurosamente documentado. El problema es que, precisamente en la medida en que una de las características de este ensayo es que no está dominado por el complejo de quedar en minoría descrito por Ionescu en *El rinoceronte* (complejo al que el propio Ballesteros se refiere como una de las deficiencias de nuestra condición actual), su propuesta, ya desde el punto de partida puramente semántico, corre el riesgo de incomprensión, o, al menos, el de sumar dos dificultades añadidas: la de tener que explicar, en primer lugar, que el uso habitual de los términos postmodernidad y tardomodernidad (con la excepción de sus ya mencionadas coincidencias básicas con B. Santos) no es el que él mismo preconiza y por ello, en segundo lugar, la de tratar de replantear la discusión o, si se quiere decir así, de *reconvertirla*. Como decía, encuentro cierta dificultad en hacer comprensible, hoy, que, en realidad, lo mejor del proyecto ilustrado se encuentra en la postmodernidad, mientras que los efectos perversos de la modernidad serían sin embargo los que habrían acabado por imponerse como significativos de la modernidad (como ingredientes de la modernización), que esgrimiría como postmodernidad lo que no es sino

⁴ En ese sentido, por todos, Habermas 1989.

decadente tardomodernidad (de Derrida⁵ al *Pensiero debole*).

Pero, ¿cuáles son sus reticencias frente a la modernidad? Según creo, puede reconducirse esencialmente a estas dos: individualismo y economicismo. En el núcleo, sin embargo, se encuentra la crítica a la categoría de emancipación, el auténtico emblema de la Ilustración, en la lectura que, por ejemplo, Habermas hace de la misma, por encima del lema kantiano de la autonomía, del que deriva. Es precisamente la noción individualista de emancipación la que subvertiría buena parte de lo que Ballesteros acepta, incluso como fundamento de su propia posición, de las tesis de Kant. Ella estaría en la raíz, desde luego, del carácter relativista y etnocéntrico que denuncia como características del mundo moderno. Por otra parte, el economicismo, que encaja perfectamente con la ideología liberal-individualista, está en el origen de la autonomización primero y de la hegemonía después, de la *ratio oeconomica* en el orden social (ético y político): creo que compensa detenerse en estos dos extremos.

En primer lugar, pues, la conciencia de separación, de especificidad (que, según encontramos en el orden jurídico -Domat, Kant- se basa en el carácter «auténticamente natural» de las instituciones, *ergo* de las normas que regulan el orden privado, que es fundamentalmente el orden mercantil y civil), separación que en la sociedad industrial se acentúa hasta la esquizofrenia como mostrara un lúcido ensayo de Bell⁶, hace ya más de diez años, aunque sea preciso reconocer, con Ballesteros, la tendencia actual a una nueva uniformidad, o, para decirlo con él, a una hegemonía del orden económico, de su razón, de sus criterios y objetivos también en el ámbito cultural, y no sólo en el político o en el estrictamente social. En segundo lugar, el carácter puramente técnico (esto es, una vez abandonado el recurso de legitimidad del iusnaturalismo, se arguye la perfecta neutralidad y positividad) del mundo económico, que converge con el paradigma de progreso y de científicidad a los que, por cierto, Ballesteros dedicó buena parte de un libro anterior⁷ y que sitúa la

⁵ A quien Ballesteros no duda en calificar como el exponente de la filosofía postestructuralista, más que de la posmodernidad. Cfr. Derrida, 1984. Sobre la posición que representa Derrida y las críticas formuladas a ella, vid. la respuesta que ofrece Barberá en esta misma sección de la revista.

⁶ Bell 1977. No hay que olvidar que Bell adelantó la noción de sociedad posindustrial y su análisis: Bell 1976.

⁷ Ballesteros 1986. Una vez más pueden encontrarse amplias coincidencias entre el análisis de Ballesteros sobre los supuestos, tesis y crítica del paradigma de las ciencias modernas y el que viene realizando B. Santos a través de sus

esfera económica como el detentador casi exclusivo de la científicidad y la racionalidad, tal y como escribía hace poco J. A. Valente⁸, y más concretamente su hipótesis metodológica central, de carácter no sólo individualista: el *homo oeconomicus* como individuo egoísta racional, que como tal principio metodológico pretende ser más que el modelo ideológico del *individualismo posesivo*⁹ (habría que matizar aquí, en mi opinión, la crítica al análisis económico del Derecho y de la política: reconocer que es un instrumento de trabajo, una hipótesis que, como tal, puede ser útil para explicar procesos, instituciones, conductas y normas concretas, lo que es muy distinto de proponer el «marketing» como sustitutivo del discurso práctico, de la complejidad del orden ético, social y político). Es a éste a quien atribuye Ballesteros el legado más criticable: el espíritu cuantitativo, lo que Marcel y Fromm llamaron la «primacía del tener», que conllevan la reducción de la economía a crematística, el imperio de la moral del éxito, la reducción del hombre a objeto y la consiguiente aparición de los fenómenos de explotación y marginación que inevitablemente comporta el capitalismo, que, sin exageración, concita el grueso de sus críticas, y no es la menor el hecho de que resulte inconciliable con la democracia, lo que por cierto, debería ser matizado: puede compartirse la tesis de que la «profundización de la democracia» exige una superación del modelo capitalista, como lo dice Ballesteros, apoyándose explícitamente en las tesis de E. Díaz, pero ello no justifica, en mi opinión, la total descalificación del análisis de Schumpeter, la negación de que la democracia surge, mal que pese, en ese contexto económico, la necesidad de no satanizar el capitalismo, pues lo contrario implicaría necesariamente su simplificación.

trabajos sobre epistemología (especialmente en el ámbito de las ciencias sociales): Santos caracteriza nuestro momento como una fase de transición entre dos paradigmas, el segundo de los cuales supondría encontrar un nuevo sentido común («con más sentido aunque sea menos común»), esfuerzo en el que se destaca el papel central de la reflexión hermenéutica, del círculo hermenéutico, para superar un paradigma caracterizado por un pensamiento basado en las dicotomías (sujeto/objeto, naturaleza/sociedad, Estado/sociedad civil), y llegar a comprender la ciencia como «práctica social de conocimiento».

⁸ Valente 1989.

⁹ Sobre la trascendencia de la hipótesis del individualismo metodológico (propia de una orientación dominante en el análisis económico) en el ámbito de ciencias sociales, y específicamente en los órdenes ético, jurídico y político, vid. entre los trabajos de Calsamiglia 1987, Garzón Valdés 1987, Pellicani 1989 y la discusión a partir de las tesis de Laporta en la sección sobre representación y democracia, en *Doxa*, 6 (1989), especialmente las posiciones al respecto de Garzón Valdés (con un comentario crítico de De Lucas).

En efecto, lo que aquí se denuncia son los riesgos -¿inevitables?- del proceso de racionalización magistralmente examinado por Weber, también con su característica de «jaula de hierro». Precisamente por revisar el carácter etnocéntrico de ese proyecto, resultan más evidentes aún las limitaciones, desde la dimensión de globalidad o universalidad, limitaciones que, según se ha reiterado, afectan asimismo a buena parte de quienes critican los supuestos en cuestión, y en primer lugar a Marx. Se trata, desde luego, del ámbito ecológico, del problema de la paz y la existencia de los bloques, y de la solidaridad ante el crecimiento de problemas de paro y de marginación progresiva de amplios sectores de población en los países desarrollados, junto a la necesidad de un nuevo orden económico internacional para corregir los desequilibrios que comporta la situación de un Tercer Mundo que, además, ya no se contenta con estar «a las puertas», sino que comienza a acuciar a las sociedades «del norte», por ejemplo, con los movimientos de emigración que van a modificar considerablemente las estructuras demográficas de esos países y ante los cuales comienza a perfilarse un intento de crear lo que algunos han llamado ya una «nueva frontera de la Comunidad Europea», sobre todo frente a emigrantes norteafricanos y sudamericanos, para los que Europa, concretamente, venía siendo no sólo un espacio de asilo y acogida, sino una esperanza de trabajo y mejora de vida. En esos problemas, que Ballesteros califica como las cuestiones centrales del «habitar humano», el reto que plantea la postmodernidad como resistencia (capítulo 8 y toda la cuarta parte del libro, donde se recogen sus propuestas) es donde cabe advertir quizás una toma de posición excesiva y paradójicamente, o quizás no tanto, por lo que se verá, optimista, que, entre otras cosas, arranca de una valoración que me parece unilateralmente positiva de la potencialidad de transformación que se otorga a los sistemas de valores y a las aportaciones culturales de los que se hace depositario al Tercer Mundo. No creo que se trate del complejo de culpa colonialista/imperialista ahora tan fustigado a propósito del «caso Rushdie» que serviría para poner de manifiesto una vez más la superioridad de una concepción del mundo propia de la tradición occidental frente a *meaculpismos* más o menos vergonzantes. La argumentación, tal y como se recoge, por ejemplo, en la página 126, está matizada por la necesidad de evitar el «antioccidentalismo», pero desde la afirmación de que es entre las víctimas del ayer de donde inevitablemente cabe esperar la posibilidad de regeneración, una confianza que no puede dejar de evocar los versos de Blake -la salvación está ante la puerta precisamente en el momento

de desolación- y que, más que las tesis de Toynbee sobre la ambigüedad de nuestra condición histórica (pág. 101) serían, en mi opinión, la mejor expresión del sentido del ensayo, que no puede desligarse de la concepción trascendente que sostiene su autor. La misma *sobre dosis* de optimismo -si se permite la expresión- se encuentra tras el análisis de lo que Ballesteros, apoyándose en J. B. Elsthain, y en A. Bocchetti, denomina «neofeminismo». No es que resulte más o menos difícil o utópico esa convergencia de «animus» y «anima» de la que nos habla el autor. En mi opinión, para que se produzca tal convergencia es preciso, en primer lugar, culminar los objetivos de lo que él denomina el «primer feminismo» (y me refiero a lo que quizá habría que considerar entonces como paleofeminismo, esto es, a la reivindicación del reconocimiento jurídico pleno, como sujeto de derechos, como personas, no ya a lo que casi todos denominamos «feminismo» e identificamos con las tesis de S. de Beauvoir), el reconocimiento *efectivo* de la igualdad de derechos y oportunidades, por ejemplo, de un modo especialísimo en lo que se refiere al mercado de trabajo. Por otra parte, sería necesario quizás un análisis más detallado de las repercusiones sobre el modelo familiar, sobre las estructuras de pareja, de las modernas «técnicas de reproducción asistida» que, por otra parte, como es sabido, han constituido y aún constituyen hoy quizás el problema que divide más radicalmente el pensamiento feminista. Por lo demás, la convergencia en cuestión, más que significativa de un neofeminismo, sería en todo caso expresión de un modelo de humanismo -no veo forma de eludir el término- en coherencia con los postulados de ecumenismo/recuperación de la naturaleza/solidaridad, cuyo modelo es el de Gandhi. Dicho de otro modo, no es por una nueva forma de feminismo por lo que apuesta el autor, y por esa razón no considero del todo adecuado que se utilice esa referencia, aunque esté justificada en parte como uno de los síntomas de la crisis de la modernidad y de los retos consecuentes.

En último lugar quisiera referirme al tratamiento de los derechos humanos. En el ensayo se recoge un análisis crítico, a mi juicio de enorme actualidad¹⁰, sobre el lastre ideológico de la

¹⁰ Nuevamente he de insistir en que esto supone una crítica anterior (la realizada en Ballesteros 1987) al paradigma del positivismo jurídico (en especial del formalismo legalista), a sus conceptos básicos (por ejemplo, la identificación entre Derecho y ley, el monopolio estatal del Derecho, la separación entre Derecho y Moral). Sobre la dimensión jurídico-política ha profundizado B. Santos, desarrollando las tesis del pluralismo jurídico (así, los cuatro ámbitos

fundamentación de los derechos humanos como derechos subjetivos, que se apoyaría en el individualismo (por tanto en el voluntarismo) y en la concepción patrimonialista, especialmente en el primero, por lo que se refiere a la versión más reciente, y que podríamos identificar en las posiciones de Muguerza y Savater¹¹. A partir de un concepto de derechos largamente vinculado con la noción de necesidades que justificarían la presentación de los mismos como *claims* en el sentido fuerte del término¹² (así, por ejemplo, páginas 59 a 64, 78, 98, 146 y siguientes) se mantiene la característica de inalienabilidad como el rasgo básico de identificación de los derechos humanos. El problema, en mi opinión, es que, aunque como ha señalado Laporta¹³, de acuerdo con Meyers y McConnell¹⁴, resulta necesario distinguir la nota de inalienabilidad de los derechos y el carácter absoluto de los mismos, lo cierto es, en primer término, que no se puede defender el carácter absoluto de los derechos, ni siquiera del que Ballesteros entiende como fundamental, el derecho a la vida, y, en segundo lugar, que si se entiende inalienabilidad no sólo como negación de la capacidad de venta (de enajenación) de los derechos, sino como negación también de la capacidad de disposición de los mismos, como irrenunciabilidad, o, como dice Laporta, «inmunidad respecto al propio *status* moral... el propio titular está obligado a respetar sus propios derechos o está inmunizado normativamente frente a sí mismo», coincidiendo con la argumentación del autor de libro a lo largo de ese último capítulo, si, como decía, se entienden así los derechos, no sería posible establecer una preferencia entre los mismos que implicase, en casos concretos, la renuncia. Esa es la razón, por ejemplo, de que a lo largo del libro se critique ampliamente supuestos como el suicidio o el aborto, sin advertir que, en ese caso, tampoco podría admitirse la libre disposición de la vida (su puesta en riesgo) por mor de la defensa de la fe, la patria u otros bienes (y derechos) propios o ajenos, lo que, a mi juicio, es, por el contrario, perfectamente defendible. Junto a ello, es evidente que el fundamento de los derechos no puede desligarse, en la concepción del autor,

que le permiten hablar de interlegalidad o la crítica a la justicia «formal», coincidente en gran medida con el análisis que ofrecen, por ejemplo, Arnaud y Ferrari) y ofreciendo otra dimensión de los derechos humanos, desde la noción de reciprocidad, como praxis social emancipatoria).

¹¹ Muguerza 1988, Savater 1989.

¹² Desde luego, inspirado en MacCormick 1977.

¹³ Laporta 1988.

¹⁴ Meyers 1985, McConnell 1984. Sobre la confusión también Feinberg 1980.

de la visión trascendente, más concretamente, cristiana: si ello constituye un obstáculo para proporcionar un concepto y fundamentación de pretensiones universales es una cuestión a la que, coherentemente, intenta proporcionar una respuesta negativa. No cabe duda que en este, como en otros aspectos, se discrepará de los análisis y tomas de posición contenidas en el libro, pero lo que también hay que reconocer es que éste constituye un esfuerzo doblemente valioso por cuanto además de analizar una vez más las características de la crisis, no se rehuye formular el propio modelo, aunque éste lleve aparejado, hoy, la condición de minoría que, no olvidemos, suele ir de la mano con la de resistente.

BIBLIOGRAFÍA

- Ballesteros, *Sobre el sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1986.
 —, *Posmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989.
 Ballesteros/De Lucas, «Sobre los límites del principio de disidencia», en el col. ed. por Peces-Barba, 1989.
 Bell, *El advenimiento de la sociedad postindustrial*, Alianza, Madrid, 1976.
 —, *Las contradicciones culturales del capitalismo*, Alianza, Madrid, 1977.
 Calsamiglia, «Eficacia y Derecho», *Doxa*, 4, 1987.
 Derrida, *De la Gramatología*, Siglo XXI, México, 1984.
 Elstain, *Public Man, Private Woman in Social and Political Thought*, Princeton, P.U.P., 1981.
 Feinberg, *Justice and the bounds of Liberty*, Princeton, P.U.P., 1980.
 Foster (ed.), *La posmodernidad*, Kairós, Barcelona, 1985.
 Habermas, «La modernidad: un proyecto inacabado», en *La posmodernidad* (ed. de Foster), Kairós, Barcelona, 1985.
 —, *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, Tauros, 1989.
 Laporta, «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, 4, 1988.
 Lyotard, *La condición posmoderna*, Cátedra, Madrid, 1984.
 MacCormick, «Rights, Claims and Remedies», *Law and Philosophy*, 2, 1982.
 Meyers, *Inalienable Rights. A Defense*, N. York, Columbia, U.P., 1985.
 MacConnell, «The Nature and Basis of Inalienable Rights», *Law and Philosophy*, 3, 1984.

Muguerza, «La disidencia como fundamento de los derechos humanos» (en el col. ed. por Peces-Barba, 1989).

Peces-Barba (ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989.

Picó (ed.), *Modernidad y Postmodernidad*, Madrid, Alianza, 1988.

Santos, «The posmodern transition: Law and Politics», Amherst College, 1987 (trad. cast. de M. J. Añón incluida en este número de *Doxa*).

—, *Um Discurso sobre as Ciências*, Porto, Afrontamento, 1988 (2.ª).

—, *Introdução a uma Ciência pós-moderna*, Porto, Afrontamento, 1989.

Savater, *Ética del amor propio*, Madrid, Mondadori, 1989.

Valente, «Crítica de la razón económica», *El País*, 28-II-1989.

RAZONES A FAVOR DE UNA POSTMODERNIDAD ALTERNATIVA (RESPUESTA A JAVIER DE LUCAS)

Agradezco a Javier de Lucas su inteligente y amable comentario crítico a mi libro, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, que me ha ayudado a repensar a fondo sus tesis fundamentales y a revisar alguno de los puntos allí expuestos.

Javier de Lucas ha captado en mi opinión con toda claridad los dos rasgos esenciales del libro: de un lado, su inconformismo, motivado básicamente por la oposición a la persistencia en la sociedad actual de las dos notas dominantes de la modernidad: el individualismo y el economicismo, y de otro, su carácter esperanzado, fundada en la apertura a la transcendencia, desde la perspectiva del pensamiento cristiano. Javier de Lucas coincidiría en mi opinión con el análisis crítico y con la esperanza, pero consideraría que en el libro ha habido un exceso en la dosificación de ambas realidades. Al mismo tiempo discreparía en la conveniencia de la utilidad del rótulo «postmodernidad» para designar el nuevo paradigma que debería sustituir a la modernidad hegemónica, de carácter tecnocrático. Por ello me parece que el mejor modo de responder a su comentario crítico es hacer un balance de las razones del descontento respecto al presente y de la esperanza respecto al futuro, así como justificar el porqué de la conveniencia de seguir utilizando dicho rótulo de modo distinto al habitual que lo hace sinónimo de postestructuralismo.

1. Respecto al último tema, por el que empezaré, creo que son cada vez más numerosos los autores que utilizan el término *postmodernidad*, en un sentido semejante al utilizado en el libro que comentamos, esto es, en cuanto postmodernidad resistente, distinta de la decadencia y del irracionalismo de los posestructuralistas franceses. Así podría citarse, sin hacer referencia a los autores recogidos en el libro, a filósofos como Koslowski, Low, Groys, Muguerza o Sádaba, o a juristas, como Beck, Lombardi, B. Santos o R. Unger.

Lo adecuado del término, en mi opinión, radicaría en la exigencia de superar las dicotomías, heredadas del racionalismo

cartesiano, y muy singularmente la disyuntiva entre libertad e igualdad, y en la necesidad de hacer hincapié en fraternidad-solidaridad, como integradora de ambas. En este sentido, los síntomas actuales de flexibilización de las fronteras creadas artificialmente en Yalta, y que habrían cristalizado hasta este momento la historia, pueden considerarse convergentes con las aspiraciones más profundas de la postmodernidad, en la medida en que impliquen una voluntad seria de acabar con los bloques, y no pura y simplemente de fortalecer uno de ellos. De ahí, a mi entender, lo totalmente incorrecto por el contrario del término «posthistoria», para calificar la situación actual. Lo que podemos estar asistiendo en el momento presente es a un desbloqueo de la historia, a una recuperación de la creatividad y movilidad sociales, al inicio, eso sí, de una nueva época histórica.

2. Por lo que se refiere al aspecto crítico, mi disconformidad radical con el *capitalismo* parte de la aceptación de la mayor eficiencia de dicho sistema para la producción de mercancías con el menor coste económico, o con el menor número de factores, y va dirigida precisamente contra la elevación de la eficiencia a criterio supremo de organización social, ya que ello comporta inevitablemente tres consecuencias:

a) La total amoralidad de las actividades humanas, en la medida en que el mérito del mercado parece consistir en transformar los vicios privados, como el egoísmo o la insolidaridad, en virtudes públicas, como el bienestar para todos.

b) El incremento de la dependencia respecto a la máquina, que crece paralelamente a la reducción de la dependencia de los individuos entre sí. (Sobre ello ha insistido con todo acierto Misham, en su clásico libro, sobre *Los costes del crecimiento económico*) (págs. 199 y sigs., y 215 y sigs.).

c) La sustitución de las necesidades por deseos, como móvil del comportamiento humano (Misham, pág. 38), ya que su lema es «lo suficiente no basta», y al mismo tiempo la negación de los derechos y obligaciones positivas. En ello consistiría para Hobsbawm (*El mundo del trabajo*, pág. 311), la innovación más espectacular, y a su juicio diabólica para la mayoría de las personas de la sociedad burguesa y su economía capitalista. Una versión reciente de este planteamiento capitalista la ofrece el libro de Peter Berger, que empeora sus planteamientos anteriores, al afirmar que el «derecho al desarrollo es una excrecencia de la mentalidad tercermundista» (*La revolución capitalista*, pág. 293 nota).

Por lo que respecta a las relaciones entre capitalismo y democracia habría que recordar que la única democracia apoyada

desde el capitalismo ha sido la democracia política, esto es, aquella que hace referencia a la organización del Estado, y aún aquí se limita exclusivamente a la democracia representativa. Pero el capitalismo deja enteramente fuera del ámbito de la democracia tanto el campo de la economía interna a las fábricas, como el de las relaciones internacionales. (Sobre ello, se ha insistido en el pensamiento radical de Proudhon o Gurvitch a Santos.) Tal exclusión de la democracia y la participación en el ámbito de la economía conduce al incremento del paro estructural, que sólo con la reducción de la jornada laboral podría limitarse, y al endeudamiento y progresiva depauperación de los países vendedores de materias primas en favor de los vendedores de los productos manufacturados.

3. Por lo que se refiere al exceso de *optimismo*, creo que en el texto se habla tan sólo de tendencias más favorables a la resolución de los problemas que se están produciendo en los últimos tiempos, y que tendrían un carácter más positivo en lo político y en lo cultural que en lo económico (pág. 102 y sigs.).

Me parece además que los acontecimientos más recientes confirman esta esperanza en lugar de desmentirla. En el plano político, las razones para un mayor optimismo procederían del avance de la voluntad democratizadora, de lo que ha llamado A. Touraine «el agotamiento del modelo estatal voluntarista» (*El País*, 21-8-89). Este proceso sería especialmente visible en la Europa oriental, y resultaría especialmente estimulante en la medida en que no implicase una claudicación ante el modelo consumista de Occidente. Esta actitud en favor de nuevas perspectivas menos reduccionistas es la que parece implicar, por ejemplo, el discurso del primer ministro polaco, Tadeuzs Mazowiecki: «Tiene que surgir una nueva escala de valores y no sólo privilegiar la capacidad y el gozo del consumo: la preocupación de todos porque no se produzcan bolsas de pobreza, la promoción de una atmósfera favorable a los valores superiores a los puramente materiales» (*Ya*, 3-10-89).

El retorno de la democracia va unido claramente en este planteamiento, como en otros similares, como el *Neues Forum* de la RDA, a lo que C. S. Karol, ha llamado la «cultura de la resistencia», defensora de valores postmaterialistas, y por tanto podría entroncar con los movimientos alternativos, que también en Occidente defienden la primacía de la paz, y del respeto al medio ambiente. A su vez, esta irrupción de los valores postmaterialistas va íntimamente asociada a lo que para mí constituye otra de las razones de la esperanza, en este caso más directamente relacionadas con el terreno cultural: la recuperación del sentido

de lo trascendente, que reaparece por doquier desde que Horkheimer glosó patéticamente la «nostalgia del Totalmente Otro».

El panorama europeo de los últimos tiempos parece caminar aunque sea muy lentamente hacia la construcción de la casa común, de los Urales al Atlántico, uno de los más bellos proyectos del fundador de la *Perestroika*, aunque no sea tan sólo un proyecto suyo, como se señala en el libro (pág. 123 y sig.). En cualquier caso, algo impensable hace bien poco, «la distensión Este-Oeste está haciendo que el gigantesco complejo militar-industrial comience a desmoronarse» (*El País*, 8-9-89).

4. Los acontecimientos en *el Sur* no parecen avalar el mismo optimismo, con el avance de los movimientos fundamentalistas, en los que la religión lejos de tener una orientación liberadora y humanista, presenta su rostro totalitario y fanático, así como con el incremento del hambre que explica la proliferación de las revueltas a menudo violentas. Habría por tanto razones que justificarían la afirmación de Javier de Lucas en el sentido de mi sobredosis de optimismo a la hora de juzgar la aportación de los países del Sur en la construcción de la nueva civilización. Creo, sin embargo, que se puede argumentar en favor de esta postura, destacando que los actuales planteamientos en favor de la reducción de tensiones entre los bloques y en favor del desarme podrían citar como precedentes importantes los textos de las conferencias internacionales de los países no alineados de Asia, África y Latino-América, que han tenido lugar desde la reunión de Bandung de 1955. ¿No fue precisamente este espíritu de distensión y pacifismo lo que llevó a utilizar a Sauvy por vez primera la expresión «Tercer Mundo», un año después de la Conferencia de Bandung, en sustitución de la expresión «naciones proletarias», empleada hasta entonces por Toynbee o P. Moussa?

De otro lado, mi simpatía por los pueblos del Tercer Mundo, y mi valoración en muchos aspectos positiva de su cultura, obedece, como ha visto con agudeza de Lucas, a mi identificación con el mundo de los humillados y ofendidos, que sería una de las razones de mi distanciamiento respecto a la Ilustración y a la filosofía habermasiana, ya que como se ha dicho recientemente, «en el seno de la cultura ilustrada es muy difícil experimentar la injusticia del sistema: la que explique nuestro bienestar desde nuestra relación con el Tercer Mundo... una solidaridad universal tiene que ser *partisana*» (R. Mate, *Religión y socialismo. Más allá de la política*). En esta actitud podrían converger pensadores tan dispares como Dostoievski, Bloch, S. Weil o Levinas.

5. Javier de Lucas ha visto que la justificación del capítulo

dedicado al *neofeminismo* radica en constituir un síntoma más de la crisis del modelo de sociedad moderno-liberal, en que se basaba el primer feminismo. Pero no cree que este pretendido noefeminismo resulte compatible con otros temas señalados en el libro.

En mi opinión sí puede ser defendida esta convergencia, por cuanto si lo característico del primer feminismo consistiría en atribuir a la mujer la capacidad y derechos reservados hasta entonces a los varones, lo característico del neofeminismo consistiría en atribuir a los varones las obligaciones reservadas hasta ahora a las mujeres, como las relaciones con el cuidado por los más indigentes. De ahí la coincidencia de este neofeminismo con la preocupación pacifista por la no-violencia y con los movimientos ecologistas en la necesidad de reparto del tiempo de trabajo, también en el hogar, en definitiva la coincidencia en la experiencia de un «nuevo humanismo», que sustituya al moderno tecnocrático, agresivo, competitivo, en definitiva, viril.

Es cierto que en este feminismo postmoderno o radical, resulta más clara la insistencia en las obligaciones de no-discriminación y de no-violencia de los varones, y de ahí la exclusión total de la pornografía como violencia (sobre ello, Mac Kinnon, *Feminism Unmodified*), que la conciencia de las propias obligaciones de las mujeres en relación sobre todo con la maternidad. Es aquí donde surgen mayores divergencias, aunque parece irse abriendo paso la tesis que tiende a ver la legalización del aborto como machismo, es decir, como «extensión a las madres del más antiguo y brutal de los derechos patriarcales; el poder de disponer de la vida de los hijos sin restricciones» (J. Campos, *El País*, 10-10-89) (cfr. Virginia Held).

6. La inseparabilidad del derecho y el deber aparece por tanto como el rasgo más característico de la mentalidad postmoderna en lo que se refiere a la problemática de los *derechos humanos*, de ahí lo acertado de la afirmación de Javier de Lucas de la inexistencia de derechos de carácter absoluto, incluido el más fundamental de todos ellos, el derecho a la vida. Lo que define la inalienabilidad no es la total imposibilidad de renuncia del derecho por parte de su titular, cuanto la vinculación de tal posible renuncia al cumplimiento de un deber que va intrínsecamente incorporado al sentido de ese derecho, como es el caso de los supuestos certeramente señalados por De Lucas. Podría por tanto afirmarse que es precisamente por su carácter inalienable, por la conexión derecho-deber, por lo que los derechos no pueden considerarse absolutos es decir, ilimitados o carentes de vínculos.

Me parece sin embargo que en mi libro debía haberse diferenciado mejor entre la simple inmoralidad de un comportamiento, como el del suicidio, en el que Kant advirtió la violación del imperativo categórico, y su antijuridicidad. Esta, en efecto, sólo aparece cuando se dan los daños directos contra terceros.

Por otro lado, quizás se debió establecer mejor la distinción entre el derecho subjetivo, como categoría técnico-jurídica, es decir, como pretensión capaz de ser ejercida ante los tribunales, cuyo traslado al ámbito internacional y no sólo interregional sería clave de bóveda del progreso jurídico, en materia de derechos humanos, y la proyección ideológica de dicho concepto, como absolutización de la pretensión, sin atención al correspondiente deber, que es lo que verdaderamente habría que superar en el tránsito de la sociedad moderna individualista a la postmoderna solidaria.

En el comentario crítico de Javier de Lucas hay muchas más sugerencias para continuar el debate, pero las tratadas por mí me han parecido las fundamentales. En todo caso, quedan ahí como incentivo para continuar dialogando en otra ocasión.



DOXA -6 (1989)

A R T Í C U L O S

ORDEN ESPONTANEO E IMPERIO DE LA LEY: ALGUNOS PROBLEMAS*

Este trabajo expone una crítica, aunque una crítica genuinamente respetuosa, de dos pensadores que han hecho contribuciones destacadas al actual pensamiento conservador, F. A. Hayek y Michael Oakeshott. Su objetivo principal es la teoría del «orden espontáneo», de Hayek; su objetivo secundario, el «Imperio de la ley» (*Rule of Law*), de Oakeshott. Se arguye en él que ninguna de las dos teorías ni una combinación de ellas establece un fundamento adecuado para ciertas afirmaciones hechas por sus autores respecto a la justicia social. Como el trabajo de Hayek se desarrolla en parte a partir de reflexiones sobre el pensamiento jurídico escocés del siglo XVIII y tengo un especial interés en ese cuerpo de doctrinas, sigo a Hayek en mi elección de punto de partida. Que lleguemos a diferentes conclusiones finales no disminuye mi respeto por su trabajo.

I

La ley, según una definición racionalista, es el dictado de la razón que determina para cada ser racional lo que es congruente con, y conveniente para, su naturaleza y condición¹. Si la definición fuera acertada y si no hubiera dos seres que tuvieran estrictamente la misma naturaleza y condición, la ley podría incluso parecer un asunto de «providencia especial» que establece un conjunto particular y específico de ordenanzas para cada ser. Como no hay ciertamente dos seres que puedan estar *exactamente*

* Publicado en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, neue Folge, Band 35, 1986.

¹ Véase Stair, *Institutions of the laws of Scotland* (Ed. D. M. Walker, Edinburgh, 1981), I, i, 1. De hecho yo no adscribo a Stair la creencia en la «providencia especial» a través del derecho. Véase el texto correspondiente a nota 2.

en la misma condición, la ley debe ser en ese sentido asunto de providencia especial. Esto parecería evocar el alarmante espectáculo de un Estado ideal emitiendo las instrucciones más específicas y particulares para cada uno de sus ciudadanos con miras a asegurar el máximo bien para cada uno a través de la perfecta coordinación de todos.

La medida en que empresas económicas, ejércitos y equipos de fútbol consiguen sus éxitos por medio de la planificación efectiva de las actividades de cada unidad o miembro y por medio de la coordinación uniforme de cada uno con los demás, puede, sin embargo, hacernos pensar con menos frialdad del modelo racionalista. Hay incluso un cierto tipo de individualidad o individualismo que encaja perfectamente bien en los esfuerzos de este tipo de equipos integrados con fortuna y quizás es incluso exigido por ellos. Por un lado, compañías, ejércitos y equipos tratan precisamente de explotar las especiales habilidades de cada miembro; por otro lado, esas habilidades especiales nunca son tan bien o tan ventajosamente manifestadas como cuando se despliegan como respuesta a un súbito e imprevisto cambio en el medio, sea causado por fuerzas naturales o por algún movimiento hecho por el rival, antagonista o competidor. Pero desde luego, el criterio de uso efectivo de habilidades o iniciativas especiales es el de su utilidad para el plan corporativo de conjunto o para el plan de juego del todo. Los individuos cuentan como algo en tales actividades en la medida en que se identifican con el esfuerzo común o corporativo y encuentran así su éxito en él. Hay una oportunidad adicional de que los individuos cuenten como algo allí donde el modo de gobierno colectivo es democrático (y sea o no ésta una receta práctica para el éxito, no hay en principio razón para no tener un planteamiento democrático o elección democrática de los planificadores y ejecutivos).

Entonces, ¿por qué aquello que es posible y hasta deseable en el microcosmos debe ser juzgado imposible o indeseable en el macrocosmos? ¿Por qué no debemos desear ver funcionar a las sociedades mediante el trabajo en equipo eficaz, haciendo un uso óptimo del talento y la individualidad de todos y cada uno en la persecución del empeño común? ¿Por qué no debemos hacer que nuestro ideal para el derecho se aproxime tanto como sea posible a algún sistema de providencia especial perfectamente congruente con, y conveniente para, la naturaleza y condición propia e individual de cada ciudadano e idealmente adaptado al bien del todo? ¿Por qué no reforzar ulteriormente este ideal insistiendo en su organización democrática?

A una propuesta tal hay tanto objeciones de principio como de práctica. Las objeciones de principio se refieren a la diferencia de categoría entre microcosmos y macrocosmos. Las compañías, los equipos, los ejércitos y todo tipo de asociaciones voluntarias tienen en su naturaleza misma propósitos que son comunes. Las «Sociedades» o los «Estados» no. La Sociedad es el *contexto* de los empeños humanos, incluidos aquellos empeños colectivamente organizados; no es un supuesto de empeño organizado. Los miembros de una sociedad pueden tener algunos, e incluso muchos, bienes compartidos o comunes y puede desde luego ser un objetivo apropiado del esfuerzo común y general el procurar tales bienes públicos. Pero esto no es lo mismo que tener metas u objetivos comunes, tales como maximizar la producción o los beneficios, o ganar la guerra o el partido.

Una segunda objeción de principio, no ajena a la anterior, deriva de una particular versión de la naturaleza humana, de acuerdo con la cual la capacidad para la acción autónoma e independiente es parte de la esencia de los seres humanos. Las actividades asociativas, los esfuerzos de equipo, son un modo de ejercer la autonomía, de realizarse a sí mismo en libre colaboración con otros. Pero precisamente lo que la colaboración debe ser es libre en el sentido de que la oportunidad de no participar exista. Esto no es así en el caso del Estado o de la «sociedad civil», pues éstas son asociaciones no voluntarias. Y por muy deseable que la democracia pueda ser no las transforma en asociaciones voluntarias. Por principio, el derecho del Estado o de la sociedad civil debe dejar espacio para la autonomía, para la independencia de acción. Sin ello, la naturaleza humana es sofocada y atrofiada. Así que, por principio, las leyes no deben siquiera aspirar al modelo de «providencia especial».

La segunda de estas objeciones de principio sería entusiásticamente apoyada por algunos de los que identificamos con la posición racionalista mencionada en la frase que abre el epígrafe. Por supuesto que un jurista como Stair creía que honrar y obedecer a Dios y mantenerse fieles a los pactos recíprocos pertenecía a la naturaleza de los hombres. Pero también creía que los hombres eran por naturaleza seres libres más allá de su obligación de obediencia y de sus propios compromisos, siendo la naturaleza misma de los hombres tal que su libertad debía serles asegurada por la ley positiva precisamente para que la ley natural pudiera encontrar su cumplimiento. Sin duda, todos debían hacerlo todo para mayor gloria de Dios, pero por la misma naturaleza de las cosas ello exigía una libre discrecionalidad en cada uno relativa a cómo debía actuar a tal fin.

Esta línea de pensamiento depende mucho del truismo de que los hombres no son dioses. Aunque Dios sepa lo que cada persona está haciendo y debería estar haciendo en todo momento, alcanzar tal conocimiento está más allá de la capacidad de cualquier inteligencia humana individual o de cualquier proceso de deliberación colectiva. Por ello es necesario en la práctica que los seres humanos, especialmente aquellos investidos de autoridad, se abstengan y guarden de toda pretensión a una divina perfección de conocimiento tal. Y esta es la gran objeción práctica a cualquier modelo de ley humana como providencia especial. Es, de nuevo, una objeción perfectamente familiar para algunos al menos de los racionalistas que consideran la ley como un dictado de la razón. Stair, por ejemplo, habla mucho en favor del uso del desarrollo experiencial consuetudinario del derecho -derecho del caso- por encima de la apelación a leyes. El conocimiento y la precisión humanas son limitados, señala, y sin embargo al promulgar leyes debemos saber y prever muchas cosas. Siempre erramos y dejamos *casus incogitati*. Se consiguen usualmente mejores resultados mediante el proceso experimental, paso a paso, permanentemente autocorrectivo, de desarrollo del derecho de precedente en precedente².

Esta actitud puede ser descrita últimamente en términos de la distinción de Hayek entre «racionalismo crítico» y «racionalismo constructivista»³. Ser críticamente racionalista es aplicar críticas razonadas a los sistemas heredados de pensamiento y acción sobre la base de que el cambio en el interior de tales sistemas sólo puede ser parcial y paulatino más que total. Tenemos que mantener algunos principios como «dados» en orden a criticar otros o a desarrollarlos por analogía. Sea en materias especulativas sea en materias prácticas no podemos nunca hacer más que aplicar el talento individual a la crítica y desarrollo de la tradición de pensamiento en que hemos sido criados y educados. Es imposible para cualquiera de nosotros inventarlo todo por sí mismo. El «racionalismo constructivista» es precisamente el vicio intelectual de olvidar eso, el vicio de tratar los sistemas de pensamiento y acción práctica como si fuéramos enteramente sus dueños y pudiéramos -cualquiera de nosotros- rediseñarlos en su integridad de acuerdo con un modelo perfectamente racional.

² Stair, *Inst.*, I, i, 16.

³ F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty* (3 vol. London, 1973, 1976 y 1979; reedición como un solo tomo ed., 1982), I, págs. 26-34 (de aquí en adelante la trilogía de Hayek es citado como «LLL»).

Si en el siglo XVIII hay una prefiguración de esta línea de pensamiento, en ningún sitio es más clara que en las reflexiones de David Hume sobre la justicia⁴. La justicia, para Hume, se halla por un lado definida por las reglas e instituciones establecidas en una comunidad, y por otro lado, empero, es capaz de extenderse más allá de esas instituciones establecidas, sea mediante extrapolaciones analógicas para lidiar con nuevos casos, sea incluso mediante la formación de la base para una crítica de las inconsistencias e incoherencias internas al sistema. El antirracionalismo metafísico de Hume equivale a una crítica a toda pretensión de conocimiento innato y autoevidencia en lo que respecta a proposiciones empíricamente comprobables. Nuestras pretensiones de conocimiento han de ser siempre tentativas, fundadas en la probabilidad más que en la certeza, comprobables por evidencia experimental más bien que por recurso a ideas innatas.

Pero si el conocimiento está basado en la experiencia y si las experiencias de la gente difieren -y difieren más ampliamente cuanto más avanzada es la división del trabajo- se sigue que el montante total de conocimiento disponible en una sociedad es mayor que el que cualquier individuo posee o puede poseer. Este corolario del punto de vista de Hume es algo por lo que estamos en deuda con F. A. Hayek en particular. Nos devuelve a la verdad de que los humanos no son dioses y no pueden actuar como si tuvieran un conocimiento divino; pero la perspicacia hayekiana añade una fuerza especial a la advertencia a los humanos de que no jueguen a ser dioses. Pues si no hay individuo o grupo organizado capaz de conocer por sí mismo todo lo que es útilmente conocido por una comunidad y mucho menos por los seres humanos, en general se sigue que ningún gobierno puede utilizar directamente o planear el uso de todo el conocimiento disponible para la búsqueda del mejoramiento humano. Y, al revés, un gobierno que trate de aplicar el modelo jurídico de la providencia especial estaría siempre imponiendo un juicio desde la ignorancia sobre súbditos que conocen algunas cosas, probablemente muchas cosas relevantes, mejor que el gobierno. A la luz de las tesis epistemológicas de Hayek, lo que empezó siendo una objeción práctica a la indebida interferencia gubernamental en las vidas individuales se ha tornado una objeción de principio. Ningún gobierno podría nunca conocer lo bastante como para ser capaz de aplicar racionalmente el modelo de derecho de

⁴ David Hume, *Inquiries* (3.^a ed., L. A. Selby-Bigge y P. H. Nidditch, Oxford, 1975), 154-63; véase también el *Tratado*, de Hume, libro 3.

providencia especial, pues todos los gobiernos tienen por fuerza que conocer menos o tener acceso a un conocimiento sustancialmente menor que la suma de conocimiento (útil en la práctica) disponible en el seno de la población gobernada⁵.

Esto, desde luego, plantea un problema para el que la primera solución convincentemente expuesta fue adelantada por Adam Smith. Si en la sociedad está disponible más información útil que la que cualquier individuo o colectividad organizada puede conocer, entonces no es posible para ninguna autoridad planificadora dirigir la aplicación útil de esa información. Entonces, ¿cómo llega a ser aprovechada? La respuesta de Smith fue naturalmente en términos de un análisis del modo en que diversos esfuerzos y actividades individuales pueden conseguir su coordinación a través de mercados; no porque los mercados estuvieran diseñados para alcanzar esto ni, mucho menos, porque alguna momentánea coordinación única fuera diseñada por nadie. Los mercados abiertos son lugares donde la gente, usando información, conocimiento y habilidades para sus propios propósitos, los hacen necesariamente accesibles para otros con otros propósitos, adquiriendo así todos los participantes en el proceso nuevos conocimientos, incluido el conocimiento de lo que son vías poco provechosas de seguir. Teniendo los mercados la curiosa propiedad de recompensar mejor a cualquiera que pueda ofrecer una mercancía dada al precio más bajo, tienden a coordinar los intereses públicos y los privados, aunque nadie haya proyectado que ello deba ser así⁶.

Aquí, por supuesto, se debe aludir a la famosa metáfora de la mano invisible. La coordinación mutuamente ventajosa de los intereses públicos y privados se da en un mercado sin que ninguno de los participantes en él tengan intención alguna de producirla. En su búsqueda del propio interés son conducidos como por una mano invisible a favorecer también el interés general. Eso nos dice Smith. Uno podría preguntar: ¿No es esto, después de todo, un diseño? ¿Es ésta la mano no visible del gran diseñador del cielo manipulándolo todo para sus fines? ¿O, más bien, no es ninguna mano en absoluto? Con Robert Nozick, he de suponer esto último. Smith no ha mostrado tan elaboradamente cómo los proyectos de los seres humanos pueden producir, regular y predecir resultados no proyectados por ninguno, sólo

⁵ Véase Hayek, «LLL», II, págs. 8-11.

⁶ Smith, *Wealth of Nations* (ed. Campbell, Skinner and Todd, Oxford, 1976), cfr. «LLL», II, págs. 107-132.

para caer de nuevo en la hipótesis explicativa del diseñador suprahumano. E incluso aunque lo hubiera hecho, su explicación previa ha transformado a la hipótesis en completamente redundante. Debemos, ciertamente, leer el texto según la interpretación «mano oculta». Como Nozick hace notar, una mano invisible no es una mano en absoluto -y esto es exactamente el punto de vista de Smith: ciertamente el punto de vista que debemos extraer de sus escritos⁷.

Debemos también a Nozick la generalización de la noción de una explicación «mano invisible» de los procesos sociales. Su especial belleza es que deja sitio para las dos verdades de que los seres humanos actuando solos y las colectividades institucionales de hombres son los únicos sujetos activos conscientes que las ciencias sociales necesitan postular, y de que no todo lo que es producido en y por los procesos sociales es producido por la acción deliberada de nadie que trate de producir *eso*. Explicando lo que tales sujetos agentes han hecho y querido hacer con sus acciones y mostrando cómo los otros han reaccionado o respondido, se puede mostrar cómo los cambios sociales se producen de un modo que trasciende a la inteligencia humana y a las intenciones individuales o colectivas sin presuponer ningún poder motor que no sean esas inteligencias e intenciones.

Sea ello como fuere, puede ser mostrado que las condiciones en las que un mercado funciona óptimamente para asegurar los bienes públicos a través de la persecución de los intereses privados son aquellas en las que se dan las mínimas intervenciones posibles en el juicio privado de los participantes. La libertad civil favorece los mercados y los mercados favorecen la libertad civil, aunque ninguno de ambos sea estrictamente esencial para el otro.

La libertad tiene a su vez un valor independiente. Es algo que, de acuerdo con Smith y sus contemporáneos (especialmente Adam Ferguson y David Hume) y sucesores, vale la pena buscar al margen de ventajas económicas. Pero la manera de asegurarla es precisamente restringir la tarea de la legislación a la promulgación de lo que Hume llamaba «reglas generales inflexibles»⁸. Los modos de gobierno que se restringen a sí mismos así son modos de gobierno libre. Una tarea de la política y de la filosofía política es asegurar o ayudar a asegurar la continuidad de las

⁷ Véase R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (Oxford, 1974), págs. 18-22, cfr. Smith, *Wealth of Nations*, IV, ii, pág. 456.

⁸ D. Hume, *Essays, Moral, Political and Literary* (varias ediciones). Libro I, ensayo 2, pág. 12.

condiciones de libertad mediante la insistencia en la continuidad de las reglas de conducta generales inflexibles como el principal y aún exclusivo vehículo de regulación legal de los ciudadanos por el gobierno. Como señala Hayek, tales reglas generales de conducta deben ser fundamentalmente negativas en su tenor, prohibiciones a las interferencias con los otros, salvo en el caso de reglas que gobiernen relaciones tan especiales como las de padres e hijos. Más allá del campo de prohibiciones impuestas, la gente tiene libertad de actuar a su propia discreción; y de nuevo aquí, completamente al margen del mercado, surge la oportunidad para los individuos, singularmente o concertados, de aplicar su propio conocimiento a sus propósitos propios.

Como tipo ideal de, y desde luego como ideal para la sociedad y el derecho esta imagen está claramente en el polo opuesto de aquella del orden jurídico de providencia especial tal y como fue contemplada al comienzo de este ensayo. El nombre que tiene Hayek para un orden tal es el de «orden espontáneo» o *cosmos*, en contraste con *taxis* u orden dirigido. Su teoría jurídica y política supone una defensa radical y completa del ideal de la sociedad como un orden espontáneo unida a una crítica mordaz del dirigismo y del socialismo en todas sus formas. Un blanco especial de su crítica es el concepto de «justicia social» y con él el de todos los programas políticos propuestos en nombre de la justicia social⁹.

Lo que he llamado «modelo de derecho de providencia especial» es directamente relevante para esto. Pues la sustancia de la tesis de Hayek es que todos los ataques montados en nombre de la justicia social contra los esquemas de opulencia y pobreza existentes, es decir, las denuncias de las desigualdades económicas y consiguientemente políticas, suponen una disposición a comprometerse con, e incluso a institucionalizar, esquemas de lo que he llamado aquí «providencia especial». Conforme a tales esquemas, debemos indagar en el grado de buena o mala fortuna de cada persona y hacer reajustes de acuerdo a alguna fórmula *a priori*. Además, como ninguna fórmula precisa ha sido nunca establecida en la teoría o acordada en la práctica para tales reajustes, la «justicia social» que se supone constituida por ellos es una quimera, un falso concepto. Se podría añadir que el concepto de justicia «sustantiva» como opuesto a justicia «formal» está un poco en el mismo caso; aquí de nuevo se pone el acento en la

⁹ Hayek, «LLL», I, págs. 35-54 (para *cosmos/taxis*); II, 62-100 (sobre justicia social).

observación de la personalidad total y las necesidades todas de cada individuo y en la respuesta a ellas en todas sus particularidades e individualidad en lugar de ocuparse de los seres humanos en los términos puramente abstractos de categorías jurídicas generales.

La cualidad quimérica de la «justicia social» se pone de manifiesto además, de acuerdo con la visión de Hayek, por la ininteligibilidad del concepto de «injusticia social» que presupone. La injusticia, dice Hayek, se entiende adecuadamente como vicio de la acción humana. Ser víctima de la injusticia es sufrir un mal (*wrong*) hecho por alguna acción intencional o negligente de otro sujeto agente. Como las «sociedades» no son en sí sujetos agentes, no pueden hacer injusticias. Por ello las sociedades no pueden ser consideradas responsables, ni en términos de culpa ni en términos de mérito, de los resultados del funcionamiento del orden espontáneo dentro de esas sociedades. Los seres humanos son sujetos agentes y, aunque pueden cometer injusticias por la violación voluntaria o negligente de las reglas abstractas generales del orden espontáneo en detrimento de otros, no puede decirse que pretendan o produzcan voluntariamente ninguna de las eventuales distribuciones de la buena o la mala fortuna que se dan en el mercado. Las desigualdades que no resultan de la acción u omisión voluntaria no pueden ser injusticias -la injusticia social es una idea tan estúpida como la injusticia genética, y la justicia social un ideal tan equivocado como la eugenesia¹⁰.

De acuerdo con ello, no sólo hay argumentos fuertes en favor de *cosmos* o el orden espontáneo; hay también argumentos de lo más poderoso contra todos los programas intervencionistas tendentes a alterar el orden espontáneo en beneficio de algún elemento, pequeño o grande, de *taxis* o la providencia especial. Estos programas llevan consigo el ejercicio del poder en la ignorancia y dependen de un pseudoconcepto de justicia e injusticia profundamente incoherente.

II

Que argumentos poderosos pueden ser esgrimidos en favor del ideal hayekiano de orden espontáneo resulta claro de lo anterior. Sin embargo, como el título de este ensayo pone de manifiesto, veo dificultades en ese ideal. En forma sumaria, mis dificultades

¹⁰ *Ibidem.*

son las siguientes: *Primero*, no está claro que algunas de las críticas a los órdenes espontáneos no se hayan desenvuelto ellas mismas espontáneamente como resultado de una extrapolación críticamente racionalista a partir de las ideas desarrolladas de justicia. *Segundo*, aunque eso no fuera así, tales críticas y las reformas políticas de tipo socialista o socialdemócrata a ellas asociadas han generado un estado de cosas sobre el cual los partidarios de Hayek tienen que emprender una acción positiva para restaurar las condiciones del orden espontáneo; pero entonces parece que los agentes políticos son, después de todo, responsables por los resultados del orden que han proyectado establecer. *Tercero*, y más allá del punto anterior, al menos parece que una política deliberada y con el designio de restablecer un orden espontáneo va contra la proscripción de la planificación social. *Cuarto*, la decisión de restablecer las condiciones del orden espontáneo, si es tomada, tiene que ser justificada y debe ser justificada apelando de seguro al consecuencialismo y probablemente a argumentos utilitarios.

En esta sección del ensayo mi tarea será ampliar y elaborar estos puntos, tomándolos en ese orden:

(i) No se necesita ser marxista para estar de acuerdo con la observación de Marx de que solamente en un orden capitalista o de mercado adquiere la idea de igualdad de los seres humanos la fijeza de un prejuicio popular¹¹. La evolución del derecho más allá de las relaciones de *status* del orden feudal e incluso del *Ständestaat* es una *evolución* de la idea de igualdad de todos ante la ley. Pero una vez que el principio de igualdad se ve como algo implícito en la ley del orden espontáneo, y una vez que adquiere la fijeza de un prejuicio popular, el mismo principio puede ser aplicado en la crítica de las instituciones del orden espontáneo en otros aspectos de su funcionamiento. Las libertades amparadas por la ley para ser igualmente disfrutadas por todos los ciudadanos pueden ser vistas como de muy diferente valor para diferentes grupos de poseedores de acuerdo con sus diferencias en medios económicos. La igualdad de todos ante la ley puede no estar acompañada por oportunidades parecidas de disponer de los mecanismos del derecho para diferentes grupos o individuos. La igualdad de *status* y de voluntad presupuestas por el derecho contractual puede ser al menos parcialmente negada a efectos prácticos por radicales desigualdades en el poder de negociar.

¹¹ Véase R. Kinsey, «Marxism and the Law», 5, *British Journal of Law and Society*, 202-227 (1978), pág. 216.

Sean fundadas o infundadas en sí mismas, no hay ninguna razón para contemplar esas críticas como algo diferente al tipo de crítica inmanente que es permisible en el marco del esquema humeano o hayekiano de razonamiento práctico. Ni será necesariamente ininteligible el que proyectos para la igualación de las desigualdades económicas que caben bajo el derecho preexistente sean promovidos en nombre de la «justicia social» en implícito contraste con la «justicia legal». El concepto no se tornará carente de significado por el hecho de que sus usuarios no acierten a ponerse de acuerdo sobre criterios positivos para su aplicación. Eso supondrá simplemente que forma parte de la perfectamente bien documentada clase de los «conceptos esencialmente contestados». Además, supuesto que las reformas pretendidas para procurar la redistribución de bienes son desarrolladas como correctores al funcionamiento del orden sobre la base de críticas inmanentes, no es de por sí claro por qué el orden resultante debería ser tachado de falta de espontaneidad. Ciertamente, los resultados de tales intervenciones incluirán consecuencias imprevistas y no queridas, lo que a su vez, exigirá ulteriores respuestas. Pero eso es, simplemente, decir que los procesos evolutivos son continuos.

(ii) Ciertamente, desarrollos tales han tenido lugar, aunque con diferente extensión, por diferentes medios y bajo diferentes condiciones políticas, en todas las sociedades occidentales de este siglo. Vamos a suponer, en contra de la sección precedente, que todos esos desarrollos han implicado un recurso al racionalismo constructivista más bien que al crítico y han abocado a la suprainposición destructiva de *taxis* sobre *cosmos*. Si este es el correcto análisis hayekiano de la situación, se sigue de él que los partisanos de la «Gran Sociedad» han de dar pasos para invertir el proceso. Y así lo han hecho algunos. En Gran Bretaña desde 1979, y en Estados Unidos desde 1981 se han hecho determinados esfuerzos para hacer retroceder las fronteras de la imbricación del Estado con la economía. La tarea ha sido restaurar las condiciones del orden espontáneo. Y aunque los pasos para llevarla a cabo hayan sido poco entusiastas o descaminados o ambas cosas, no puede negarse que esta es la tarea que un hayekiano tomaría y debería tomar sobre sí.

En la medida en que la restauración de un orden de mercado espontáneamente autorregulativo es, en esas circunstancias, objeto de un empeño deliberado, parece obvio que los resultados del funcionamiento del mercado deben cesar ya de estar más allá de las fronteras de la justicia. Aquellos que buscan restaurar el mercado saben que mercados que funcionan correctamente generan

cotas considerables de desigualdad económica. Ninguna de tales desigualdades son, o necesitan ser, queridas por ninguno de los participantes en el mercado. Pero aquellos que deliberadamente se ponen a restaurar un orden económico basado en el mercado debe juzgarse que pretenden justo tales desigualdades, pues se juzga que una persona quiere lo que sabe que va a ser un resultado previsible de su acto. Que no se pueda prever *quién* obtendrá las ganancias y quién sufrirá las pérdidas es irrelevante para la cuestión de la responsabilidad. Si doy una granada de mano a un loco que va camino del teatro y alguien resulta muerto no puedo excusarme después diciendo que no podía prever quién sería el muerto.

En consecuencia, sin prejuzgar la cuestión de si los resultados día a día del funcionamiento de un orden espontáneo son, en ciertos casos o en general, justos o injustos o neutrales respecto a la justicia, no se puede mantener que en el caso postulado estén completamente fuera del reino de la justicia. Los que tratan de restablecer el orden de mercado quieren que funcione como funcionan los mercados, con la gama de resultados para los individuos que eso implica. Y sería lo mismo incluso si no se tratara de restaurar deliberadamente las condiciones de libre mercado -si meramente se tratara de elegir deliberadamente mantener tales condiciones aun siendo consciente de que hay una alternativa.

(iii) Absteniéndonos por el momento de todo juicio acerca de la justicia o injusticia real de tales decisiones, podemos, sin embargo, observar que tienen un cierto carácter paradójico. La tesis hayekiana afirma o lleva consigo que la planificación gubernamental puede siempre acabar en consecuencias no queridas y por ende que la planificación no puede nunca funcionar de modo que produzca exactamente, ni aun aproximadamente, aquello que fue planeado. Aparte de otras cosas, el planificador no puede nunca decir como responderán otros seres humanos a los cambios en el medio que él hace. Lo que no está claro es por qué esta tesis no se aplica con igual fuerza a aquellos cuyo plan es restablecer las condiciones legales del orden espontáneo. ¿Está completamente exenta de la crítica a la planificación gubernamental la creación deliberada y consciente de un orden de mercado? Y si es así, ¿por qué? ¿O es, por el contrario, otra de las posibles políticas que, como la tesis epistemológica hayekiana nos advierte, en su ejecución puede tornarse en algo completamente diferente de lo que se pretendía?

Cuando descubrimos que el actual gobierno del Reino Unido, después de cinco años de esfuerzo dirigido sobre bases más o

menos hayekianas, ha acabado con un nivel de gasto público más alto que el que heredó de la anterior administración laborista; o cuando se observa que la Administración Reagan, en Estados Unidos, está acarreado el más grande déficit presupuestario en la historia del país, quizás se está de lo más justificado al concluir que la tesis epistemológica hayekiana emite una luz de advertencia tan brillante hacia aquellos que planean la restitución del orden espontáneo como hacia aquellos cuya mirada está vuelta hacia la izquierda. Y, desde luego, asumiendo que el Estado de bienestar mismo es un producto de un proceso espontáneo de evolución, ¿no es correcto decir que cualquier intento de creación deliberada de un orden espontáneo hayekiano mediante el recurso al poder legislativo y gubernamental sería una manifestación del peor racionalismo constructivista? Ciertamente la actual Administración del Reino Unido ha sido en su política la más rigurosamente centralista de todas las de los años de postguerra, presentando la paradoja de un programa de continuo incremento de los poderes del gobierno central con el objeto, finalmente, de que se extingan.

(iv) Cuando tales directrices políticas son proclamadas y perseguidas consciente y deliberadamente es evidentemente necesario que sean justificadas. Y, ¿cómo serán justificadas? La respuesta debe ser seguramente en términos de calidad de vida humana, de las vidas humanas vividas en esas condiciones legales y constitucionales comparadas con la calidad de la vida o de las vidas vividas bajo otros órdenes. Sin duda que puede construirse un poderoso alegato en términos de los argumentos esgrimidos en *Law, Legislation and Liberty*. En un orden espontáneo la gente es libre de llevar a cabo sus proyectos como cree conveniente, sometida solamente al respeto de sus -principalmente negativos- deberes de evitar dañar a otros. La gente aplica sus conocimientos propios a sus proyectos propios y aprende de sus propios errores. Se benefician de la participación en cualesquiera asociaciones libres que consideren conveniente. Y como el sistema está montado para recompensar mejor a aquellos cuyos proyectos resulten económicamente más ventajosos, las oportunidades de bienestar económico a todos los niveles del sistema se acrecientan al mismo tiempo que la libertad está asegurada. Dicho simplemente, la gente es ciertamente más libre y es probable que sea más próspera en los órdenes espontáneos que en cualquier otra forma de sociedad humana que hayamos podido imaginar.

Tal argumento me parece extremadamente poderoso. Expresa una razón atractiva para estar en favor de lo que los partidarios

del orden espontáneo proponen. El problema es, otra vez, que parece ser un argumento al que el hayekiano consistente debería oponerse. Porque no es otra cosa que un argumento utilitarista, y, de acuerdo con Hayek, el utilitarismo es un supuesto clásico de los errores del racionalismo constructivista¹². En nuestra ansiedad por poner correctamente de manifiesto la locura de cualquier visión demasiado instrumentalista de la legislación y del gobierno debemos evitar el error de suponer que todos los modelos de argumentación en pro de los valores constituidos o asegurados por modelos particulares de órdenes jurídicos son igualmente objetables.

III

Los cuatro puntos recién desarrollados me parece que constituyen una objeción justa y sustancial al argumento de Hayek tal y como él lo ha elaborado. Hay muchas cosas de peso y de valor en su filosofía política, pero en el fondo no es aceptable en su integridad. Por tanto, la pregunta es si podríamos componer algo parecido a ella como versión más fuerte de un supuesto esencialmente igual. Esta será la tarea de esta sección.

Un candidato a la labor propuesta es quizás la descripción del «imperio de la ley» (*Rule of Law*), de Michael Oakeshott en su *On History: and other essays*¹³. Lo que dice tiene ciertamente una muy particular relación con el cuarto punto de la última sección de este trabajo, en el que contemplábamos la posibilidad de una justificación consecuencialista del orden espontáneo hayekiano (y quizás lo hacíamos sin suficiente tono de duda sobre si el propio Hayek mantiene esto, como obviamente lo hacen sus seguidores políticos). Pues Oakeshott se toma el trabajo de explorar la idea de que o bien la «prosperidad» o la «libertad» deben ser presentadas como *efectos* del mantenimiento de un Estado bajo el imperio de la ley, o, de lo contrario, deben ser propuestas como fundamentos consecuencialistas en favor de la adopción o mantenimiento de tal Estado. Por lo que respecta a la prosperidad, reconoce la «inconsistencia de atribuir la virtud de un modo de asociación no-instrumental a su propensión a producir, promover e incluso estimular un estado de cosas

¹² Hayek, «LLL», III, 17-24.

¹³ M. Oakeshott, *On History: and other Essays* (Oxford, 1983), págs. 119-164.

sustantivo»¹⁴. Y en cuanto a la libertad, su punto de vista es que la libertad en uno de sus muchos sentidos no es un efecto, sino un elemento intrínseco en el *Rechtsstaat*; y lo mismo en lo que respecta a la «paz» y al «orden» en algunos sentidos de los términos. Oakeshott es absolutamente claro en que el elogio del imperio de la ley sólo puede hacerse en términos de sus virtudes intrínsecas, no en términos de sus efectos. «El imperio de la ley no cuece pan, es incapaz de distribuir panes y peces (no tiene ninguno), y no puede protegerse a sí mismo contra el asalto exterior, pero sigue siendo la más civilizada y menos gravosa concepción de Estado que quepa imaginar»¹⁵. Esta línea de pensamiento podría ser por ello una base más prometedora sobre la que articular un argumento en favor del «orden espontáneo» hayekiano o de algo parecido a ello. El problema es que una indagación más profunda suscitara la duda de hasta qué punto el «imperio de la ley» oakeshottiano es algo como el orden espontáneo hayekiano. Porque desde luego la espontaneidad no es parte de la idea de Oakeshott. Tal y como él caracteriza el imperio de la ley, uno de sus elementos fundamentales es una noción decididamente *gesetzespositivistish* de la «autenticidad» de las reglas. «La expresión “imperio de la ley”, tomada rigurosamente, expresa un modo de asociación moral exclusivamente en términos del reconocimiento de la autoridad de reglas, ciertas y no instrumentales (esto es, leyes), que imponen obligaciones de someterse a ciertas condiciones adjetivas en la realización de las acciones elegidas por sí mismos de todos aquellos que caen dentro de su jurisdicción»¹⁶.

Cuando en este y en otros pasajes, Oakeshott hace referencia a la autoridad de las reglas tiene en mente en gran medida el mismo concepto que Joseph Raz en su *Authority of Law*¹⁷, es decir, algo que se deriva de una concepción de la validez o autenticidad del derecho esencialmente basada en fuentes. Clarísimamente, la autenticidad legislativa es el caso paradigmático -y para Oakeshott como para Austin, el derecho del caso sólo contará en la medida en que pueda ser asimilado al derecho promulgado-. La idea de un legislador o una legislatura cuyos pronunciamientos satisfagan condiciones procedimentales de validez y que tenga autoridad en el sentido de que los súbditos reconozcan como obligatoria la conformidad con cualesquiera reglas válidamente promulgadas es una idea central para el «imperio

¹⁴ *On History*, pág. 161.

¹⁵ *On History*, pág. 164.

¹⁶ *On History*, pág. 136.

¹⁷ Oxford, 1979.

de la ley» oakeshottiano. Lo que éste es en sí mismo, como vimos, es «un modo de asociación moral» entre *personae*, esto es, entre roles que pueden ser jugados por actores humanos como una entre varias de las *personae* que portan, cada una de ellas adecuada a su propio modo de asociación. Los modos de asociación son, al parecer, como los lenguajes wittgensteinianos, formas de vida. Y, como ellos, son los juegos absolutamente serios que todos jugamos.

El acento hayekiano en las especiales virtudes evolutivas del «common law», tan característico de la espontaneidad de su orden espontáneo, no encuentra, por tanto, eco alguno en Oakeshott. Para Oakeshott, como para los positivistas ingleses, el derecho legislado es el paradigma, y cualquier otro tipo de derecho, el caso meramente penumbral. Las grandes modernizaciones de los siglos XVIII y XIX tienen quizás esta característica de requerir y llevar consigo un énfasis en la legislatura como la instancia unificadora y generalizadora del derecho. La eliminación de la miríada de costumbres especiales y derechos locales tan esenciales para un *Ständestaat* exigía sin duda actos de la voluntad legislativa. Francia tuvo un derecho común al conseguir un código, y tuvo un código al tener un Napoleón. En otros lugares, como Inglaterra, pudo haber sido más complicado, pero en Inglaterra, Bentham era un Napoleón del intelecto y sus descendientes intelectuales esculpieron el moderno fetiche de la soberanía del Parlamento. Para Dicey, el más grande de esos descendientes, el «Imperio de la ley» era, entre los fundamentos de la Constitución¹⁸, la otra cara de la soberanía parlamentaria. Así que hay mucho que decir históricamente de la visión de Oakeshott de que el derecho como ley es el tipo focal de derecho para la idea emergente de «Imperio de la ley» o su primo alemán el *Rechtsstaat* tal y como vinieron a ser recibidos en el siglo XIX y principios del XX¹⁹.

Puede argüirse que tal visión no sólo es históricamente fundada, sino también, en el contexto actual, dialécticamente útil. Pues el segundo y el tercero de los puntos contra Hayek considerados en la sección precedente se refieren específicamente al carácter *espontáneo* del «orden espontáneo» hayekiano. No habría contradicción alguna entre la concepción de Oakeshott del «imperio

¹⁸ Vid. A. V. Dicey, *An Introduction to the Law of the Constitution* (10.^a ed. Ed. E. C. S. Wade, London, 1964), págs. 163-206.

¹⁹ Cfr. D. N. MacCormick, «Der Rechtsstaat und die Rule of Law», 39, *Juristenzeitung*, 65-70 (1984). T. O'Hagan, *The End of Law?* (1984), págs. 116-143.

de la ley» y el hecho de que éste fuera procurado por la intervención deliberada del legislador, pues la teoría dice que así ha sido siempre dondequiera que el imperio de la ley como modo de asociación ha surgido. El *cosmos*, después de todo, es siempre también según esta visión una *taxis*.

Sin embargo es posible que esto salve la cuestión a un precio demasiado alto. Las normas promulgadas que el imperio de la ley de Oakeshott postula son, conviene recordarlo, normas «ciertas y no instrumentales (es decir, leyes)». El paralelo con las «reglas de la conducta justa carentes de propósito (*purpose-independent*) de Hayek es aquí perfecta a pesar de lo mucho que nuestros autores puedan divergir en lo que respecta al origen apropiado de las reglas que postulan. Pero lo que es particularmente plausible en la idea de Hayek respecto al carácter de carencia de propósito (*purpose-independent*) de las reglas, esto es, que esas reglas evolucionan característicamente a través de procesos de «common law», es del todo implausible cuando la idea es trasladada al caso de leyes promulgadas que se considera que son el supuesto central para el imperio de la ley. Las leyes promulgadas ni son, ni deben ser, característicamente puestas en vigor de un modo carente de propósito (*purpose-independent*) -lo cual fue exactamente la razón por la que Bentham y sus discípulos favorecieron este tipo de derecho, y es exactamente la razón por la que Hayek se inclina a tener una visión tan pobre del positivismo jurídico en sus manifestaciones más voluntaristas²⁰.

A la vista de ello no hay ninguna razón que no sea meramente estipulativa para que Oakeshott tenga que ser tan insistente en lo del carácter puramente «adverbial» o «procedimental» de las reglas jurídicas como tales. Ciertamente, se puede ver que las leyes, en la medida en que imponen obligaciones, tienen el carácter de establecer lo que Nozick llama «restricciones laterales» a la acción²¹. Sea lo que sea lo queelijamos hacer debemos hacerlo de forma que evitemos incumplir cualquier obligación. Pero *a fortiori* tenemos entonces que abstenernos de establecer como nuestra meta y objetivo propio la realización de aquello que la ley prohíbe o la omisión de aquello que impone. En este sentido, la ley dista mucho de ser carente de propósito (*purpose-independent*) o indiferente respecto a propósitos (*purpose-indifferent*). Y, vistas desde el ángulo de asegurar la prevención o realización de actos prohibidos u obligatorios, las leyes distan de ser no-instrumentales.

²⁰ Hayek, «LLL», II, págs. 44-61.

²¹ Nozick, *Anarchy*, págs. 28-35.

Cualquiera que sea el sentido en que es «adverbial» tener una ley contra el asesinato («hagas lo que hagas, hazlo de forma que tus actos positivos no causen la muerte a nadie»), igualmente lo puede ser tener una ley Buen Samaritano («hagas lo que hagas, hazlo de forma que no omitas ningún acto razonable que evitara a otro caer en la indigencia»).

Parece innecesario pronunciarse sobre la cuestión de si la teoría de Oakeshott es o no es «algo parecido» a la de Hayek, pues de hecho tiene sus propias bases de implausibilidad y éstas abarcan exactamente los puntos sobre los que el enfoque oakeshottiano sigue líneas distintas del hayekiano. En la medida en que uno encuentra plausibles las protestas y advertencias hayekianas contra el «racionalismo constructivista» o contra lo que he venido llamando «providencia especial», en esa misma medida debe uno tener dudas sobre el legislador ideal de Oakeshott. Y en la medida que uno esté a favor del legislador ideal de Oakeshott, en esa misma medida debe uno tener dudas sobre el orden espontáneo de Hayek. En ningún caso, por tanto, se necesita tener como absoluta la tesis de que las leyes tienen que ser o deben ser «carentes de propósito (*purpose-independent*)» o «no instrumentales», ni desde luego lo podrían ser si la legislación fuera usada como vehículo mediante el que restaurar el *cosmos* o restablecer el imperio de la ley.

IV

Mi punto de vista es que hay una gran fuerza en el argumento que Hayek monta contra el racionalismo constructivista. No puede encontrarse por ningún lado una advertencia más poderosa ni más sólidamente expuesta contra el otorgar credibilidad a la posibilidad de la ingeniería social a gran escala. La idea de que alguna legislatura o gobierno puede rediseñar una sociedad entera de acuerdo con algún plan elaborado racionalmente es, desde luego, tan fatua como Hayek nos advierte, y por las mismas razones que él expone. Cualquiera que sea lo que se haga en base a tales diseños, el resultado será siempre diferente, incluso terriblemente diferente, de lo que fue diseñado y querido. Lo que racionalmente podemos hacer es cambiar algo, extrapolar a partir de, y mejorar, las instituciones que hemos heredado, estando siempre alerta sobre los efectos colaterales de nuestras innovaciones.

Sin embargo, lejos de tomar esto como base para abandonar la confianza en las instituciones socialdemocráticas de los modernos

Estados occidentales, lo tomo como una advertencia contra esos grandes diseños de ingeniería social a los que se adhieren aquellos que piensan que un orden espontáneo hayekiano puede ser creado o recreado mediante el simple diseño y la decisión. Justicia social es un concepto que se ha desarrollado a través de la crítica inmanente a las instituciones heredadas y a la luz del cual hemos buscado enmendarlas y modificarlas. Al recordarnos los valores de libertad e imperio de la ley que ponemos en riesgo al llevar demasiado lejos las demandas de justicia social, Hayek ha hecho un gran servicio; al interpretarle a él como si estuviera proponiendo un plan de racionalismo constructivista para la ingeniería social a gran escala, la nueva derecha ha hecho al pensamiento de Hayek un muy flaco servicio.

Lo que Hayek realmente pone de manifiesto es que ciertos aspectos de la planificación y del socialismo de Estado, en la medida en que suponen la perfectibilidad de la planificación, son quiméricos. Los mundos humanos y sociales no son planeables de esa manera. Lo que él no consigue demostrar es que no puede haber deberes positivos de justicia -de «justicia social»- entre la gente. Como Onora O'Neill arguye en su *Faces of Hunger*²², se puede construir un argumento de tipo perfectamente kantiano en favor de extensivos deberes positivos transnacionales de aliviar el hambre y la inanición. Desde una retórica diferente se puede interpretar el derecho a la vida como un derecho a no ser dejado morir de hambre en un mundo con alimentos de sobra. Y hay otros «derechos-bienestar», o deberes de ocuparse activamente del bienestar de otros, en favor de los cuales pueden alegarse argumentos perfectamente sólidos. Una concepción adecuada de la justicia social abarcará tales derechos y deberes. No hay necesariamente nada conceptualmente absurdo o prácticamente autorrefutatorio con respecto a ellos. No debemos sentirnos hipnotizados por argumentos en favor del orden espontáneo o el imperio de la ley hasta pensar que esas cualidades son, como Hayek y Oakeshott mantienen, incapaces de integrar derechos de, o deberes hacia el bienestar²³.

(Trad. de Francisco Laporta)

²² London, 1986, caps. 6-8. Creo que se puede sacar más partido del concepto de «un derecho» en tales temas que la Dr. O'Neill.

²³ Una versión anterior de este trabajo se presentó a una conferencia de CIDAS en Turín en abril de 1984 y se publicó como «Alcuni Problemi circa l'ordine Spontaneo», en *Libertà, Giustizia e Persona Nella Società Tecnologica*, Ed. S. Ricossa y E. di Robilant (1985); la versión actual se preparó para y se presentó a un coloquio de Liberty Fund en Gleneagles, Escocia, convocado por el Prof. N. B. Reynolds en julio de 1986.



DOXA -6 (1989)



LAS REGLAS DE LA COOPERACIÓN

1. Introducción

Hay algunas palabras que parecen encerrar un sentido mágico. Es como si ellas mismas concretaran un valor fundamental indiscutible, y en consecuencia su negociación es, también por sí misma, la negación de ese valor. Podrá objetarse que no se trata estrictamente de palabras sino de ciertos usos de las mismas; pero en rigor no se puede negar que determinadas palabras se prestan más que otras a tales usos que las colocan en posición magnificente o desdichada, según el caso. Algo de esto sucede con la palabra cooperación. En la actualidad, en el terreno de la Filosofía del Derecho, de la Filosofía Política y de la Filosofía Moral, se destacan marcadamente las bondades de la cooperación, y se asocia el comportamiento cooperativo de los actores sociales, con las llamadas conductas socialmente deseables, como contrarias a las indeseables conductas egoístas. Se ha llegado al extremo de afirmar que el comportamiento cooperativo es portador de un vigor tal, que le permite emerger, desarrollarse y hasta obtener el triunfo final sin auxilio alguno, aun en un mundo extremadamente egoísta. Con esto se llega a admitir (como sucede siempre que se apela a lo mágico) que el valor, la fuerza y el poder que inicialmente se radica en la palabra, es portado de una manera directa a las acciones que la misma nombra. En este sentido, algunas tesis, como la sostenida por R. Axelrod-84, hacen pensar en una ley universal de evolución que conduce de manera inexorable al surgimiento y triunfo de la cooperación, aun en un mundo de extremo egoísmo. El peligro de teorías de este tipo es que, utilizando simulaciones que parten de un cuerpo de restricciones formales no siempre plausibles o diseñables en la realidad, tienden a elaborar un argumento que engañosamente posee base empírica, y luego es convertido de un modo insensible, y generalmente acrítico, en normativo.

Estas ideas han llegado a impregnar no sólo el panorama intelectual, sino también el discurso político de los últimos años, y obtuvieron un importante refuerzo logístico al ser vinculadas a los conceptos y metodología propios de la teoría de los juegos. Sin entrar por el momento a discutir el significado que tales ideas puedan haber alcanzado, tanto en el plano de la teoría como de la práctica social, lo cierto es que hay muchos de sus rasgos que invitan a una consideración crítica, ya que producen la desagradable impresión de ofrecer soluciones de dudosa justificación, a problemas ambiguamente caracterizados. Bueno es señalar que no sólo la palabra cooperación exhibe este sentido mágico. En el escenario de la teoría política, la palabra estabilidad suele ser tratada del mismo modo, es decir, como si encarnara un valor indiscutible. Sin embargo, sólo cuando el concepto se somete a un análisis metódico en su contenido y en sus connotaciones, se descubren rasgos diferenciadores que permiten caracterizar de manera adecuada el núcleo del problema implicado, y al mismo tiempo evaluar las inevitables dificultades teóricas y metodológicas que deben sortearse para dejarlo libre de ambigüedades. (E. Garzón Valdés-87.)

Tal como lo hacen quienes creen en esa fuerza mágica de la palabra cooperación y de las acciones cooperativas, vamos también nosotros a hacer uso del llamado Dilema del Prisionero¹, ya que el mismo ofrece con una bella frugalidad, un rico panorama para analizar cuánto de explicativo y cuánto de normativo se encierra en ese confuso asunto de la cooperación tan mencionado últimamente.

2. Algo acerca de los juegos

Los planteamientos éticos que consideran que las conductas cooperativas pueden exhibir una cierta superioridad respecto de las no cooperativas, han buscado desde hace algún tiempo un núcleo de fundamentación en la llamada teoría de los juegos. Se trata de una teoría formalizada de exquisita elegancia, e indiscutible

¹ Originalmente formulado por Merrill Flood y Melvin Dresher y formalizado por A. W. Tucker, el Dilema del Prisionero ha merecido una gran atención por parte de los estudiosos de las Ciencias Políticas, la Teoría de los Juegos, la Psicología Social, y la Filosofía Moral, quienes han ido descubriendo vetas de interés en el planteo general. Desdichadamente, en algunos casos se ha tergiversado la naturaleza del modelo, considerándolo como un reflejo de situaciones reales; o lo que es peor aún, como un paradigma moral que destaca la superioridad absoluta del comportamiento cooperativo.

poder como herramienta analítica². Desde este punto de vista, las aportaciones que la teoría de los juegos puede ofrecer no son pocas; y en efecto, la misma ha contribuido a clarificar muchos aspectos que suelen permanecer oscuros cuando los planteamientos se efectúan desde un lenguaje de mayor vaguedad. Asimismo, la apelación a conceptos y estructuras de la teoría de los juegos ha permitido una fecunda relación entre la Filosofía Moral y la Teoría Matemática, que ha contribuido a enriquecer el panorama de ambas esferas³. Sin embargo, para que un modelo formal como el de la teoría de los juegos pueda ofrecer frutos verdaderamente satisfactorios, y no se constituya en un mero elemento justificatorio de conclusiones, o en modo elegante de presentación de sinsentidos, es necesario reconocer los principios básicos del mismo, que siempre constituyen las primeras restricciones del modelo, y cuya consideración es fundamental en el análisis del isomorfismo (J. Barragán-83).

Es razonable la perspectiva que considera que el concepto primitivo en la teoría de los juegos, es el de **interés**. De una manera general, el contenido de este concepto no difiere fundamentalmente de aquello que en el plano intuitivo entendemos por interés. Cuando un sujeto tiene preferencias personales respecto de los varios posibles resultados en una determinada circunstancia, se dice que posee interés en ese resultado. Esto nos coloca claramente en un terreno en el que queda excluida la llamada generosidad altruista como acto de desprendimiento de las propias preferencias: nuestros actores en la teoría de los juegos tienen preferencias, no son desinteresados y no pueden serlo si queremos aceptar el concepto primitivo de la teoría.

Del concepto de **interés**, se deriva el de **conflicto de intereses**. En el marco de la teoría de los juegos cuando dos o más individuos tienen preferencias acerca de posibles resultados que les conciernen recíprocamente, y no logran ponerse de acuerdo acerca de esas preferencias, nos encontramos frente a un conflicto entre los intereses. Tampoco este concepto está demasiado lejos de la intuición, y nos refuerza el anterior concepto de interés,

² Una referencia sistemática que ilustra de modo completo acerca de los antecedentes de la Teoría de los Juegos se encuentra en R. D. Luce y H. Raiffa-57, sección 1.2.

³ Entre los autores que han recogido excelentes frutos en esta relación entre Filosofía Moral y Teoría de los Juegos, se encuentran J. Harsanyi y D. Gauthier, quienes, manteniendo una gran coherencia con los conceptos de ambas disciplinas, han logrado construir a lo largo de los años importantes teorías éticas, expresadas en términos formalmente elegantes y de gran plenitud semántica.

ya que pone en evidencia que nuestros actores no sólo tienen preferencias, sino que se mueven en un ámbito en el que la existencia de las preferencias de otros actores (las cuales no siempre pueden armonizarse con las propias) genera conflictos entre esas preferencias.

También del concepto de **interés** es posible derivar el de **utilidad**. Esta palabra arrastra un destino desdichado. Por lo general, cuando se la emplea origina una gran resistencia y muchos malentendidos. Por eso es particularmente importante establecer con claridad cuál es su uso en la teoría de los juegos, ya que si se apela a este aparato analítico es preciso aceptar tal uso, aunque contradiga algunas ideas previas que se puedan tener acerca del término.

Cuando un individuo está en condiciones de ordenar coherentemente sus preferencias acerca de los posibles resultados, podemos hablar de **utilidad** en el sentido de la teoría de los juegos (J. von Neumann and O. Morgenstern-47). Esta consistencia en el ordenamiento de las preferencias permite representarlas numéricamente mediante las así llamadas funciones de utilidad, y también hace que la utilidad exhiba la muy importante propiedad que puede expresarse del siguiente modo: un individuo determinado prefiere un resultado a otro, si y sólo si la utilidad esperada del primero supera a la utilidad esperada del segundo. Dicho con mayor elegancia, cada individuo procura maximizar su utilidad esperada. El empleo de la utilidad como medida de la preferencia, intenta resolver el problema de las comparaciones interpersonales. En efecto, cuando se emplea una unidad monetaria en el análisis de un conflicto de intereses, es posible caer en equívocos, ya que la misma cifra no tiene el mismo significado para un sujeto que nada posee que para alguien que lo tiene todo. Al expresar la preferencia en unidades de utilidad, y bajo el supuesto de que los patrones de preferencia son similares en cuanto a coherencia entre los actores, el marco de referencia naturalmente crece en previsibilidad.

En este concepto von neumanniano de utilidad, ya no podemos apelar a la intuición de una manera tan natural como lo hemos hecho con los anteriores. Sin embargo, para el caso de recurrir al auxilio de la teoría de los juegos como herramienta analítica, parece imprescindible usar la utilidad como medida de preferencia, ya que aunque la teoría de la utilidad tiene diferentes contextos de aplicación, no es posible ignorar que fue construida (y sigue siéndolo) como el pilar fundamental de la teoría de los juegos.

Ante un conflicto de intereses producido como consecuencia

de la no armonización de las preferencias, cada individuo tiene que elegir un determinado curso de acción con el fin de maximizar su utilidad esperada. Esta elección efectuada con tal finalidad define el concepto de **toma de decisión** que contribuye, junto a los anteriormente desarrollados a clarificar el panorama de la teoría de los juegos. La toma de decisión individual⁴, que es la que nos interesa, puede ser efectuada bajo una situación de total certidumbre, bajo una condición de riesgo o una de incertidumbre. La toma de decisión bajo certidumbre se da cuando se conoce perfectamente el resultado específico al que nos conduce una determinada acción; la toma de decisión bajo riesgo, se da cuando la acción determinada se asocia no a un resultado, sino a un conjunto de resultados posibles, cuya probabilidad (objetivamente basada) es conocida por quien toma la decisión; finalmente, en la toma de decisión bajo incertidumbre, la acción también conduce a un conjunto de resultados posibles cuya probabilidad (subjetiva) no es completamente conocida.

Tratando de mostrar como se insertan los conceptos descriptos dentro del escenario de la teoría de los juegos, puede decirse que para cada individuo implicado, el problema del conflicto de intereses se convierte en un problema de toma de decisión bajo condiciones de riesgo e incertidumbre; derivada esta última del hecho de que cada jugador ignora qué curso de acción elegirá su contrincante. Así puestas las cosas, puede afirmarse que la teoría de los juegos procura dotar de un marco general teórico a los problemas implicados en la toma de decisión interactiva bajo condiciones de riesgo; en razón del carácter interactivo, se agrega de modo natural la condición de incertidumbre.

En este contexto, si una persona puede expresar sus preferencias de un modo coherente, esto es si tal sujeto exhibe consistencia en sus elecciones⁵, es posible elaborar una función de utilidad.

⁴ Cuando en la Teoría de los Juegos se habla de **decisión individual** no se alude necesariamente a la decisión tomada por un solo individuo. Una decisión se considera individual cuando es una voluntad unitaria quien la toma. Tal voluntad puede coincidir con la de una persona, o también ser la expresión de un colectivo que ha logrado establecer por algún medio, tal unidad volitiva.

⁵ Las preferencias deben satisfacer los llamados axiomas de consistencia a fin de posibilitar resultados inequívocos que permitan comparaciones interpersonales de utilidad. Tales axiomas son: a) Las alternativas deben ser comparables. Dados A y B, el sujeto preferirá A o B, o será indiferente entre A y B. b) Tanto la relación de preferencia como la indiferencia son transitivas. Dados A, B y C, si el sujeto prefiere A a B y B a C, entonces prefiere A a C; y si el sujeto es indiferente entre A y B y entre B y C, entonces es indiferente entre A y C. c) Si una lotería tiene como una de sus alternativas otra lotería, la primera

Esta función de utilidad no refleja las preferencias del actor en un sentido abstracto, sino que se refiere a las alternativas en una situación perfectamente definida: la del juego, y en ese marco específico procura maximizar la utilidad esperada por el jugador. La teoría de los juegos intenta elaborar patrones generales de toma de decisión interactiva, bajo las condiciones que ya hemos señalado.

Considerando los patrones de preferencia de los jugadores, es posible clasificar los juegos en estrictamente competitivos y no estrictamente competitivos. Como sus nombres lo indican, mientras los primeros exhiben patrones de preferencias estrictamente opuestos, en los segundos es posible encontrar por lo menos una combinación A y A' entre las soluciones del juego, tal que mientras un jugador prefiere A a A', el otro prefiere A' a A. Los primeros son juegos-suma-cero y los segundos son juegos-no-suma-cero.

A su vez, entre los juegos no-suma-cero, se encuentran los llamados juegos cooperativos, que permiten a los jugadores hacer todo tipo de acuerdo previo al juego, y reforzar tales acuerdos mediante sistemas de premios y sanciones; en el mismo grupo no-suma-cero también encontramos los llamados juegos-no-cooperativos, en los que tanto la comunicación previa al juego entre los jugadores, como los acuerdos de cualquier tipo, están expresamente excluidos.

3. El Dilema del Prisionero

Del Dilema del Prisionero se ubica entre los así llamados juegos-no-suma-cero-no-cooperativos. En consecuencia, es un juego no estrictamente competitivo, y que exhibe una restricción inicial relativa a la prohibición de que los jugadores se comuniquen entre sí o efectúen acuerdos previos al juego. Como en todo juego, cada uno de los prisioneros es capaz de ordenar coherentemente sus preferencias y siempre procurará maximizar su propia utilidad esperada.

puede descomponerse en las loterías básicas mediante el cálculo de probabilidades. *d)* Si dos loterías son indiferentes al sujeto, también son intercambiables como alternativas en cualquier lotería compuesta. *e)* Si dos loterías involucran las dos mismas alternativas, entonces aquella en la que la alternativa preferida tiene una probabilidad más alta de ocurrencia, es también la preferida. *f)* Si A es preferida a B y B a C, entonces existe una lotería que involucra a A y C (con probabilidades adecuadas) que es indiferente a B.

En su versión más simple, el Dilema del Prisionero nos presenta el panorama de dos prisioneros sometidos a juicio y privados de su libertad. Estos prisioneros son entrevistados por separado por el fiscal, quien les efectúa algunas propuestas con los respectivos ofrecimientos de utilidad. Si el fiscal logra que uno de los prisioneros delate al otro, tendrá en sus manos todos los elementos de juicio necesarios para aplicar a este último el máximo de la pena prevista para el delito; para «agradecer» este favor del delator, pedirá su libertad. Como la oferta del fiscal es simétrica, puede darse el caso de que ambos prisioneros la acepten, lo que equivaldría a una mutua delación, situación en la que ambos prisioneros recibirían una pena cercana a la máxima. Para el caso que ambos decidan no delatarse, el fiscal quedará sin elementos suficientes y sólo podrá aplicar a ambos un mínimo de pena. Estas ofertas producen a los jugadores determinadas utilidades según sea la estrategia que sigan (condicional a la seguida por el otro jugador). Estas utilidades esperadas se expresan en la llamada matriz de ganancias (utilidades), que para el caso en consideración es la siguiente:

		B	
		D	-D
A	D	2,2	10,0
	-D	0,10	8,8

Los números de la matriz expresan la utilidad (expresada en años) que cada prisionero obtendría en cada una de las cuatro posibles intersecciones de estrategias.

Como se trata de un juego-no-suma-cero-no-cooperativo, las restricciones establecidas en el planteamiento de este Dilema, restricciones que como es natural cumplen un importante papel en las soluciones posibles, serán: 1) no pueden existir acuerdos de cumplimiento forzoso entre los prisioneros; y a los efectos de garantizar esa primera restricción, 2) los prisioneros no pueden comunicarse entre sí, ni directamente, ni a través de terceros.

A partir del esquema planteado, y considerando que ambos prisioneros son actores racionales, resulta coherente que el prisionero A opte por la estrategia D, ya que la misma le garantiza una ganancia mínima de 2,2 y una máxima de 10; mientras que la estrategia —D le ofrece una posible ganancia que va entre 0,10 y 8,8.

También es coherente con el carácter racional del prisionero B que elija la estrategia D por idénticas razones que A. Esto hace que ambos prisioneros se encuentren en la casilla (2,2), que es la de la mínima suma de ganancias. La salida de esta casilla en la que las ganancias colectivas son las mínimas, se llama **no cooperativa**, mientras que la salida de la casilla (8,8) donde las ganancias colectivas son las máximas, se llama **cooperativa**.

¿Qué es lo que ha impedido que los prisioneros se encuentren en la salida cooperativa, y en su lugar converjan a la salida no-cooperativa? Desde luego que estando vedada por la restricción inicial la posibilidad de un acuerdo forzoso (y de cumplimiento forzoso), cada prisionero teme ser traicionado por el otro, y quedar en consecuencia con 0 de ganancia. Las casillas (0,10) y (10,0), representan para los prisioneros un terreno minado de riesgos que no se deciden a afrontar para llegar a la casilla (8,8). Este temor recíproco a ser traicionados es el factor que favorece la selección de la intersección (D,D) para la mayor satisfacción del fiscal.

Como puede verse, la combinación de estrategias (D,D) se autorrefuerza al interior del juego, ya que contiene la mejor respuesta de cada jugador frente a cualquiera de las estrategias posibles del otro jugador. Este acuerdo autorreforzado dentro de los límites de las restricciones del juego es el punto de equilibrio del mismo; y bajo el supuesto de racionalidad de los jugadores, es decir, utilizando éstos su mejor estrategia posible, tenderán hacia esa intersección, obteniendo sólo un pago de (2,2) en lugar de (8,8).

En consecuencia, tanto para el prisionero A como para el B las estrategias D son estrictamente dominantes, y el par (D,D) es el único par en equilibrio del juego. Esto significa que cualquier jugador racional decidirá utilizar la estrategia D, ya que la misma maximiza su utilidad esperada.

Como sucede siempre con los modelos conceptuales, el Dilema del Prisionero es susceptible de dos interpretaciones diferentes, las cuales definen también dos diferentes usos. Por una parte, un modelo conceptual puede ser primordialmente interpretado como descriptivo de la estructura de determinadas relaciones, cuyo análisis permitiría elaborar categorías explicativas, y predecir el futuro comportamiento de tales relaciones; pero por otra parte también el modelo puede ser interpretado como definidor de conductas socialmente deseables, lo que haría posible producir normas de comportamiento para regir las relaciones sociales. En el marco del uso descriptivo, el Dilema del Prisionero nos refiere cómo se comportarían dos jugadores racionales,

considerando las restricciones establecidas; mientras que dentro del uso normativo, el Dilema puede ser utilizado para poner en evidencia las ventajas de la salida cooperativa sobre la no cooperativa, lo que a su vez puede llevar a afirmar la superioridad ética de las conductas cooperativas en términos de utilidad social⁶.

Ambas interpretaciones son perfectamente legítimas, y cumplen una función no necesariamente antagónica; pero es importante puntualizar con cuál de ellas se trabaja en un determinado momento, ya que la mayor parte de las herramientas conceptuales y las estrategias metodológicas que pueden provechosamente emplearse en un caso, son perfectamente impropias para el otro. Así, en la interpretación descriptiva, los conceptos y métodos lógico-matemáticos son centrales para construir un aparato explicativo consistente, que permita predicciones acertadas de los comportamientos; mientras que en una interpretación normativa, los conceptos y métodos propios de la crítica filosófica desempeñan el papel protagónico para la elaboración de un marco coherente que haga posible la comparación de los sistemas de valores implícitos en todo enfoque normativo.

Considerado desde un punto de vista analítico, el hecho de que en el Dilema del Prisionero la solución en equilibrio sea la no-cooperativa, es un resultado necesario si se aceptan las restricciones que el modelo exhibe, y sólo puede ser objeto, como en efecto lo ha sido, de un tratamiento analítico formal (por ejemplo, Nash-50). Tal solución no puede de ninguna manera ser objeto de valoración moral, ni considerada particularmente perversa, ya que la perspectiva normativa rebasa la capacidad analítica de las herramientas lógico-matemáticas, y requeriría de conceptos y métodos en los que la crítica de los principios juega el rol fundamental. No obstante, la perspectiva analítica puede contribuir en buena medida con la normativa, ya que torna particularmente evidentes las consecuencias que conlleva la aceptación de determinados principios.

A este respecto, con el Dilema del Prisionero sucede algo interesante; muchos autores, en el deseo de encontrar una justificación racional para la superioridad ética de la cooperación, hacen aparecer como relaciones de hecho lo que en verdad son

⁶ El uso de los modelos en las Ciencias Sociales conlleva siempre importantes riesgos. Por lo general, es difícil separar claramente los diferentes usos, y sus respectivos métodos. Esta circunstancia lleva insensiblemente por caminos confusos que no conducen a ninguna parte, disminuyendo el potencial del propio modelo.

expresiones de valor, confundiendo la interpretación descriptiva con la normativa. El resultado de esta confusión es que el análisis de ambos planos se ve afectado, desde el momento que no se emplean los elementos conceptuales y metodológicos específicos para cada uno de ellos. No es novedoso que los juicios de valor admiten una crítica y una justificación racional; pero nada se hace a favor de la misma si se encubre a los valores bajo la forma de hechos de la realidad, sustrayéndolos a los métodos propios de su esfera específica. Este encubrimiento representa una variante más, aunque esté revestida de elegante sutileza, de los enfoques irracionales acerca de los juicios de valor. Por otra parte, el hacer uso indebido de la fuerza y la plenitud semántica de los métodos lógico-matemáticos, sólo puede contribuir a un inmerecido desprestigio de los mismos en el terreno de las ciencias humanas⁷. La diferenciación apropiada entre ambas interpretaciones del Dilema del Prisionero no sólo ofrece un indiscutible interés analítico, sino que genera saludables repercusiones en la esfera de la política práctica.

4. El Dilema del Prisionero como modelo analítico

Como modelo analítico, el Dilema del Prisionero puede considerarse, por una parte, en el plano de su estructura formal, y por la otra, en el de su plausibilidad como herramienta para visualizar las relaciones de hecho a las cuales se aplica.

Como estructura formal, el Dilema del Prisionero consiste en una red de relaciones que poseen determinadas propiedades, enmarcadas en un grupo de restricciones, las que definen las inferencias que legítimamente pueden efectuarse dentro del modelo. En virtud de estas restricciones es que el Dilema del Prisionero es un dilema; ya que la mejor estrategia conjunta no conduce al mejor pago posible. Esto luce como el resultado «irracional» de una selección de estrategias racionalmente efectuada.

Visto así, el Dilema posee la estructura de una toma de decisión individual interactiva, efectuada bajo condiciones de riesgo e incertidumbre, con un decisor que es capaz de ordenar coherentemente sus preferencias, y procura maximizar la propia utilidad esperada mediante su elección. Para analizar el Dilema en

⁷ Para una discusión más amplia acerca de la posibilidad del análisis racional de los juicios valorativos, en el marco de la construcción de políticas públicas, puede verse J. Barragán-85.

este plano, son necesarias y suficientes las herramientas conceptuales lógico-matemáticas.

Pero he aquí que tales estructuras son utilizadas normalmente con el propósito de analizar relaciones que se desenvuelven con una dinámica propia en el terreno de los hechos; bajo estas condiciones en las que se plantea una aplicación del modelo analítico al plano fáctico, las reglas lógico-matemáticas resultan necesarias pero insuficientes para evaluar el modelo. En estos casos es necesario considerar cuidadosamente si las restricciones, los supuestos y las reglas de inferencia se vinculan amigablemente con las ocurrencias de la realidad, y resultan, en consecuencia, buenas herramientas de análisis. El plano lógico aquí debe ser necesariamente completado por el metodológico que toma en consideración no sólo las relaciones formales y sus propiedades, sino también la eficacia de las mismas en su función analítica de un determinado problema.

Ya sea que se siga el camino de construir primero el cuerpo de conceptos, para luego ajustar al mismo las restricciones de la estructura formal (R. D. Luce and H. Raiffa-57), o el procedimiento opuesto de ajustar los cuerpos conceptuales al modelo formal que se desea utilizar, siempre se hace necesario el análisis metodológico de la plausibilidad de las restricciones en el específico terreno de aplicación que se pretende. Consideradas de este modo, puede verse que las condiciones establecidas en el Dilema del Prisionero, intentan dar cuenta de algunos rasgos constantes de las relaciones sociales empíricas (en situación de conflicto de intereses), con la finalidad de ayudar a su mejor interpretación y eventualmente a su predicción.

Desde esta perspectiva metodológica hay una primera condición del modelo que debe ser considerada: es la referida a la calidad de los jugadores. Los mismos se suponen actores racionales, supuesto bastante plausible en situaciones de un juego en el que se disputan ganancias. La idea de racionalidad en este contexto se asocia con la de búsqueda por cada jugador de la máxima utilidad esperada, y se orienta por la llamada matriz de pagos. Para poder caracterizar cuál es la «máxima utilidad», el actor tiene la capacidad de ordenar sus preferencias de modo consistente. Aunque pueda considerarse que esta versión de la racionalidad es demasiado simplificada e ingenua, sin embargo, ofrece una regla limpia de ambigüedades y a la vez refleja satisfactoriamente los rasgos mínimos del comportamiento de un jugador en disputa de un juego, y también del de los actores sociales en disputa de un bien determinado. Estos rasgos mínimos corresponden a una capacidad de los actores para efectuar comparaciones,

y producir decisiones independientes que se orientan hacia el fin de maximizar las propias utilidades. Sin tales rasgos mínimos, bajo ninguna circunstancia se podría hablar de «elección» de una estrategia determinada. Esta condición de los jugadores contribuye a que el Dilema del Prisionero sea un dilema, ya que les permite expresar su racionalidad individual sin restricciones, lo que los lleva a una solución «irracional» en términos de utilidades.

Una segunda condición establecida en el Dilema del Prisionero, cuya plausibilidad es necesario considerar, es la referida a los pagos. Si a la solución de la casilla (D,D) se le llama No-Cooperativa, a la (—D,—D) Cooperativa, a la (D,—D) de Traición, y a la (—D,D) de Explotación para cada jugador, los pagos deben guardar la siguiente relación: $T > C > NC > E$. Esta condición establecida a los pagos también luce muy razonable, ya que refleja el hecho de que normalmente cuando alguien traiciona la confianza de su contrincante recibe la mayor ganancia posible; aún mayor que si coopera con su oponente y logra que éste a su vez coopere. Paralelamente, la peor utilidad posible es la de quien es explotado por su contrincante a través de una traición. Estas circunstancias son precisamente las que golpean la estabilidad de la casilla C; ya que aunque la misma ofrece un pago superior a NC, para converger a ella cada jugador debe vencer no sólo la desconfianza a ser explotado, sino también la propia tentación de traicionar.

Finalmente hay una condición relativa a que no pueden producirse acuerdos forzosos o reforzados entre los jugadores; y para garantizar esto, se establece la incomunicación absoluta de los mismos. Esta condición impuesta en el Dilema del Prisionero pretende dar cuenta segura en primer lugar de la autonomía intelectual de los jugadores para conocer, evaluar y seleccionar la mejor estrategia; y en segundo lugar, de la autonomía de sus voluntades para dirigir efectivamente su acción en este sentido. También este supuesto parece razonable en un mundo en el que no interviene ninguna autoridad superior a los jugadores para inducir alguno de los resultados en el juego⁸.

⁸ Respecto de la incomunicación queda un punto interesante de dilucidar en el planteamiento, ya que el fiscal, además de la influencia que ejerce sobre las conductas a través de la constitución de la matriz de pagos (lo cual en términos intuitivos hace pensar en una autoridad que crea el juego con sus reglas, y luego se niega a otra intervención correctora) también debe ser pensado como un jugador (con sus propias preferencias) que se mueve entre uno y otro prisionero, produciendo una cierta forma de comunicación, y ¿por qué

Acerca de esta condición en el Dilema del Prisionero, Harsanyi sostiene que con sólo mantener la prohibición de los acuerdos forzosos el Dilema persistía, aun cuando se permitiera a los jugadores comunicarse entre sí e incluso lograr acuerdos convencionales, ya que nada (excepto el acuerdo de cumplimiento forzoso) puede garantizar la elección efectiva de la salida C (Harsanyi-76). Desde luego que la permisión de un acuerdo forzoso previo al juego disolvería de manera expresa el carácter no-cooperativo del Dilema, y lo convertiría en un juego no estrictamente competitivo y cooperativo. Pero no se puede negar que la permisión de la comunicación previa al juego entre los jugadores, aun a través de terceros, abriría la posibilidad (aunque no puede, desde luego, dar garantía plena) para la disolución del Dilema. Esta es la razón por la cual todos los teóricos de los juegos han mantenido, junto a la prohibición de los acuerdos de cumplimiento forzoso, la prohibición de comunicación entre los jugadores. Por otra parte, la propia dinámica del juego hace que ni la exhibición de la estrategia que el jugador piensa utilizar, ni la planificación de estrategias conjuntas produzcan beneficios a cada jugador, con lo que la incomunicación tiende a autorreforzarse.

Como puede verse, tanto la condición de racionalidad exigida a los jugadores, como la relación que deben guardar entre sí los pagos de la matriz, y la prohibición de acuerdos de cumplimiento forzoso o de comunicaciones previas al juego entre los jugadores, no contradicen lo que puede considerarse razonable en una relación de conflicto de intereses entre actores sociales coherentes en sus preferencias. Esta plausibilidad del modelo formal del Dilema del Prisionero, además de su coherencia lógica, es sin duda la razón por la cual su análisis y empleo en el terreno de la ciencia política, la ética normativa y la economía es cada vez más frecuente y exitoso.

4.1. Nuevos modelos analíticos

Dentro del marco de los pagos definidos y de las condiciones señaladas, el Dilema del Prisionero es un juego no estrictamente competitivo no cooperativo, y su único punto de equilibrio es la

no? de ruido. Tal como queda planteada la matriz es lícito suponer que el fiscal desea y busca que los prisioneros se delaten mutuamente, de modo que aunque de hecho no figura en el propio escenario del juego, su presencia es inevitable y en la sola presentación de la matriz hay un claro mensaje.

salida (D,D), que representa la intersección de las mejores estrategias posibles de cada jugador. Sin embargo, y de allí el dilema, la salida (—D,—D) ofrece un mejor pago, aunque es carente de estabilidad.

Procurando escapar a ese dilema, diferentes autores han planteado modelos analíticos alternativos a través de la variación de alguna de las condiciones establecidas, aunque sin llegar a transformarlo de manera directa en un juego cooperativo. Es necesario admitir que en cada caso se construye un juego diferente del Dilema original, con otros supuestos, y que intenta siempre constituir a la salida cooperativa (la de máxima ganancia colectiva) en una solución estable. Las alternativas ensayadas pasan, de una manera explícita o implícita, bien por el camino de modificar la definición de la racionalidad de los jugadores, bien por el de modificar la matriz de pagos.

Si se observa la estructura del Dilema del Prisionero puede verse que consta de una Premisa-Conjunción, una Premisa-Disyunción, y una Conclusión; y como todo dilema tiene la característica de aprisionar el razonamiento en una contradicción sin aparente salida.

La Premisa-Conjunción en el Dilema del Prisionero se puede expresar así: *Si el jugador elige la mejor alternativa obtiene como pago irracional, y si no elige la mejor alternativa, actúa irracionalmente.* La Premisa-Disyunción se expresa del siguiente modo: *La elección será de la mejor alternativa o no lo será.* La conclusión reza: *Por lo tanto, la elección o es irracional o produce efectos irracionales.* Como la Premisa-Disyunción hasta el momento ha sido considerada inatacable, porque las dos estrategias señaladas en la misma son mutuamente excluyentes y agotarían las posibilidades de elección, la literatura se ha inclinado por atacar el dilema mediante el recurso llamado de «coger el dilema por los cuernos», que consiste en negar la Premisa-Conjunción, negando alguna de sus partes; lo cual implica en el caso del Dilema del Prisionero, o revisar el concepto de racionalidad, o revisar el sistema de pagos de la matriz.

Los que procuran la negación de la Premisa-Conjunción por vía de la modificación del concepto de racionalidad, trabajan con la idea general de que el principio de maximización de la utilidad esperada puede ser «racionalmente» limitado, para lo cual necesitan apelar a un nuevo concepto de racionalidad; mientras que quienes buscan negar la premisa a partir del cambio del sistema de pagos, procuran armonizar la intersección de las mejores estrategias (punto de equilibrio), con la salida cooperativa, apelando a la modificación de la matriz de ganancias.

Los primeros se apoyan en la creencia de que la definición de racionalidad podría modificarse, si se consideran los niveles de evolución moral de nuestro tiempo, en los que la autolimitación en la búsqueda de una maximización de la utilidad esperada, con frecuencia se considera perfectamente «racional». Los segundos encuentran su base argumental en el hecho de que sólo mediante una intervención similar a la del fiscal cuando establece los pagos, se podría lograr que la casilla (—D,—D) cobrara estabilidad. La posición de estos últimos luce más clara y directa; porque en realidad los primeros, aunque de una manera sutil, también finalmente modifican los pagos; pero como supone una intervención autoritaria externa al juego mismo, muchos temen aceptarla.

Es importante poner de relieve que mientras en la solución que procura modificar el concepto de racionalidad se percibe la prevalencia de elementos propios del uso normativo del modelo, en la que considera que sin modificación de los pagos no habrá cambios en el punto de equilibrio, se evidencia un enfoque básicamente analítico.

Ubicada en el primer tipo de vía de acceso al problema se puede considerar la teoría de los metajuegos (Howard-71) que intenta encontrar un punto de equilibrio cooperativo ampliando el concepto de estrategia hasta incluir en el mismo las posibles respuestas de éste a las elecciones estratégicas condicionales de aquél. Se trata entonces de la estrategia para seleccionar una estrategia, lo que equivale a producir una regla de elección a nivel metaestratégico. Puede decirse que mientras a nivel de juego se hace uso de la estrategia pero con la vista focalizada en la utilidad esperada, en el plano del metajuego la focalización se dirige hacia las estrategias como objeto, con miras a seleccionar una de ellas.

El desplazamiento de plano desde el nivel del juego al del metajuego, pone en clara evidencia los elementos normativos presentes en este enfoque. El jugador se plantea la estrategia no sólo como un medio para maximizar sus utilidades esperadas, sino que le asigna un valor diferente según sea cooperativa o no. Este hecho no debe provocar intranquilidad alguna; pero obligaría a plantear una discusión crítica acerca de la fundamentabilidad racional del valor seleccionado.

Si a nivel metaestratégico se considera que —D equivale a Cooperar, en el caso del Dilema del Prisionero con la matriz de pagos anteriormente planteada, para el jugador A caben las siguientes reglas o metaestrategias:

1. Elección incondicional de C.
2. Elección incondicional de D.
3. Elección de C si el otro elige C, y elección de D si el otro elige D.
4. Elección de C si el otro elige D, y elección de D si el otro elige C.

La matriz de pagos para estas alternativas, tendrá ocho soluciones:

		Meta Estrategia del jugador A			
		1	2	3	4
Estrategia del jugador B	C	8,8	0,10	8,8	0,10
	D	10,0	2,2	2,2	10,0

En esta primera expansión el punto de equilibrio (2,2) es no cooperativo.

⁹ La matriz de pagos correspondiente a dos expansiones es la siguiente:

		RESPUESTA DEL JUGADOR B			
		1	2	3	4
METAESTRATEGIA DEL JUGADOR A	C/C/C/C	(8,8)	(0,10)	(8,8)	(0,10)
	C/C/C/D	(8,8)	(0,10)	(8,8)	(10,0)
	C/C/D/C	(8,8)	(0,10)	(2,2)	(0,10)
	C/D/C/C	(8,8)	(2,2)	(8,8)	(0,10)
	D/C/C/C	(10,8)	(0,10)	(8,8)	(0,10)
	C/C/D/D	(8,8)	(0,10)	(2,2)	(10,0)
	C/D/C/D	(8,8)	(2,2)	(8,8)	(10,0)
	D/C/C/D	(10,0)	(0,10)	(8,8)	(10,0)
	C/D/D/C	(8,8)	(2,2)	(2,2)	(0,10)
	D/C/D/C	(10,0)	(0,10)	(2,2)	(0,10)
	D/D/C/C	(10,0)	(2,2)	(8,8)	(0,10)
	C/D/D/D	(8,8)	(2,2)	(2,2)	(10,0)
	D/C/D/D	(10,0)	(0,10)	(2,2)	(10,0)
	D/D/C/D	(10,0)	(2,2)	(8,8)	(10,0)
	D/D/D/C	(10,0)	(2,2)	(2,2)	(0,10)
	D/D/D/D	(10,0)	(2,2)	(2,2)	(10,0)

Como puede observarse hay tres puntos de equilibrio, dos de los cuales son cooperativos y uno es no cooperativo.

Si el jugador B puede a su vez predecir esta selección condicional de las estrategias efectuada por A, está en condiciones de elaborar sus propias metaestrategias, en un nivel aún superior. Las alternativas en este caso serán 16, y la matriz de pagos tendrá 64 soluciones⁹. Mientras que en la primera expansión Howard consigue 1 sólo punto de equilibrio y es N. C., en la segunda expansión logra 3 puntos de equilibrio, de los cuales 2 corresponden a C. En un juego de 2 personas no son necesarias ulteriores expansiones, ya que no se evidenciarían nuevos puntos de equilibrio, puesto que como regla general para un juego de n personas, n expansiones ponen de manifiesto todos los puntos de equilibrio.

Desde el punto de vista de su lógica interna, este enfoque resulta coherente, y lo es precisamente porque ha desplazado el objetivo desde la maximización de la utilidad esperada hacia la selección de una estrategia, buscando con ello escapar a los efectos del dilema. Se trata estrictamente de un juego acerca de las posibles estrategias a emplear por los prisioneros, y acerca de las ganancias correspondientes a cada intersección de estrategias condicionales. Sin embargo, como el propósito del enfoque no es el de construir un nuevo juego vacío, sino el de determinar bajo qué condiciones de nueva racionalidad se puede superar el carácter no cooperativo del Dilema del Prisionero, el juicio no puede ser solamente interno, sino que tiene que superar también la crítica metodológica.

En este aspecto, la teoría de los metajuegos propone un escenario fuera del juego, en el que la comunicación entre los jugadores no está prohibida, y en consecuencia puede suponerse que hay un intercambio de información que contribuirá a hacer más previsibles las elecciones. De este modo, la selección condicional de estrategias puede apoyarse en predicciones que disminuyen los riesgos de traición. Se puede ir más lejos aún, y suponer que en esa instancia del metajuego se construyen acuerdos tendientes a garantizar las selecciones cooperativas; pero una vez construidos esos acuerdos, se abren dos alternativas: o se los torna obligatorios (o se los refuerza) modificando la matriz de pagos, o se los deja librados al cumplimiento de las partes, con lo que el equilibrio que se exhibe a nivel de metajuego no tiene por qué reflejarse a nivel del juego. Por eso esta teoría de los metajuegos a pesar de que parece estar centrada en el tránsito de una racionalidad utilitarista a una cooperativa, y efectivamente al colocarse en el metaplano está proponiendo otra definición de racionalidad (capaz de mirar el juego desde un nivel superior) si quiere hacerse efectiva en el juego no tiene otra alternativa que

la de reflejar ese cambio en los pagos, o renunciar al mismo¹⁰. Si la matriz de pagos se mantiene sin modificaciones esta nueva racionalidad que no sólo es capaz de ordenar coherentemente sus preferencias individuales, sino también de ordenar valorativamente el tipo de estrategia a emplear, no parece suficiente para resolver los problemas de convergencia estable a la casilla cooperativa sin renunciar a nivel de juego a la maximización de la utilidad esperada.

Entre las soluciones que centran su atención en una transformación del concepto de racionalidad, se encuentra la llamada paradoja de Newcomb¹¹ analizada por primera vez por Robert Nozick. En su versión original se refiere a una decisión individual bajo riesgo, y plantea la siguiente situación: hay dos cajas, B1 y B2. La caja B1 contiene 1.000 dólares, y la caja B2 contiene 1.000.000 de dólares o nada, y el decisor ignora cuál de ambas circunstancias está presente efectivamente en B2, y debe decidir entre:

1. Toma lo que está en ambas cajas.
2. Toma lo que está en B2.

Pero lo que efectivamente haya en B2 depende de un Ser Superior que posee la facultad, suficientemente comprobada, de predecir con altísima probabilidad de acierto la selección que efectuará el decisor. Si el Ser Superior prevé que el decisor tomará sólo B2, en la caja habrá 1.000.000 y si prevé que tomará B1 y B2 no habrá nada.

La matriz de pagos será la siguiente:

		SER SUPERIOR	
		Predice que el decisor tomará sólo B2	Predice que el decisor tomará sólo B1 y B2
Toma B2 DECISOR	Toma B2	1.000.000	0
	Toma B1 y B2	1.001.000	1.000

¹⁰ A este respecto, Howard y Harsanyi han sostenido una aguda y fecunda polémica, cuyos puntos de mayor interés pueden encontrarse en «Communications», *American Political Science Review*, 68.

¹¹ Esta paradoja fue formulada en 1960 por el físico William A. Nescomb y tuvo un brillante desarrollo y análisis de parte del filósofo de Harvard Robert Nozick-69. Más tarde ha recibido mucha atención por parte de matemáticos y

El conflicto en esta paradoja reside en el hecho de que bajo la condición de alta capacidad predictiva que exhibe el Ser, mientras el principio de utilidad esperada indica tomar sólo B2, el principio dominante indica tomar B1 y B2. Tal como ha sido señalado en los análisis de la paradoja efectuados por los matemáticos¹², hay buenas razones para justificar cualquiera de las selecciones: mientras que quien elige sólo B2 piensa que el Ser predice casi con certeza la elección, y que en consecuencia, si elige B2 tiene alta probabilidad de ganar un millón, quien se inclina por tomar B1 y B2, argumenta que de cualquier modo las cantidades ya están colocadas en las cajas y que al tomar ambas, si en B2 hay 1.000 por lo menos ganará eso, y si en B2 hay 1.000.000 su ganancia aumentará a 1.001.000.

El planteamiento de Newcomb (simetrizado para hacerlo aplicable a la teoría de los juegos), representa un enfoque interesante inscrito en el intento de elaborar un nuevo concepto de racionalidad que no sacrifique el principio de maximización de la utilidad, y al mismo tiempo estimule el comportamiento cooperativo. Esta nueva racionalidad posee un buen sistema de información, y a la vez métodos y técnicas apropiadas que le permiten prever con buen nivel de acierto los cursos de acción que tomará el jugador opuesto, y conforme a ello orientar su propio curso de acción.

Aplicado el enfoque (en su versión simetrizada) al Dilema del Prisionero, la nueva racionalidad dota a uno de los jugadores (líder) de la capacidad para tomar la iniciativa de «proponer» al otro jugador (seguidor) una cooperación condicional. Por otra parte, como trabaja con la condición de una fuerte previsibilidad, cada jugador sabe que su estrategia condicional será conocida por el otro con alta probabilidad, sirviéndole esto de incentivo para escoger a su vez la estrategia cooperativa. Esta condición de mutua predicibilidad pretende ofrecer dentro de un marco probabilístico, un nuevo escenario en el cual los jugadores, al par que corren menos riesgos de ser traicionados, desarrollan también una propensión a no defraudar.

Si se analiza la solución propuesta por este enfoque al Dilema del Prisionero, se percibe que efectivamente a nivel de metajuego es posible someter a prueba (con toda la precisión que se

expertos en Teoría de los Juegos. En la actualidad es frecuentemente discutida y utilizada en el terreno de la Ética, especialmente en el tratamiento analítico de temas de construcción de políticas públicas.

¹² Especialmente interesantes son los análisis efectuados por M. Gardner-3, G. Schlesinger-74 e I. Levi-75.

deseo) la previsibilidad de las selecciones de los jugadores. En este sentido es muy claro que el gran desarrollo de las técnicas de seguimiento empírico, y el no menos amplio de los sistemas de información, contribuyen positivamente en esta empresa, fortaleciendo la plausibilidad del supuesto; pero luego de efectuado este paso, el único modo de dotar de equilibrio la solución cooperativa consistirá en hacerla forzosa, o reforzarla a través de la modificación de la matriz de pagos, sometiendo a sanciones las violaciones. El modelo de Newcomb (simetrizado) pretende escapar a esta dificultad estableciendo un líder con capacidad para proponer una cooperación condicional; pero este solo hecho demuestra que la nueva racionalidad, además de ser explícitamente definida como una racionalidad bien informada y buena predictora (lo que es una cuestión de hecho perfectamente aceptable), es también **implícitamente supuesta** como una racionalidad cooperativa; y esto no resulta aceptable como principio, sin efectuar antes una importante discusión crítica. Pareciera que esa nueva racionalidad a pesar de su buena información y su fuerza predictora, carece de la capacidad necesaria para autosostenerse de manera estable, frente a la racionalidad maximizadora de la utilidad esperada.

Hay que destacar que este enfoque posee el mérito indiscutible de haber hecho notar la importancia de la información en la construcción de los patrones psicológicos de decisión, y del poder que la misma exhibe como elemento persuasivo de las conductas. Por otra parte, también se ha preocupado de desarrollar los cálculos necesarios para efectuar las mutuas provisiones de las selecciones; pero se percibe que todos estos hechos no resultan suficientes para garantizar la estabilidad de la solución cooperativa, ya que ha sido necesario apelar a la preexistencia de un valor moral que la garantice. Este enfoque, a su vez, va a influir de manera considerable en muchos de los conceptos básicos que maneja la teoría que se analizará en seguida.

Uno de los intentos más importantes efectuados para atacar la Premisa-Conjunción del dilema mediante la apelación a un nuevo concepto de racionalidad, que no sea maximizante de la utilidad esperada, es el que ha realizado Gauthier en el marco de su propuesta para la construcción de una moral a través del acuerdo (D. Gauthier-86). Esta nueva racionalidad consiste, según Gauthier, en una disposición moral de los jugadores para actuar cooperativamente bajo ciertas y determinadas circunstancias.

La nueva racionalidad propuesta por Gauthier se caracteriza por tres rasgos: primero, es una disposición a utilizar estrategias

conjuntas y no individuales; segundo, esa disposición se encuentra condicionada por una expectativa de beneficio o utilidad, y tercero, persigue una maximización limitada que se apoya en el principio de la concesión relativa mini-max.

Según puede verse, Gauthier coloca al jugador en la posición de decidir entre dos disposiciones: una que representa la racionalidad que puede llamarse clásica en el Dilema del Prisionero, y la nueva racionalidad (la otra disposición) que ya no estaría dirigida a una maximización pura de la utilidad esperada, sino a una maximización limitada de la misma. La selección de esta segunda disposición perseguiría la obtención de resultados muy próximos al óptimo. El decisor portador de esta nueva racionalidad, no sólo puede ordenar coherentemente sus preferencias, sino que también está en condiciones de ordenar jerárquicamente los beneficios derivados de utilizar una estrategia individual o una de conjunto, y puede actuar en consecuencia. Además, su función de utilidad no persigue la maximización pura de las utilidades esperadas, sino que, definido un entorno alrededor de ella, acepta un resultado que se acerque a lo óptimo, definiendo una maximización limitada.

El cambio en la función de utilidad, producida en virtud de la concesión relativa, y del principio de maximización limitada, llevaría al jugador a seleccionar no el resultado que le produce la mayor expectativa de ganancia, sino aquel que le permite utilizar una estrategia conjunta, aunque los beneficios sólo sean próximos al óptimo.

Gauthier coloca al decisor en la situación de seleccionar entre dos disposiciones: una que llama de maximización pura, y la otra de maximización limitada. Para tomar esa decisión el actor necesita previamente determinar el nivel de racionalidad de la maximización limitada. Gauthier desarrolla los argumentos que podrían esgrimirse a ese respecto en uno y otro sentido (Gauthier-86, pág. 170); pero antes establece dos condiciones: 1) La situación concreta en la que se tiene que elegir entre una disposición y la otra, debe ofrecer la posibilidad de la cooperación mutuamente beneficiosa y equitativa. 2) También debe ofrecer la posibilidad de beneficios para el individuo que traiciona.

Con la primera condición, Gauthier quiere dotar de sentido moral a la autolimitación, y con la segunda, eliminar de la consideración los casos en que no es necesaria. Conforme a estas condiciones, el sujeto que va a decidirse entre una disposición y la otra, visualiza las siguientes alternativas de utilidad esperada:

u: Si cada uno actuara conforme a una estrategia individual.

u' : Si todos actuaran conforme a una estrategia cooperativa conjunta.

u'' : Si él actuara conforme a una estrategia individual y los demás conforme a una estrategia cooperativa conjunta.

En virtud de la primera condición establecida $u < u'$ (carácter beneficioso de la cooperación) y $u' < u''$ (carácter beneficioso de la traición). Con esto, Gauthier establece con gran claridad que su interés es disolver el dilema sin modificar expresamente los pagos de la matriz, y para ello utiliza con gran ingenio los recursos de la estadística bayesiana (L. J. Savage-51 y 54). Entrando en los argumentos del decisor, para inclinarse por la maximización pura o por la limitada, tendríamos:

Argumento 1

Supongamos que adopto la maximización pura. Entonces, si espero que los demás fundamenten sus acciones en una estrategia conjunta, abandono mi mejor estrategia individual, y espero una utilidad u'' . Si los otros adoptan estrategias individuales yo hago lo mismo, y espero una utilidad u . Si la probabilidad de que los demás basen sus acciones en una estrategia conjunta es p , mi utilidad esperada global es $[pu'' + (1-p)u]$.

Supongamos que adopto la maximización limitada. Entonces si espero que los demás funden sus acciones en una estrategia conjunta hago lo mismo y espero una utilidad u' . Si espero que los demás actúen con estrategias individuales hago lo mismo y espero una utilidad u . Con lo cual mi utilidad esperada global es $[pu' + (1-p)u]$.

Como $u'' > u$, entonces $[pu'' + (1-p)u] > [pu' + (1-p)u]$, para cualquier valor de p diferente de 0; siendo igual para $p = 0$.

En consecuencia, para maximizar mi expectativa global de utilidad tendría que seleccionar la maximización pura.

Argumento 2

Supongamos que adopto la maximización pura. Debo esperar que los demás utilicen estrategias individuales de maximización pura y hago lo mismo; luego espero una utilidad u .

Supongamos que adopto la maximización limitada. Entonces si los demás fundamentan sus acciones en una estrategia cooperativa conjunta, hago lo mismo y espero una utilidad u' . Pero si los demás no tienen esa disposición, utilizo una estrategia maximizadora,

y espero u . Si la probabilidad que los demás estén dispuestos a una maximización limitada es p , mi expectativa global de utilidad es $[pu' + (1-p)u]$.

Como $u' > u$, $[pu' + (1-p)u] > u$ para cualquier valor de p distinto de 0 e igual para $p = 0$.

Luego para maximizar mi utilidad esperada global debo adoptar la maximización limitada.

Según se observa, ambos argumentos conducen a conclusiones contradictorias y en consecuencia no pueden ambos ser válidos bajo las mismas condiciones. Sin embargo, considerando cuidadosamente el segundo argumento, puede notarse que las condiciones han variado, ya que los maximizadores autolimitados interactúan con quienes tienen su misma disposición de una manera, y de forma muy diferente con los maximizadores puros. De modo que los que exhiben una tendencia pertinaz a la racionalidad maximizadora pura, serán excluidos del trato y de los beneficios de la cooperación.

Como puede verse, a pesar de que el objetivo de Gauthier es el de atacar el dilema mediante la construcción de una nueva racionalidad, a la hora de plantearse el problema de la estabilidad de la solución, necesita apelar a una modificación de la matriz de pagos; pero aun así, al no aceptar tal cambio de una manera expresa sino como un proceso, no hay posibilidades de garantizar la estabilidad, si no se utiliza un recurso punitivo (reforzamiento) contra quienes procuran maximizar la utilidad esperada, es decir, contra quienes persisten en la racionalidad utilitarista. Aunque Gauthier sostiene que cuando el jugador se inclina por la disposición a la estrategia conjunta, induce un cambio en las utilidades e induce a los otros jugadores a efectuar una selección análoga, el crucial problema de las eventuales traiciones/explotaciones subsiste, y es por eso que se ve obligado a apelar al concepto de «translucencia», cualidad que permite descubrir la disposición de los jugadores, a fin de eliminar del juego a los que tienen una propensión pertinaz a la antigua racionalidad. Los jugadores, según Gauthier, no son ni totalmente transparentes ni completamente opacos, sino que son traslucidos, es decir, que sus decisiones tienen un cierto nivel de previsibilidad. Esto, unido a la capacidad de los jugadores para leer esa translucencia permite elaborar estrategias conjuntas que van generando un clima donde se impone la nueva racionalidad.

Sin embargo, a pesar de todos estos supuestos, la salida cooperativa sigue siendo inestable, ya que aun cuando se logre construir un acuerdo de estrategias conjuntas, y aun cuando se logren algunos convenios, es imposible garantizar el cumplimiento

de los mismos sin apelar a un refuerzo externo a los jugadores. En el momento en que la traición produce la expectativa de una gran ganancia, no existiría ninguna garantía de que uno de los jugadores no abandone su propensión a la estrategia conjunta.

En respuesta a esto, y aplicando probabilidades bayesianas, Gauthier llega a establecer que en un mundo con un número suficiente de maximizadores limitados, la solución cooperativa podría llegar a ser estable. Esto en razón de que cuando en el juego uno de los actores selecciona la estrategia cooperativa, no sólo produce un efecto directo sobre el juego, sino que también modifica en un sentido positivo la probabilidad de que el otro jugador seleccione a su vez una estrategia cooperativa. De esta manera, tras sucesivos regateos, la matriz de pagos habrá cambiado (sin intervención de ninguna autoridad externa al juego), al asociarse los pagos brutos a una probabilidad específica. Esto equivale a decir que el comportamiento cooperativo se habrá autorreforzado.

El intento de Gauthier tiene algunos méritos metodológicos indiscutibles: entre ellos se puede destacar en primer lugar, el del tratamiento riguroso aplicado al ámbito de la Ética de la Teoría de los Juegos asociada a la Teoría de la Probabilidad, lo que abre vastas perspectivas analíticas; y en segundo lugar el de la incorporación del concepto de traslucencia, vinculado a la llamada probabilidad subjetiva, que permite pensar razonablemente en un ulterior tratamiento formal. Sin embargo, en la definición analítica de la nueva racionalidad, no ha obtenido el mismo éxito. La racionalidad maximizadora autolimitada no es suficiente para sostenerse y dotar de estabilidad cooperativa al juego: una muestra de ello está claramente señalada en la condición 1—, establecida para que tenga sentido la cooperación, acerca de que la cooperación debe ser beneficiosa y equitativa. Aunque el beneficio es una cuestión que puede expresarse en términos de utilidades, la equidad representa un incentivo exterior al juego mismo, y aparece como imprescindible para el desarrollo de esa propensión a la racionalidad maximizante limitada. Por otra parte, la necesidad de punir a los jugadores que no se adhieren a la nueva racionalidad, pone en evidencia que ambas racionalidades están en pugna y que el único modo de modificar la relación de fuerza entre ellas es dotando a la nueva racionalidad de un poder de previsión y de sanción (semejante al del Ser Superior de Newcomb) que escapa a los límites analíticos del juego. Es evidente que Gauthier cree firmemente en la superioridad ética del nuevo *proviso*, pero esto no es suficiente para convertir en

estable la solución cooperativa del dilema, en un mundo donde el famoso fiscal ha dejado tan complicadas las cosas para los maximizadores limitados.

Los modelos analíticos considerados hasta el momento se caracterizan por intentar la disolución del Dilema del Prisionero a partir de la definición de una nueva racionalidad. El otro grupo considera que tal disolución sólo puede lograrse mediante una modificación expresa en la matriz de pagos, que refuerce la salida cooperativa.

Los autores que sostienen la postura de que sólo un cambio en la matriz de pagos puede dotar de estabilidad a la salida cooperativa, consideran que para que tal resultado se produzca es necesario alterar la relación: $T > C > NC > E$, señalada como una condición por el dilema. Sin embargo, como la modificación de la matriz de pagos aparece como un acto de alguien externo al juego que estaría induciendo u obligando a elegir una salida cooperativa, no todos los autores se deciden a aceptar de una manera clara e irrestricta este enfoque, seguramente en razón del temor a que esa aceptación pueda tener consecuencias normativas indeseables en el terreno de la política práctica. Este es un asunto que preocupa fundamentalmente a los planificadores de políticas públicas en los estados democráticos, que se ven enfrentados a la necesidad de estimular comportamientos cooperativos, sin vulnerar la libertad de elección individual de los actores sociales. Por esta razón, aunque ni la promoción de acuerdos, ni la traslucencia, ni la previsibilidad de los comportamientos han podido por sí mismos evitar que el punto de equilibrio sea analíticamente no cooperativo, no resulta demasiado fácil aceptar de manera directa, que la modificación de la matriz sea la única solución al dilema, y menos aún que tal solución deba venir desde fuera del juego. Este hecho ha determinado que entre los autores que intentan disolver el Dilema del Prisionero mediante una modificación de la matriz de pagos, encontramos algunos que procuran alcanzar su objetivo a través de intrincados rodeos conceptuales que tienden a desdibujar la presencia de quien efectúa la modificación de los pagos; y otros, muy pocos por cierto, que deciden asumir un camino más directo. Consideraremos dos planteamientos (uno de cada clase) que abordan el problema desde el ángulo de la modificación de la matriz.

A la vista de que los acuerdos no bastan para impedir los resultados negativos de una convergencia a NC (Hoerster-75), procura que se modifique de una manera artificial la jerarquía de las ventajas. Para ello comienza presentando un modelo que mantiene la jerarquía de ventajas que estimula la no cooperación

y que en su versión simplificada tiene la siguiente forma¹³:

1. A actúa egoístamente — los demás actúan altruístamente
2. A actúa altruístamente — los demás actúan altruístamente
3. A actúa egoístamente — los demás actúan egoístamente
4. A actúa altruístamente — los demás actúan egoístamente

Las ventajas personales de A disminuyen desde 1 a 4; esto es que la jerarquía de utilidades es la siguiente: $1 > 2 > 3 > 4$. Por lo tanto, actuar egoístamente beneficia a A. Pero como los otros jugadores piensan de igual manera, el equilibrio se presenta en la alternativa 3. El dilema consiste en que la alternativa 2 ofrece mayores ganancias, pero parece inalcanzable sin la presencia de un elemento que la fortalezca. Hoerster considera que un acuerdo para actuar altruístamente entre los jugadores no sería suficiente, ya que siempre un jugador podría violarlo, con lo que demostraría su astucia al beneficiarse con el pago correspondiente a la alternativa 1—. Por eso propone modificar la matriz de pagos, mediante lo que él llama un desplazamiento artificial de la jerarquía de las ventajas. La modificación de los pagos tendría que hacerse en el sentido de que las alternativas 2 y 4, en las que A actúa altruístamente, le sean más favorables que las 1 y 3, en las que actúa egoístamente.

Desde luego esto equivale a reforzar el acuerdo cooperativo, a través de una intervención ajena a los jugadores, situación que como se dijo no todos están dispuestos a asumir. Para tratar de sortear esta dificultad, Hoerster propone un ejemplo que a la postre termina siendo la mejor prueba de la inutilidad de su intento. Se trata de un rico anciano que desea que sus dos hijos se reconcilien tras años de distanciamiento, para lo cual los invita a la celebración de su cumpleaños, y les comunica que después del mismo redactará su testamento. Si ambos vienen a la fiesta la

¹³ Hoerster incorpora a su exposición las palabras egoísta y altruista para calificar las salidas de NC y C, respectivamente, lo cual coloca a su ejemplo una importante carga no sólo valorativa, sino también emocional. Esto se evidencia en la gran dificultad que tiene para aceptar que si se modifica la matriz de pagos (por acuerdo o a través de una autoridad) surge un nuevo punto de equilibrio. Para él lo que surge es una nueva conducta egoísta, ya que aunque se trate de la casilla C, las razones que llevan allí a los jugadores es el propio interés y no el altruismo. Envuelto en el lenguaje valorativo, no descubre que es perfectamente coherente con la tesis utilitarista el hecho de converger a la casilla C por razones de expectativa de mayor ganancia esperada, la que esta vez coincide con la mayor ganancia colectiva. En otras palabras, que la cooperación no tiene por qué ser ejercida en virtud de sentimientos altruistas.

herencia se repartirá por partes iguales. Si no viene ninguno de los dos, cada uno heredará sólo $1/5$ (mientras los otros $3/5$ los heredará el ama de llaves). Si viene sólo uno, el que venga será desheredado, y el que no vino heredará $3/5$ (los $2/5$ restantes irán al ama de llaves); la relación que guardan los pagos puede expresarse en la siguiente matriz de ganancias, en la que las cifras corresponden a la parte de la herencia que les corresponderá a cada uno según la estrategia (concurrir o no concurrir) que elijan.

		B	
		C	-C
A	C	$1/2, 1/2$	$0, 3/5$
	-C	$3/5, 0$	$1, 1/5$

Hoerster, deseando que el reforzamiento externo de la salida cooperativa no sea demasiado evidente, ha mantenido la relación entre las ganancias, ya que $3/5 > 1/2 > 1/5 > 0$; en una palabra, sigue pagando mejor el comportamiento egoísta que el altruista, y el punto de equilibrio del juego es el no cooperativo. Lo cual autoriza a pensar que si ambos son actores racionales, que quieren maximizar su utilidad esperada, ninguno de los dos concurrirá a la reunión.

Es entonces cuando Hoerster empieza a debatirse en una complicada red de suposiciones que lo llevan a pensar que los hijos se pondrán en contacto. Asimismo, también supone que de ese solo contacto surgirá **necesariamente** un acuerdo razonable acerca de la estrategia conjunta que más le conviene para garantizarse la mitad de la herencia cada uno; ya que ambos reconocerán que si los dos concurren a la reunión, las ventajas serán mayores que si no concurren. Sin embargo, cuando todo parece definitivamente bien encaminado (si se aceptan las pocas plausibles suposiciones), Hoerster señala: «Y en verdad, para evitar que el otro pueda romper la promesa y no asistir, acordarán hacer la vida *juntos*.» (*op. cit.*, pág. 136). Con una enorme elocuencia queda expresada la dificultad que se viene señalando, ya que «acordar hacer la visita juntos» significa establecer un reforzamiento de las conductas, a todas luces externo al juego. Por una parte el acuerdo de asistir (que ya es externo) no parece ser suficiente, sino que también hay que dotar a ese acuerdo de un extraordinario poder coactivo exterior al juego: «hacer la visita

juntos», que procura eliminar la posibilidad de una traición/explotación, y que impone un nuevo escenario al juego.

Por la otra parte, aunque Hoerster sostiene que las conductas altruistas de los hijos «están impuestas por el propio interés... sin que se necesite establecer un poder coactivo por encima de los dos...» (pág. 136), en realidad la maximización de su propio interés los llevaría a promover que el otro concurriera a la reunión, y al último momento dejar de concurrir, con lo que su ganancia sería la máxima de $3/5$. Precisamente para evitar esa «traición» es necesario establecer una coacción que no se refleja en la matriz de pagos (que incluso va más allá del acuerdo) y que prácticamente representa una imposición física de la obligación de concurrir.

El análisis de Hoerster tiene el mérito de poner de relieve la necesidad de modificar la jerarquía de las ventajas, estableciendo una relación que haga más fáciles las cosas para quienes desean actuar cooperativamente. Sin embargo, probablemente en virtud de un manejo analítico rudimentario del modelo básico, ha entrado en numerosas contradicciones. Por otra parte, la confusión demasiado acentuada entre el uso analítico y el normativo, representa un factor que ha contribuido mucho al fracaso del intento por resolver un problema, que bueno es señalarlo, no es sencillo, y representa el máximo desafío para los estudiosos de los juegos.

Entre los autores que sostienen que sólo una modificación directa de la matriz de pagos puede hacer que el dilema se convierta en un juego en equilibrio cooperativo, analizaremos el compacto punto de vista de J. Harsanyi-76 y 78, quien parte de dos aceptaciones meridianas: primera, la solución de un juego no cooperativo debe ser un punto de equilibrio; y segunda, en el Dilema del Prisionero el punto de equilibrio es no-cooperativo. Estas dos aceptaciones ahorran mucho esfuerzo intelectual, no pocas complicaciones, y evitan grandes confusiones de esferas. De estos puntos de partida es posible deducir que para disolver el dilema es necesario modificar la matriz de pagos, ya sea a través de la punición legal de la violación de los acuerdos, o a través de una minusvaloración (firmemente aceptada tanto moral como socialmente) de tales conductas. El ejemplo considerado que tiene la estructura del Dilema del Prisionero enfrenta a dos jugadores: 1 y 2, según las estrategias y pagos de la siguiente matriz:

		Jugador 1	
		B1	B2
Jugador 2	A1	2,2	0,3
	A2	3,0	1,1

En este juego el par de estrategias (A2, B2) es el punto de equilibrio, ya que representa la mejor respuesta condicional de cada jugador; es, asimismo, el único punto de equilibrio. El dilema se deriva de que utilizando esas estrategias los jugadores obtendrían una ganancia de (1,1), que es claramente inferior a la que obtendrían empleando las estrategias (A1, B1). La solución planteada es bien aceptada por los teóricos de los juegos; pero como se ha visto, no se la considera deseable desde el punto de vista ético, ya que pareciera negar la posibilidad de la cooperación sin coacción.

Considerando el problema, Harsanyi se plantea la posibilidad de un mundo en el que los jugadores sean personas extremadamente decentes, a los cuales actuar no-cooperativamente (utilizar las estrategias A2 o B2 cuando los otros usan las estrategias cooperativas A1 o B1) les produce un desagrado tal que llega a modificar su función de utilidades. Vistas las cosas en el contexto de este mundo, se produce un cambio en la matriz del juego. Por ejemplo, si ambos jugadores le asignan un valor -2 (desagrado) a las estrategias no cooperativas, automáticamente se produce una variación en las intersecciones (A1, B2) y (A2, B1), ya que a la utilidad esperada de 3 unidades, habrá que sumarle el valor -2 del desagrado, con lo que se tendría $3-2 = 1$, y la matriz quedaría establecida con los siguientes valores¹⁴:

¹⁴ A este respecto, se podría analizar en el campo internacional lo sucedido con las Comunidades Europeas, que han acordado renunciar a una parte de su soberanía nacional de manera irreversible, a favor del surgimiento de la llamada Comunidad Europea. Esto ha producido un acatamiento generalizado de determinadas creencias morales que han modificado las expectativas de utilidad de cada comunidad; por esta razón, aunque un determinado curso de acción conduzca a mayores ganancias, puede no ser elegido porque no produce las mayores utilidades.

		Jugador 1	
		B1	B2
Jugador 2	A1	2,2	0,1
	A2	1,0	1,1

Como puede verse en el juego, que no es más un dilema, se observan dos puntos de equilibrio, de los cuales el (2, 2) es superior al (1, 1); y los jugadores no dudarían razonablemente en converger al mismo. Desde un punto de vista de la búsqueda de la mayor utilidad, este punto no necesita de ningún reforzamiento externo, ya que en la propia matriz ha quedado expresado tal reforzamiento, en la medida que la ganancia atribuida a la traición se ve disminuida por razones de un comportamiento moral generalizado. La plausibilidad de un mundo tal no preocupa a Harsanyi; él se limita a demostrar que bajo esas condiciones (de minusvaloración generalizada de los comportamientos no-cooperativos) el dilema quedaría disuelto al quedar modificada la matriz de pagos.

Pero si la condición señalada no se cumple, la otra vía para disolver el dilema consistiría en modificar la matriz de pagos a través de un cambio originado fuera del juego, que tienda a estimular las estrategias cooperativas, y desestimular las no cooperativas. Esta solución equivaldría a una nueva distribución de ganancias que sustituiría a la hecha inicialmente por el fiscal. Es importante señalar que tanto la solución del mundo hipotético como la del cambio efectuado por una autoridad, son externos al juego y suponen opciones valorativas.

Evaluando la importancia metodológica de las soluciones analíticas al Dilema del Prisionero que fueron consideradas, se observa que aquellas que abordan el problema a través de un cambio en el concepto de racionalidad tropiezan, en primer lugar, con la dificultad insalvable de la falta de plausibilidad de la nueva definición en el estadio actual de evolución moral del hombre. En efecto, para atacar esa parte de la premisa, sería necesario suponer un hombre que privilegia el logro de un acuerdo a la maximización de sus propias ganancias, lo que resulta difícil de aceptar como condición. Pero además, aunque de un complejo análisis resultara que en efecto nuestros actores tienen un grado tal de evolución ética que les permite asignar un valor especial al comportamiento cooperativo por sí mismo, este

solo hecho conduciría a la modificación de la matriz de ganancias, generando un nuevo punto de equilibrio. Sin embargo, esta vía de acceso al problema ha producido un importante rédito analítico: es el de la incorporación de la teoría de la probabilidad para el cálculo de previsibilidad de un comportamiento, lo que a su vez puso de manifiesto la importancia de la información en los procesos estratégicos.

En la otra vía de acceso, es decir, la de quienes sostienen que el dilema sólo puede resolverse mediante una modificación de la matriz de pagos, el panorama se presenta más simple, ya que el tipo de planteamiento facilita un uso estrictamente analítico del modelo. En este grupo la solución de Harsanyi, siendo la más directa y limpia, es también metodológicamente la más fecunda; ya que las condiciones que la misma establece a la vez que resultan plausibles, no entran en ningún momento en contradicción con las consecuencias que generan. La primera alternativa de solución se plantea en un mundo en el que el respeto por los acuerdos, la búsqueda de soluciones conjuntas y la limitación racional, son valores generalizados; y si esa condición se presenta, cada vez que un jugador se enfrente a otro en un esquema de juego como el del Dilema del Prisionero, él mismo modificará la matriz de pagos disminuyendo la utilidad asignada a una eventual traición. Pero si ese mundo no se da, o bien hay que admitir que el Dilema del Prisionero no tiene solución y que en consecuencia (aceptable o no moralmente) el equilibrio es no-cooperativo cuando quiere respetarse el principio de maximización individual, o bien hay que aceptar que del mismo modo que desde fuera del juego se establecieron las reglas iniciales que tornan tan difícil la cooperación, es también posible modificarlas. La mayor contribución que este enfoque del dilema ofrece, es la de permitir una caracterización analítica clara de las condiciones bajo las cuales se puede hablar de cooperación, y aquellas bajo las cuales es imposible alcanzarla.

5. El Dilema del Prisionero como modelo normativo

Según fue anteriormente señalado, la diferenciación entre el uso analítico y el normativo en el Dilema del Prisionero obedece a una importante razón metodológica: las herramientas que resultan fecundas en una esfera, son inaplicables a la otra; y en consecuencia, la confusión de ambos planos sólo puede contribuir a un oscurecimiento de los objetos que en cada momento se abordan.

Así como el uso llamado analítico se dirige a describir una red de relaciones formales, con miras a elaborar categorías explicativas, y de ese modo predecir el futuro comportamiento de tales relaciones; el uso normativo procura inducir conductas consideradas socialmente deseables porque son valoradas como éticamente superiores. Este considerar el Dilema del Prisionero desde un punto de vista normativo, nos coloca automática y expresamente en el terreno de los valores; ya que cuando se habla de la conveniencia o no de preferir una salida a otra, se está privilegiando (por alguna determinada razón), una conducta sobre la otra, y ese *por alguna razón* expresa la presencia de un valor al que se adhiere.

En el caso del Dilema en su uso normativo, cuando se destaca la superioridad de la salida cooperativa porque hace máxima la ganancia conjunta, hay una adhesión a una racionalidad de segundo orden, es decir, una racionalidad que no es maximizadora de las ganancias esperadas para cada jugador, sino que busca la maximización de las ganancias sociales, aunque eso signifique sacrificar la expectativa de una mejor ganancia individual. Esta adhesión implica necesariamente un juicio de valor que debe ser analizado y justificado con herramientas conceptuales específicas.

Aunque en muchas ocasiones los juicios de valor referidos a un problema social, ético o político suelen aparecer como grupos confusos de opiniones y preferencias, si se los considera analíticamente se descubre con frecuencia que constituyen un orden de los llamados blandos, que a pesar de su falta de rigidez preservan auténticos sistemas jerárquicos de prescripciones; este hecho permite suponer legítimamente que toda vez que nos encontramos frente a una conclusión prescriptiva es que la misma se deriva de alguna premisa, también prescriptiva, que da lugar a esa conclusión. Este principio de coherencia en las derivaciones valorativas es la condición racional mínima que puede exigirse a un modelo en su uso normativo. Admitido este principio, queda automáticamente abierta la necesidad de discutir racionalmente no sólo los métodos de derivación utilizados, sino también las propias premisas, antes de aceptarlas como base de la conclusión. Tal discusión de las premisas no tiene la forma de un ejercicio vacío; ya que en el terreno normativo, que produce consecuencias prácticas tan importantes, analizar la validez de lo que se encuentra en la base de un argumento valorativo, es una obligación inevitable de racionalidad.

Por lo señalado, cuando se hace un uso normativo del Dilema del Prisionero, es necesario someter a discusión racional

(desde luego que con las herramientas metodológicas propias de la esfera) algunos aspectos sustantivos de lo que se ha llamado cooperación, formulando preguntas que contribuyan a la crítica de las premisas prescriptivas que se encuentran en la base de justificación de tal preferencia por la salida cooperativa. Desde luego que la enorme fuerza emocional que posee la palabra cooperación, y su aparentemente inequívoco sentido, no constituyen argumentos suficientes para evitar una discusión de este tipo.

Visto el Dilema del Prisionero en su uso normativo, se percibe que a través del mismo se procuran inducir conductas cooperativas, en razón de considerarlas socialmente deseables. Este juicio obedece al hecho de que dentro del marco establecido por el modelo, la estrategia conjunta de cooperación hace máximas las utilidades colectivas. En el modelo, las estrategias individuales quedan siempre encerradas en la contradicción que se produce cuando el jugador, en su deseo de maximizar la función individual de utilidad, obtiene una ganancia menor que la de la casilla cooperativa. Sin embargo, tratándose de una toma de decisión interactiva, el hecho de que uno de los jugadores decida cooperar, no garantiza por sí solo un resultado cooperativo, ya que si el otro jugador no coopera, se producirá el muy indeseable resultado de la traición-explotación. Por esta razón, desde el punto de vista práctico, aunque sea conveniente cooperar, los jugadores se inclinan a favor de la no cooperación como modo de protegerse de eventuales explotaciones. Ante esta tendencia a seguir una estrategia individual, los autores que hacen uso normativo del modelo han procurado exhibir argumentos que prueben la superioridad de las estrategias conjuntas, e incluso las ventajas que se derivan de utilizar la cooperación como regla de vida.

Como se demostró anteriormente, las restricciones establecidas al Dilema del Prisionero resultan muy plausibles en un escenario de conflicto de intereses. Esa plausibilidad ha hecho que el Dilema del Prisionero logre un amplio desarrollo como modelo analítico en muy diversas esferas. El mismo, bueno es recordarlo, se encuadra claramente entre los juegos no-estrictamente-competitivos-no-cooperativos. Sin embargo, como el uso normativo se dirige a prescribir con carácter general determinadas normas de conducta, no parece ni razonable ni práctico que el cumplimiento de esas normas implique correr sistemáticamente el riesgo de graves pérdidas, ya que esta circunstancia golpearía la eficacia y estabilidad de la prescripción. Por esta razón, quienes han utilizado el dilema en su uso normativo, se han enfrentado a la necesidad de intentar correcciones que pudieran favorecer

la estabilidad de la solución cooperativa. Este deseo de asignar a un modelo analíticamente no-cooperativo un uso normativo cooperativo es el que ha movido a ciertos autores a modificar levemente algunas de las condiciones establecidas. Tal relajamiento de condiciones tiene por finalidad no sólo justificar ese uso normativo, sino también tornarlo eficaz y razonable; en consecuencia, para que tales propósitos se cumplan es imprescindible someter las nuevas condiciones a una prudente revisión crítica.

La primera restricción que ha sido relajada es la de incomunicación entre los jugadores. Como el dilema es no-cooperativo en virtud de que están prohibidos los acuerdos pre-juego, el relajamiento procura establecer una forma de comunicación dentro del juego mismo, que minimice los riesgos que corre un jugador que desea cooperar. De esta manera se busca que la conducta cooperativa sea racionalmente aconsejable.

En general, hay acuerdo en que si el Dilema se juega en una única oportunidad, la barrera de la incomunicación no puede romperse, y los riesgos de la estrategia cooperativa son tan altos que no resulta aconsejable correrlos. En este caso el discurso normativo podrá apoyarse en ideales de sacrificio a favor de los demás, o en principios altruistas, pero no resistirá el juicio de las restricciones impuestas por la teoría de la utilidad. Sin embargo, se ha comprobado que por regla general en el mundo de las relaciones sociales o políticas, tales juegos no se juegan por una única vez, sino que tienden a repetirse a lo largo del tiempo entre los mismos actores. Esas repeticiones tienen la característica de producir una cierta forma de comunicación entre los jugadores, los cuales van exhibiendo insensiblemente sus patrones de decisión a lo largo de las sucesivas repeticiones del juego. Si se considera que analíticamente la prohibición de los acuerdos previos al juego es el elemento determinante del carácter no cooperativo del mismo, resulta lícito suponer que relajando la incomunicación entre los jugadores, será posible hacer menos riesgosa la estrategia cooperativa, y en consecuencia darle al uso normativo del modelo una base coherente con los principios inicialmente aceptados. No se trataría de una comunicación previa el juego, sino de una comunicación mediante el juego. Desde el trabajo del M. M. Flood-52, hasta el de R. Axelrod-84, en muchas ocasiones se ha procurado demostrar operacionalmente que es posible hacer coincidir las estrategias cooperativas con los resultados maximizadores, si el dilema es jugado un gran número de veces entre los mismos actores.

Axelrod considera que en tales casos el hecho de que los jugadores

deban encontrarse reiteradamente, permite que la cooperación vaya desarrollándose entre ellos. Efectuando una serie de simulaciones en las cuales se enfrentan diferentes estrategias, determina que la llamada estrategia TIT FOR TAT (comenzar cooperando y luego hacer que lo haga el oponente en la jugada anterior) tiene condiciones de estrategia ganadora, es decir, que quien la aplique acumulará una ganancia mayor que el contrincante. Para que el TIT FOR TAT sea la estrategia más conveniente (sin importar qué estrategia use el contrincante), se establecen dos condiciones: una es que el número de repeticiones del juego sea suficientemente grande; y la otra es que a las ganancias actuales se les asigne un mayor peso que a las futuras.

Para garantizar la primera condición se establece que los jugadores no pueden retirarse del juego, ni naturalmente, retirar sus ganancias: el número de veces que se repite el juego es independiente de la voluntad de los jugadores, como también lo es el momento preciso en que el juego concluye. Y para garantizar la segunda condición, se establece el llamado parámetro de descuento, que asigna un peso decreciente a las ganancias a lo largo del tiempo. Bajo esas dos condiciones los jugadores que apliquen TIT FOR TAT, estrategia inicialmente cooperativa, serán también los más favorecidos. Pero aún más que esto, su comportamiento amigable influirá sobre los otros jugadores, contribuyendo a un desarrollo de la cooperación como valor social.

Aparentemente, bajo estas restricciones, la prescripción de las conductas cooperativas (socialmente deseables), resultaría coherente con los principios básicos del modelo. Pero sucede que se han incorporado dos condiciones cuya plausibilidad no ha sido discutida. Respecto de la segunda, no podrían formularse objeciones importantes, ya que parece razonable que una ganancia obtenida actualmente tenga mayor utilidad que una ganancia futura. Pero respecto de la primera condición, es decir, que el juego deba repetirse un gran número de veces (generaciones) para que la acumulación de las ganancias favorezca al jugador cooperativo; y que por otra parte, los jugadores tengan que estar aprisionados en el juego por un tiempo cuya duración desconocen, no parecen condiciones muy fácilmente admisibles. Para que la cooperación se desarrolle en este escenario, los jugadores deben tener dos creencias básicas: una, en el largo plazo, y la otra en que las reglas del juego permanecerán constantes. En realidad, tanto la una como la otra, no parecen resistir un análisis histórico ni político. En consecuencia, nuestros actores podrán voluntariamente, y bajo su propio riesgo, cooperar si así lo

desean; pero la consecuencia que prescribe una conducta cooperativa se deriva en este caso a partir de premisas de muy dudosa plausibilidad. Para considerar la cooperación como un valor racionalmente sostenible, bajo las condiciones planteadas, habría que garantizar que tales condiciones, el valor del parámetro y las propias reglas del juego se mantendrán constantes en el largo plazo establecido; obviamente esto supone una importante intervención de una autoridad ajena al juego. Por otra parte, la prohibición de abandonar el juego excepto cuando el mismo finalice impone una obligatoriedad a todas luces inadmisibles como marco valorativo.

La otra restricción que ha sido relajada, con el fin de lograr que el Dilema del Prisionero pueda servir como modelo para inducir razonablemente conductas cooperativas, es la relativa a la maximización de la utilidad esperada. Cuando Gauthier opone el principio de maximización limitada al de maximización pura, efectúa simultáneamente la incorporación de dos condiciones relativas a las situaciones en que puede razonablemente desarrollarse la primera: una es que debe existir la posibilidad de una cooperación mutuamente beneficiosa y equitativa (*fair*), y la otra es que debe existir la posibilidad de que quien cometa una traición obtenga ventajas de la misma. Según Gauthier, si no se da la primera condición, la cooperación no tiene sentido, y si no se da la segunda, no es en absoluto necesaria.

Varias son las condiciones que en este planteamiento han sido modificadas desde el dilema original, y que en consecuencia merecen un análisis de plausibilidad. En primer lugar, el concepto de preferencia y su derivado, el de utilidad, como preferencias coherentemente ordenadas, son ampliados. Ya no tenemos solamente a un actor capaz de ordenar coherentemente sus preferencias en el marco del juego mismo, sino a alguien capaz de ordenar preferencias acerca de dos disposiciones valorativas. Una decisión que seleccione una de estas dos disposiciones implica evaluar previamente las premisas prescriptivas que se encuentran en la base de cada una de ellas. Cabría, en primer lugar, preguntarse, **¿con quién se coopera?** En el juego del Dilema del Prisionero parece estar muy claro que cooperar significa no delatar al otro prisionero; y esta claridad se deriva del supuesto (no suficientemente expresado), de que ambos prisioneros constituyen una cierta forma de sociedad, con comunidad de intereses frente al fiscal que es su común enemigo. Es evidente que sólo para quienes se sientan asociados puede tener importancia la maximización de las ganancias comunes, aun a costa de riesgos y pérdidas personales. Pero sucede que en la jerga policial, y

aun en la judicial, suele decirse que un prisionero **coopera** con la justicia cuando delata al otro, ya que proporciona a los órganos judiciales elementos necesarios para hacerla efectiva; y no es infrecuente que la sociología y la psicología de la delincuencia consideren una acción de este tipo (delación), como la manifestación de una potencial capacidad de adaptación del delincuente a las reglas sociales, o como una actitud positiva hacia las mismas.

Planteado en términos de seleccionar una disposición es bastante razonable que el prisionero se pregunte con quién le conviene o desea cooperar... si con el fiscal o con el otro prisionero..., actitud que nos permite percibir que ese **con quién** no es inequívoco. No podría, desde luego, alegarse que se coopera cuando se colocan los intereses sociales por encima de los intereses individuales; ya que, tanto cuando el prisionero delata, como cuando no delata, persigue una maximización de sus propias ganancias en relación con sus riesgos. Está claro que la determinación de quién es el verdadero oponente en un juego, y quién es el socio, es en sí mismo un problema de aprendizaje, y simultáneamente un problema de información que se escenifica fuera del ámbito mismo del juego, y que justifica un análisis de las premisas normativas correspondientes.

El otro concepto que ha sufrido modificaciones es el de función de utilidad, ya que no se trata sólo de maximizar la utilidad esperada bajo las condiciones del juego, sino de maximizarla bajo la condición del empleo de una estrategia conjunta. Para evaluar este nuevo escenario, que naturalmente rebasa al juego mismo, cabría preguntarse, **¿para qué se coopera?** Se supone que cada uno de los prisioneros quiere hacer máximas sus ganancias esperadas dentro de un marco que le ha sido previamente fijado, y cuyas reglas no ha contribuido a crear. Sabe, sin embargo, que esas reglas no le ofrecen garantía alguna acerca del tránsito por el terreno minado que representan las casillas (0,10) y (10,0), y que en consecuencia los riesgos que ese tránsito implica debe asumirlos sin ayuda alguna. Es lícito suponer que una recompensa tan grande como la ofrecida por el fiscal ha de tener una muy poderosa razón, la que naturalmente no está expresada en la limitada información que los prisioneros poseen. Esta poderosa razón es que el fiscal también es parte del juego, y ha fijado unas reglas que tienden a desalentar la cooperación entre los prisioneros, a saber: limitación de la información, aislamiento recíproco, y un sistema de ganancias que estimula fuertemente la traición recíproca, colocando de ese modo en manos del fiscal la más poderosa herramienta para la acusación. En este marco, el cooperar

(en este caso no delatar al otro prisionero) no es algo moralmente aconsejable, ni tampoco desaconsejable, ya que faltan los elementos imprescindibles para elaborar un juicio moral. Parece razonable que la discusión del marco del juego, del sistema de ganancias, y de las reglas de actuación constituyen una condición básica para saber hacia dónde conduce la selección de una determinada acción. Un prisionero que decide delatar, puede hacerlo porque los fines del fiscal le parecen plausibles, y dirige su cooperación hacia ese destino. En este aspecto parece difícil hablar de cooperación en un sentido normativo en un escenario que no exprese un marco de acuerdo acerca del valor moral de las ganancias asignadas, y de las reglas establecidas. Esta es la razón por la que Gauthier habla de una situación en la que la cooperación sea **beneficiosa y equitativa**, como una garantía de que la cooperación tenga sentido; pero esta afirmación rebasa claramente los límites del juego, y del modelo, y requeriría de una fundamentación no sólo muy amplia, sino también poliargumental.

Según puede verse, ni el relajamiento de las condiciones existentes, ni la incorporación de algunas nuevas permiten razonablemente utilizar el Dilema del Prisionero como demostración de la superioridad (ni en términos de utilidad, ni en términos éticos) de los comportamientos cooperativos. Al interior del juego esta empresa luce como inalcanzable. En todos los casos, el elemento valorativo que puede minimizar los riesgos de la cooperación se origina, y encuentra su justificación, fuera del marco del juego. A la vista de estas circunstancias, la norma de conducta tanto en Axelrod como en Gauthier no prescribe una cooperación incondicional, sino una cooperación condicionada a la actuación del contrincante. Cooperar con los cooperativos, y no hacerlo con los no cooperativos parece ser la regla a la que puede razonablemente apelarse si el juego se repite entre los mismos actores.

La consideración analítica del dilema nos mostró claramente que con los valores que la matriz de ganancias tiene asignados, y las reglas establecidas, el punto de equilibrio es no cooperativo. Esto significa que dentro de ese marco el par no-cooperativo es el más razonable. Esta afirmación produce en el plano normativo una sensación de desaliento; pero sólo aceptándola se avanza en el camino. Hay que admitir que sólo a través de un cambio producido en aquel marco original se puede llegar a una solución cooperativa en equilibrio. El problema entonces consistiría por una parte en saber a cargo de quién debería estar la constitución del nuevo marco que valore la cooperación; y por la

otra, cuáles son las condiciones más apropiadas para alcanzar esa solución.

Acerca de quién puede hacerse cargo de los cambios, un camino sería el de que una entidad superior (por ejemplo un árbitro, o el Estado), interviniera de manera tal que con un sistema apropiado de distribución de las ganancias estimulara, en lugar de desalentar, la salida cooperativa. Esta misma entidad podrá modificar las reglas mejorando la comunicación entre los jugadores, propiciando acuerdos y penalizando las traiciones. Esta solución evidencia claramente dos deficiencias fundamentales: una es que cuanto más en equilibrio se encuentre la salida cooperativa por esta vía, más se alejará la solución del carácter básicamente interactivo del juego. Los *jugadores* dejarán de serlo, ya que sus cursos de acción tendrán un trazado lógicamente inevitable, y en consecuencia sus *selecciones* no serán tampoco tales. Esta deficiencia podría caracterizarse como de incoherencia con los principios del modelo básico. La segunda deficiencia, estrechamente relacionada con la primera, se vincula al carácter potencialmente absolutista que se atribuiría a una sola entidad, la que a pesar de que las reglas fijadas y los pagos otorgados fuesen inobjetables, siempre adolecería de una peligrosa falta de control, situación ésta racionalmente indeseable. Esta deficiencia contradice la base ética de racionalidad del modelo.

La otra solución sería la de que los propios jugadores realizaran un prejuego para establecer, tanto las reglas mismas como los pagos más convenientes que regirán en el escenario del juego. A simple vista, esta solución luce extraordinariamente atractiva: *los jugadores jugando un juego para establecer los pagos y reglas del nuevo juego...* Sin embargo, no estamos frente a una solución improblemática. A primera vista parecería razonable que la estructura de este prejuego fuera la de **suma cero**, ya que si no, se retornaría infinitamente sobre el dilema; pero el hecho de que en la propia definición de un modelo normativo de cooperación se instale un juego suma cero, luce extraordinariamente intranquilizante, y por otra parte, no se exhibe como muy plausible. Sin embargo, si se piensa en este prejuego como regateo acerca de la distribución más apropiada y de las reglas más estimulantes de la conducta cooperativa, es factible el logro de una solución en equilibrio que además satisfaga condiciones plausibles. En un uso normativo, tal solución cooperativa se constituiría en una desiderata a alcanzar a través de sucesivos intercambios. Mediante este procedimiento no se construiría una **norma** en sentido estricto, respaldada por su correspondiente sanción, sino más bien una regla de juego. Es cierto que por esta vía queda sin

resolver la situación de la falta de coercitividad de tales reglas, y en consecuencia el carácter relativamente voluntario de su acatamiento; pero quizás convenga señalar que eso es lo que hace que un juego sea un juego y no un campo de trabajos forzados. Tal vez haya que aceptar que la solución acerca de quién debe cambiar los pagos y las reglas que rigen el juego, tenga inevitablemente que debatirse entre el peligro del autoritarismo, y los riesgos derivados de la falta de coercitividad.

Ahora bien, ya se trate de una decisión tomada por una autoridad superior, o de una regla construida a través del proceso de regateo, el contenido de las restricciones que se aceptan inicialmente establecen límites a los resultados posibles, y también en cierta forma, los determinan. De allí la importancia que reviste el análisis de las mismas. Entre las condiciones generales acerca de las cuales conviene discutir en virtud de su decisiva influencia sobre el resultado del juego, se encuentra la relativa a los niveles de comunicación entre los jugadores, y especialmente a las formas de acceso a la información al momento de trazar sus estrategias; es evidente que un acceso diferencial a la información puede golpear la equidad del escenario, y distorsionar un comportamiento cooperativo. También es necesario detenerse a considerar críticamente la regla que determina quién es el que juega primero, cuál es la duración del juego, y el carácter único o iterado del mismo. Finalmente, las posibilidades de los jugadores de salir o no del juego, y de sacar o no las ganancias del escenario común, constituyen otro centro de interés para el análisis racional. En cuanto a la selección del mejor punto de equilibrio, ya que éste no es único, las restricciones formales que se establezcan, no son en lo absoluto asépticas; ya que bajo determinadas condiciones conducen a resultados que exhiben entre sí importantes diferencias ético-políticas. Los debates acerca del cuarto axioma de Nash para determinar el punto de equilibrio, son una prueba de que una discusión de este tipo es imprescindible cuando se pretende inducir una determinada conducta porque se la considera socialmente deseable¹⁵.

¹⁵ Las soluciones de Nash y Harsanyi, por una parte, y la de Kalai, Smorodinski y Gauthier por la otra, intentan, mediante la selección de axiomas alternativos, una modificación de las reglas para determinar el punto de equilibrio en un proceso de regateo o en un arbitraje. Bajo determinadas circunstancias, unas reglas parecen ser más apropiadas que las otras, lo que implica que la selección de una de ellas conlleva una opción de valor. Por este motivo, aunque bajo cada grupo de axiomas la solución es única, al momento de decidir el empleo de alguna, es necesario evaluar la plausibilidad del sistema de axiomas en el escenario al cual va a ser aplicado.

Como se ha podido observar, cuando se toma en cuenta el uso normativo del dilema, el foco de la discusión se sitúa en los principios mismos del juego, que son considerados como las premisas prescriptivas del juicio de valor: «es deseable que se actúe cooperativamente». Este escenario, así como las herramientas utilizadas, que son las propias de la Filosofía Analítica, configuran una instancia particular de justificación, que se diferencia marcadamente de la correspondiente al uso analítico. Si se quisiera sintetizar esta cuestión, se podría decir respecto del Dilema, que un punto de equilibrio perfecto, considerado en términos analíticos, no corresponde necesariamente al punto más aconsejable en términos normativos. La regla de conducta que se deriva en un enfoque normativo del Dilema del Prisionero deberá estar en equilibrio, o en cuasi-equilibrio; pero además, deberá ser una consecuencia coherentemente obtenida a partir de principios prescriptivos plausibles y suficientemente evaluados en un estado de cosas determinado.

6. El lenguaje de la cooperación

El análisis efectuado en las anteriores secciones nos permite abordar el tema de la cooperación desde una perspectiva más estricta y potencialmente más fecunda. La caracterización de los usos analítico y normativo del Dilema del Prisionero, y de los métodos empleados en los usos considerados, cumple una importante función en el análisis de temas cruciales para la Filosofía Moral y la Ética Normativa. Sólo mediante la aplicación concurrente de ambos métodos, es posible caracterizar tanto la red de propiedades formales que pretenden explicar determinados comportamientos, así como los problemas valorativos fundamentales implicados en la elección de estrategias alternativas, y el análisis del impacto ético que produce la selección de uno u otro marco de referencia. Se considera que ambos usos son metodológicamente complementarios, ya que ofrecen en dos esferas también complementarias, la estructura de justificación necesaria para un acercamiento más amplio a uno de los más importantes temas en el mundo de las relaciones sociales y políticas. Parece claro que ninguno de ambos enfoques metodológicos es por sí solo suficiente: sin el enfoque analítico se corre el riesgo de transitar innecesariamente por caminos oscuros y complicados que desaprovechan todo el potencial explicativo y la plenitud semántica de tales métodos; y sin el enfoque normativo, existe el peligro de olvidar que aunque a veces la selección de un

determinado curso de acción tiene la apariencia de una cuestión estrictamente técnica, siempre implica una definición valorativa que debe ser sometida al juicio de la razón moral.

A partir del análisis de las soluciones intentadas por diferentes autores, tanto en el plano analítico como en el normativo, se hace evidente que los comportamientos cooperativos no son posibles ni razonables, sino dentro de determinados marcos de significados. Por este motivo no tiene caso predicar en abstracto la superioridad moral de la cooperación, ni establecer reglas que prescriban tales conductas de manera general. Como pudo verse, la razonabilidad de utilizar una conducta cooperativa depende del marco dentro del cual se cumplen las acciones, y de las reglas establecidas en el mismo. Esta condición de «razonabilidad» cumple una función en extremo importante, ya que cuando en virtud del entorno ético y de las reglas del juego establecidas no es «razonable» la cooperación, la misma no estará en equilibrio, lo cual significa que no tendrá elementos suficientes para autosostenerse.

Tal vez la mayor importancia, tanto en el plano intelectual como de política práctica, que puede atribuirse al Dilema del Prisionero, radica en su capacidad para mostrar muy claramente las enormes dificultades que entraña lograr el éxito de la cooperación social en un mundo de actores comunicados y que persiguen sus propios intereses individuales, sin apelar a la intervención de un Ente que autoritariamente ordene las conductas. Al propio tiempo el dilema también ha permitido vislumbrar que bajo ciertas condiciones, los comportamientos cooperativos además de ser socialmente beneficiosos, llegan a beneficiar asimismo a los propios actores individuales que los producen. Si esto es así, parece importante en términos normativos articular mecanismos para que tales conductas cooperativas se generalicen. Esta empresa requiere, si pretende obtener un éxito real, que se acepten sinceramente aquellos puntos que han evidenciado ser angulares en el tema, aunque tal aceptación implique asumir dificultades teóricas y políticas de envergadura. Hay una tendencia bastante generalizada, y por cierto sumamente negativa, a pensar que todo elemento analítico que evidencie dificultades para lograr una salida cooperativa debe ser ignorado o distorsionado en homenaje a la pretendida superioridad moral de esa salida. Tales posturas no parecen estar interesadas realmente en un desarrollo de las soluciones cooperativas como hecho analítico y moral, sino en la defensa contra todo evento de un punto de vista, que empieza a parecerse peligrosamente a un mito o a un dogma.

En la estructura del Dilema del Prisionero, que como se dijo refleja de manera muy acertada el conflicto entre los intereses individuales y los comportamientos cooperativos, se ponen también de manifiesto aquellos puntos que se han calificado de angulares, y cuya consideración racional no puede evitarse si en efecto se desea la superación de tal conflicto.

El primero de ellos se refiere al carácter determinante de las reglas establecidas, y de los pagos otorgados. Es evidente que en el propio momento en que el fiscal establece una serie de restricciones, y señala los pagos correspondientes a cada intersección de estrategias, deja prácticamente signado el destino del juego. Cada jugador tiene un cuadro de alternativas posibles, y su capacidad de selección se limita a escoger la estrategia que, en virtud de la racionalidad, maximiza su utilidad esperada. En el caso del Dilema es indiscutible que el fiscal desea, y así se pone en evidencia a partir de las restricciones establecidas, favorecer la no cooperación; y esta tarea la cumple cuidadosamente, ya que una a una todas las condiciones que va elaborando tienden coherentemente hacia esa finalidad.

Sin embargo, si se observa con atención crítica la exitosa tarea que el fiscal ha cumplido, es posible extraer algunos elementos de gran utilidad para la caracterización de nuestro propio problema acerca de cómo promover comportamientos cooperativos estables. El primer elemento, y sin dudas crucial, es el del carácter que el fiscal atribuye a las reglas del juego. Estas reglas que definen la estructura del juego, son sus reglas constitutivas; y en consecuencia quedan fuera de toda posible discusión. El juego mismo, y su carácter no cooperativo, queda decidido en tales reglas, y por esa razón, toda vez que se intenta superar el dilema, se concluye fuera del campo de juego. No son reglas que puedan desarrollarse, sino solamente sustituirse. Este carácter asignado a las reglas tiene el inconveniente de que si las cosas son así, el conflicto entre los intereses individuales y la cooperación estable no tendría solución sino en el marco del autoritarismo.

En efecto, en virtud de estas reglas que constituyen el juego, las cuales incluyen tanto las restricciones como el sistema de pagos, es que el par en equilibrio del Dilema del Prisionero es no cooperativo. Este es otro de los puntos considerados angulares en el tratamiento del tema. Cuando se efectúa tal afirmación, se producen reacciones interesantes. Hay quienes se resisten a aceptar la situación, y buscan soluciones analíticas que demuestren la posibilidad de superar la afirmación; hasta el momento, según pudo comprobarse ampliamente, tales intentos no han logrado

éxito. Otro grupo de reacciones se orienta en el sentido de atacar desde un punto de vista ético la validez de la afirmación. Este enfoque equivoca su camino, ya que la afirmación se refiere a una situación que o bien es analítica, o bien es de hecho (en el plano de la práctica política); en consecuencia, su plano de justificación y de crítica debe corresponder al *status* analítico o empírico en cada caso, y nunca ubicarse en el plano valorativo. Bueno es señalar que quienes pretenden negar que la solución estable del dilema es no cooperativa, no son siempre quienes de manera más auténtica desean estimular las conductas cooperativas; por el contrario, su actitud, que en gran medida dificulta la búsqueda de soluciones, podría ser un indicador del deseo de no alcanzarlas. A este respecto puede hacerse una afirmación enfática: no es posible buscar soluciones al conflicto entre interés individual y cooperación estable, si no se acepta que tanto analíticamente como en términos de práctica política, el equilibrio es no-cooperativo. Esta afirmación es una prueba evidente de lo bien que ha trabajado el fiscal en el establecimiento de las reglas de este juego.

Estas reglas que el fiscal ha establecido tienen, tal como se dijo, el carácter de reglas constitutivas del juego mismo, y su contenido determina que la única solución estable sea no cooperativa. Si lo que se desea es estimular las conductas cooperativas, dotándolas de estabilidad, será de mucha utilidad preguntarse acerca de cuáles son esos contenidos que tan fuertemente sostienen el equilibrio no-cooperativo; porque una vez determinados los mismos será factible pensar en el sentido de los cambios que pueden efectuarse.

Resulta válido decir que dentro de los contenidos de las reglas del dilema, el referido a la relación de orden en los pagos asignados es el responsable de que en el plano analítico se presente el conflicto entre el interés individual y la cooperación estable. Esta regla de distribución de los pagos aprisiona a los jugadores en una disyuntiva que los lleva al equilibrio no-cooperativo. Si se recuerda, la relación que guardan los pagos establecidos, puede expresarse como $T > C > NC > E$, donde T equivale a traicionar, C equivale a cooperar, NC a no cooperar, y E equivale a sufrir explotación como consecuencia de la traición del contrincante; esto último lleva a que la relación traición-explotación sea inseparable. La ubicación de la C en el segundo lugar en el orden establecido, y de la NC en el tercero, puede llevar a pensar que la selección cooperativa ha sido privilegiada; pero en realidad, el tema de la estructura de los pagos no es tan simple. La selección de la intersección C, lleva implícito correr el

riesgo, ciertamente alto, de ser víctima de una explotación en virtud de la traición del contrincante. Ese riesgo se ha calificado de alto en razón de que al colocarse a la traición en el primer lugar del ordenamiento se la torna muy atractiva. Por otra parte, escoger la NC es también el único modo seguro de no ser explotado, que es la peor situación de pagos que pueda presentarse.

Como se observa, no sólo la relación de orden entre los pagos ofrecidos, sino la estructura de los mismos, tienden a definir un conflicto profundo entre la prosecución de los intereses individuales y el logro de una cooperación estable. En otras palabras, el sistema de pagos establecido por las reglas del fiscal es desequilibrador de la cooperación, y altamente reforzante del equilibrio no cooperativo. Aunque muchos no deseen admitirlo, bajo tales condiciones es perfectamente racional no cooperar, y muy poco plausible pensar en la inducción de conductas cooperativas estables, por muy deseables que las mismas sean desde el punto de vista de la ética social.

Así como la estructura de la matriz de pagos es la responsable del conflicto entre los intereses individuales y la cooperación estable, la regla relativa a la prohibición de efectuar acuerdos, y de contraer obligaciones previos al juego es la causante de que aquel conflicto no pueda resolverse en el marco del Dilema del Prisionero. En efecto, si los prisioneros pudieran establecer contacto previo a la selección de las estrategias, estarían en condiciones de analizar la relación entre los pagos, y seguramente acordarían, tomando algunas precauciones para evitar incumplimientos, concurrir a la casilla cooperativa, que les ofrece a ambos la expectativa de una alta ganancia. Para evitar la posibilidad de que los prisioneros contraigan obligaciones previas al juego, el fiscal los mantiene aislados. Este aislamiento abarca varios aspectos: primero, los prisioneros no pueden comunicarse directamente; en segundo lugar, tampoco pueden hacerlo a través de terceros, y, por último, no pueden comunicarse por medio de un universo normativo compartido, ya que esto implicaría la existencia de un acuerdo preexistente.

Eliminadas estas posibles formas de comunicación, el conflicto entre la búsqueda del interés individual y el mantenimiento de un equilibrio cooperativo se vuelve insoluble, ya que las reglas iniciales, y la estructura de pagos establecidas por el fiscal, no pueden ser corregidas o desarrolladas. La incomunicación, entonces, actúa reforzando el carácter constitutivo y determinante de las reglas del fiscal; ya que elimina cualquier instancia reguladora que no se cumpla en el terreno mismo del juego, con lo que

todo intento por superar el equilibrio no-cooperativo está condenado al fracaso.

Considerando el planteamiento del dilema en su versión original, puede verse entonces, que a causa de la estructura de distribución de las ganancias, la solución en equilibrio es no cooperativa; y que en razón de la incomunicación entre las partes, tal solución es fuertemente estable. Por otra parte, según se vio, la estructura del dilema tal como está planteada, refleja de manera certera la profunda dificultad que existe para armonizar los intereses individuales con un comportamiento cooperativo estable. Pero a pesar de que tengamos que reconocer este hecho, ¿el mismo resulta verdaderamente deseable? En otras palabras, ¿tiene algo de bueno la cooperación como para que merezca tanta atención analítica y política su estímulo?

Hay un hecho a este respecto que resulta irrefutable: cuando se produce el enfoque cooperativo de un juego, el espacio de soluciones factibles se amplía de manera considerable respecto de un enfoque no cooperativo; y tales ampliaciones del espacio se producen de una manera que no es siquiera pensable en el marco de un enfoque no cooperativo. Asimismo, como pudo observarse en la matriz del dilema, se obtienen mayores ganancias individuales que cuando no se coopera, y la suma de las ganancias colectivas es la máxima. Desde un punto de vista analítico estas ventajas parecen suficientes para preferir el enfoque cooperativo sobre el no cooperativo; siempre y cuando se pudieran suavizar o eliminar las restricciones que tornan altamente riesgosa, y en consecuencia inestable, la intersección cooperativa.

A pesar de que en el plano analítico es posible comprender perfectamente el sentido de la ampliación del espacio que se produce cuando se utiliza el enfoque cooperativo, no existe en este aspecto un ejemplo más claro que lo sucedido en los procesos de unificación europea cumplidos en lo que va de la segunda mitad de nuestro siglo.

Los deseos de producir una unificación de Europa no son nuevos. Ya en 1923, el austriaco Countenhove Kalergi, aspiraba a producir desde la Unión Paneuropea, que él mismo ayudara a fundar, la creación de los Estados Unidos de Europa. Sus modelos políticos eran el de la unificación lograda en Suiza en 1648, y la de los Estados Unidos en 1776. En el célebre discurso pronunciado en Ginebra ante la Sociedad de Naciones el 5 de septiembre de 1929, por el ministro de Asuntos Exteriores de Francia Aristide Briand, se propuso a los gobiernos la creación de la Unión Europea en el marco de la propia Sociedad de las Naciones. Si se analizan los discursos políticos de este momento, se

percibe que las buenas intenciones estaban sostenidas por conceptos que apelaban fundamentalmente al espíritu de colaboración, altruismo y humanitarismo. El hecho de que no fuera siquiera planteada la necesidad de autolimitaciones en los derechos e intereses de los Estados, coloca el intento en un terreno más propio del romanticismo moral que en el de la realidad política. A este respecto hay que señalar que en los procesos de tomas de decisión interactiva, no es posible olvidar que siempre nos encontramos en presencia de formas diversas de conflictos de intereses, que para ser resueltos cooperativamente exigen la limitación racional del principio de maximización individual. Si este punto no es considerado, y resuelto apropiadamente, no se puede pensar en una cooperación estable. Los discursos morales no fueron suficientes para evitar el drama de la guerra, en la que el espíritu de los juegos suma cero fue llevado a su expresión más aterradora.

En el confuso escenario de la postguerra surgen una serie de organizaciones que, alentadas por el ideal expresado en 1929, pero a la vez con mayor madurez en el enfoque metodológico, trabajan a favor del logro de una salida cooperativa estable. El tema de los intereses divergentes, y el de la necesidad de limitar la maximización individual de cada estado, esta vez no son eludidos. Tales limitaciones hacen posible logros del tamaño moral del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, del 4 de noviembre de 1950, que a su vez da origen a la Comisión Europea de Derechos Humanos y al Tribunal de Derechos Humanos. Mediante estos organismos se establece una garantía mínima y claramente estable, que ha supuesto importantes limitaciones a la maximización de las ganancias individuales que cada Estado lograría con el ejercicio irrestricto de su soberanía. El escenario se ha ampliado claramente a causa del enfoque cooperativo, y muy pronto se evidenciaron las nuevas ganancias individuales (para cada Estado) y colectivas, que en razón de tal ampliación se produjeron.

Pero, según se señaló, la ampliación del espacio de soluciones posibles a partir del enfoque cooperativo no se limita al previsible escenario del juego mismo, sino que a su vez, posibilita nuevas ampliaciones. En el ejemplo que está en consideración tal ampliación se produce cuando, sobre la base del plan Schuman que proponía integrar la totalidad de la producción franco-alemana de carbón y acero bajo una Alta Autoridad Común, se firma el 18 de abril de 1951 el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA), que entra en vigor el 23 de julio de 1952. Aquí las limitaciones del principio de maximización

individual son de tal importancia que suponen la renuncia irreversible a muy importantes parcelas de la soberanía nacional, en la búsqueda de soluciones cooperativas estables y equitativas. Dichas limitaciones se irán incrementando con el tiempo, y produciendo nuevas y nuevas ampliaciones del espacio factible.

No es en absoluto exagerado considerar a esta nueva ampliación del espacio de soluciones como de orden superior, ya que da lugar a un nuevo concepto que aunque nacido de aquel enfoque cooperativo de primer orden, lo supera. Este es el concepto de integración, en el que se torna visible la estabilidad de la solución cooperativa, estabilidad derivada del hecho de que tanto las ganancias individuales como las colectivas se han incrementado.

De lo expuesto hasta este momento se infiere que tanto desde el punto de vista analítico, como del de la práctica política, el espacio de las soluciones factibles se amplía con el enfoque cooperativo; pero también se infiere que en ambas esferas, las dificultades para lograr soluciones cooperativas estables es grande. Indudablemente es conveniente cooperar, pero parece necesario determinar cuáles son las condiciones que pueden favorecer esas conductas en un marco de respeto de los intereses individuales y los colectivos.

Cuando decíamos que el fiscal hizo muy bien su trabajo para favorecer los comportamientos no cooperativos, señalábamos que simultáneamente ha puesto en evidencia las condiciones fundamentales que hacen que cooperar sea difícil y riesgoso. Parece sencillo derivar que si se desea favorecer o estimular las soluciones cooperativas, habrá que revertir aquellas condiciones establecidas por el fiscal, e intentar que el trabajo de reversión sea tan bueno como el original.

El primer aspecto a considerar es el relativo al carácter de las reglas del dilema. Según se puso ya en evidencia, tanto de las consideraciones analíticas como de las normativas, surge el carácter determinante de las reglas que enmarcan el juego, y de las premisas prescriptivas que bajo ciertas circunstancias hacen una conducta más recomendable que otras. Asimismo se ha visto que los procesos de regateo en un prejuego entre los jugadores, o el arbitraje por parte de una autoridad, parecen ser los mecanismos que pueden transformar en un momento dado las reglas del juego, modificar los pagos, y redefinir las premisas prescriptivas.

Si bajo la nueva óptica que ha surgido de los análisis efectuados en este trabajo, se reconsidera el tema inicial de la cooperación, puede observarse claramente una desmistificación del

asunto. Ya la cooperación no se vincula a comportamientos altruistas valiosos en sí mismos, sino a la búsqueda de una utilidad conjunta que se legitima sólo bajo determinadas condiciones, que tienen mucho que ver con complejos procesos de producción y distribución de los beneficios. La cooperación, entonces, es solamente una salida; aconsejable o no, posible o no, conforme a las reglas que sea factible establecer en determinados momentos. Las reglas se constituyen entonces, en el punto crucial a considerar en el ámbito de la Filosofía Moral, el de la Ética Normativa, y el de la Política Práctica.

A fin de determinar la índole de las reglas del dilema se seguirá el camino de caracterizar los diferentes tipos de reglas, para tratar de establecer analogías con alguno de ellos. Hay un primer tipo que son las llamadas reglas de la naturaleza, que tienen por característica fundamental la de ser descriptivas de comportamientos naturales, sobre cuya ocurrencia no exhiben facultades normativas. Las descripciones que estas reglas efectúan pueden producir una interpretación de tales hechos naturales (teorías), pero de ningún modo pueden alterar el acaecer de los mismos. Resulta fácil trazar la diferencia entre las reglas de la naturaleza y las que nos ocupan, ya que éstas en ningún momento son descriptivas del comportamiento de los jugadores y, desde luego, ejercen una notable influencia sobre el mismo.

Otro tipo de reglas son las llamadas reglas del Derecho. Estas reglas no describen comportamientos, sino que prescriben determinadas conductas, estableciéndolas como obligadas, prohibidas o permitidas. Este carácter prescriptivo de las reglas del Derecho hace que las mismas ejerzan una considerable influencia sobre los comportamientos, especialmente porque la regla de Derecho se encuentra asociada a la idea de alguna forma de sanción, la cual refuerza su poder modelador de conductas. A pesar de que la diferencia de este tipo de reglas con las del dilema no es tan evidente como en el caso anterior, sí puede ser claramente percibida, ya que en el caso de las reglas del dilema, no encontramos estrictamente hablando una prescripción de conductas, aunque de un cierto modo influyan sobre las mismas; y por cierto que no se vinculan a una idea de sanción.

Un tercer tipo de reglas son las llamadas reglas de un juego (como el ajedrez o el tenis), que no describen ni prescriben conductas, sino que de una cierta manera, las determinan. Las reglas del ajedrez, por ejemplo, determinan los movimientos permitidos y aquellos que no lo están, con lo que también determinan qué significa jugar correctamente, o incorrectamente,

o no jugar al ajedrez¹⁶. La diferencia entre estas reglas y las del dilema no es ya tan clara. En un cierto sentido, en el dilema las reglas determinan las alternativas permitidas pero de un modo diferente al del ajedrez; pues mientras las reglas del ajedrez determinan de una manera fuerte, ya que no sólo regulan la actividad de jugar, sino que la constituyen, las reglas del dilema sólo regulan de una manera débil un sistema de relaciones. De este modo la expresión «seguir la regla» tiene distinto significado en uno y otro caso. La diferencia se podrá percibir mejor si se consideran las reglas del lenguaje.

Como una forma especial de las llamadas reglas de juego, se encuentran las reglas del lenguaje¹⁷. Entendido como un juego, el lenguaje posee reglas con características especiales que se diferencian de las reglas de un juego como el ajedrez en varios aspectos: en primer lugar, se trata de reglas en la mente y no escritas; en segundo lugar, son reglas de significado y no justificatorias; y en tercer lugar, son reglas que pueden producirse a medida que se juega. Si consideramos estos rasgos del juego del lenguaje, encontramos mucha similitud con las reglas que nos ocupan.

Cuando dos actores sociales se enfrentan en el prejuego para ir fijando las reglas del juego y determinar la matriz de pagos, o cuando lo hace un árbitro después de una ronda de negociaciones, a la vez que están estableciendo reglas para el juego, están jugando. También en el ejercicio del propio juego se descubren los significados de determinadas acciones, y el alcance de ciertas restricciones. De esta manera, lo mismo que en el juego del lenguaje, a medida que se siguen las reglas se las va fijando; este hecho torna perfectamente clara la diferencia de estas reglas con las de un juego como el ajedrez. En las primeras, el jugador es, como en el juego del lenguaje, un productor de reglas; mientras que en el segundo, el jugador sólo puede sujetarse a las reglas que han constituido el juego.

Precisamente en el Dilema, el carácter que el fiscal ha asignado a las reglas es el propio de juegos como el del ajedrez, y esto limita las posibilidades de los jugadores para efectuar una decisión

¹⁶ La caracterización de las reglas que incluyen a las del ajedrez como reglas constitutivas, es decir, que definen el ámbito del juego y también lo que está permitido o prohibido dentro del mismo, se debe a G. E. v. Wright.

¹⁷ La concepción del lenguaje como un juego, y la descripción de los caracteres peculiares de las reglas del mismo se deben a Wittgenstein, quien proporciona claves muy importantes para comprender el complicado proceso mediante el cual aprendemos el significado de «hacer lo mismo».

que sea moralmente juzgable. Este hecho, y el carácter constitutivo que se asocia a tales reglas, no resulta plausible en un escenario de relaciones sociales y políticas, en el que los actores deben asumir responsabilidades morales, y en consecuencia tienen el derecho de procurar la transformación de los marcos del juego hacia variantes más equitativas y menos traumáticas. Si verdaderamente se desea alcanzar la armonización de los intereses individuales con el equilibrio cooperativo, las reglas deben ser consideradas como no-constitutivas; es decir, reglas en elaboración. Esto supone borrar los límites tan rígidamente trazados por el fiscal entre el juego y el prejuego. En ambas instancias, los jugadores están jugando: exhiben su lenguaje a través de los procesos de regateo o a través de la selección de estrategias; y de esa manera van configurando el marco de significados del lenguaje. Este es el único modo en que se puede establecer un diálogo que haga posible y menos riesgosa la cooperación. A este respecto, si se consideran las posiciones más decididas a aconsejar en términos normativos las conductas cooperativas (tales como las de Axelrod y la de Gauthier), puede verse que ninguna se inclina por una cooperación irrestricta, sino condicional a que la otra parte comparta ese lenguaje¹⁸; es decir, que consideran a la cooperación como un diálogo; y sólo de este modo puede llegar a ser «racional» en el sentido del juego. El único error de estos autores consiste en que pronunciándose por una defensa tan férrea de la cooperación en el propio marco del dilema no han prestado atención a la forma en que ese marco se construye; y no han podido ver que si se acepta que las reglas del fiscal como autoridad son constitutivas, sólo la acción de una nueva autoridad podrá modificarlas. Para que un jugador tenga la facultad, y la posibilidad de incidir en esas reglas, no puede ser un jugador de ajedrez o de tenis, sino alguien que está hablando un lenguaje.

Como puede observarse, la consideración de las reglas de la cooperación como reglas de lenguaje obliga a plantear una cierta disolución de los límites entre el juego y el prejuego, lo que nos lleva al tema de la comunicación; la cual, por las reglas del fiscal se encuentra excluida, bajo cualquier forma que pudiera asumir. El especial cuidado puesto por el fiscal en evitar formas de comunicación (directa, indirecta, etc.) evidencia la importancia

¹⁸ Tanto la estrategia TIT FOR TAT de Axelrod, como la de maximización limitada de Gauthier, condicionan el uso de la cooperación a la conducta del oponente, ya que admiten que una cooperación incondicional produciría la explotación y el ulterior aniquilamiento de quien la practique.

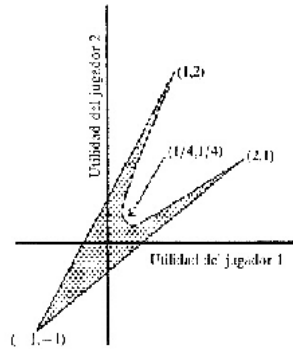
de la misma como estímulo de las conductas cooperativas. A pesar de que tal como lo sostiene Harsanyi la sola comunicación no puede garantizar el equilibrio cooperativo, sin embargo ella sí amplía el espacio de soluciones posibles y, naturalmente, baja las probabilidades de que se produzcan situaciones de traición-explotación. La comunicación no puede producir sus efectos si el dilema es jugado en una sola oportunidad; pero según ya se señaló, en el ámbito de las relaciones de política práctica, la situación más frecuente es la de interacciones reiteradas entre los mismos actores. Tal reiteración abre el camino a diferentes formas de comunicación, que hacen posible la ampliación del espacio de soluciones, al plantearse la visión conjunta del problema.

Hay un juego no-suma-cero-no-cooperativo que puede exhibir con la máxima claridad el poder de la comunicación como ampliadora del espacio de soluciones posibles. Su interpretación más usual es conocida como la Batalla de los Sexos: el jugador número 1 es el hombre, y el número 2 es la mujer. El hombre tiene preferencia por los espectáculos de lucha, y la mujer por el ballet; pero además, ambos otorgan importancia a disfrutar juntos de sus diversiones. La matriz de utilidades puede expresarse como sigue:

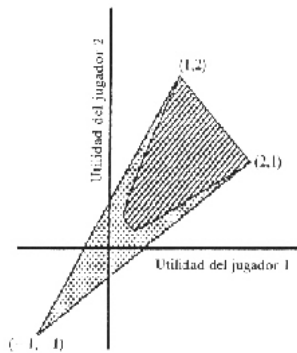
		Jugador 2	
		L	B
Jugador 1	L	2,1	-1, -1
	B	-1, -1	1,2

Naturalmente, el hombre estará muy feliz si ambos van a presenciar la lucha (2,1); y la mujer preferirá por encima de cualquier otra alternativa la de que ambos vayan al ballet (1,2). Si se supone que el juego se realice una sola vez y sin posibilidades de comunicación prejuego, la gráfica correspondiente al espacio de soluciones posibles es el siguiente:

Pero si el juego se repite, y la comunicación es permitida, los jugadores pueden,



mediante acuerdos que respeten los intereses de ambos, producir una ampliación del espacio de soluciones factibles. Bastará con que utilicen un método de aleatorización de las estrategias conjuntas (por ejemplo, arrojar una moneda insesgada para decidir cada vez a donde irán), y su espacio factible de utilidades se ampliará hasta los límites $(3/2, 3/2)$ señalados en la siguiente figura:



Intuitivamente hablando, la comunicación ha permitido tender un puente entre las dos utilidades máximas individualmente esperadas, al producir la convexificación del espacio factible. Tal es la función que cumple la comunicación y el prejuego como modificadores de los sistemas de pagos, lo que implica modificar el universo simbólico que los jugadores comparten.

Si se observan los grupos humanos y políticos que han obtenido los mejores resultados en la articulación de los intereses individuales y la cooperación estable, se percibe que tales grupos han logrado, por lo general a través de una práctica colectiva, superar el escollo fundamental que conspira contra el desarrollo de todo lenguaje. Para que un lenguaje exprese al grupo que lo usa, hay que asumir el carácter especial de sus reglas, que se producen a medida que se usan. Esto supone, en primer lugar, no considerar a las reglas como inamovibles; si las reglas han sido construidas es posible, desde luego, modificarlas, y esa modificación supone el ensayo de nuevas reglas que permitan expresar mejor el juego que los jugadores desean jugar. En el plano analítico, muchos autores han trabajado en intentos por lograr reglas que definan puntos de equilibrio diferentes. Los trabajos de Nash, Harsanyi, Kalai y Smorodinski y recientemente Gauthier, constituyen búsquedas de reglas para resolver los procesos de regateo; y al mismo tiempo constituyen puntos de vista diversos de lo que puede considerarse «la mejor solución». Sin embargo, conviene recordar que el juego del lenguaje no consiste en su gramática, y que en tanto las soluciones no tomen la forma práctica del regateo efectivo por modificar pagos y condiciones, no es posible hablar de un uso y construcción de nuevas reglas. Los grupos exitosos en la obtención de acuerdos respecto de las reglas no son, por lo general, los que exhiben una mejor gramática (normas de sintaxis), sino los que a través de una práctica social intensa van produciendo reglas que mejor los expresan.

El otro rasgo que exhiben los grupos que logran mayor éxito en el establecimiento de un lenguaje de cooperación, es su disposición a considerar el carácter provisional de cada regla (solución), ya que admiten que el uso y la construcción de reglas de este tipo prácticamente se confunden en un mismo proceso. Esta disposición se expresa en el orden práctico como una propensión al regateo permanente en procura de ampliar los espacios de soluciones posibles. Al usar el regateo como modo de cooperación se van construyendo reglas y sistemas de pagos que favorecen el uso de un lenguaje común.

Si se acepta que la solución al Dilema del Prisionero debe ser un punto de equilibrio, y tal como está descrita la matriz de

ganancias el punto de equilibrio es no cooperativo; y si además a partir del análisis de las premisas valorativas se acepta la superioridad de la salida cooperativa bajo ciertas circunstancias, el procedimiento para lograrla consistirá en ir ganando terreno para que los pagos se modifiquen en el sentido definido como deseable. Tal modificación no puede ser planteada como drástica y absoluta, ya que eso supondría un viraje normativo difícil de explicar y muy difícil de lograr sin quiebras dramáticas en la trama social. La solución entonces parece ser la propia del jugador: calcular el riesgo, pero arriesgarse dentro del marco razonable de un planteamiento utilitario que le asigna valor al logro de un mejoramiento en las reglas o el sistema de pagos. Que la salida cooperativa sea estable depende de las reglas y de los pagos; en consecuencia, desarrollar un lenguaje de cooperación consiste en ir construyendo, mientras se juega, un sistema de reglas y de pagos que favorezcan y no desestime la cooperación.

El fiscal hizo muy bien las cosas a favor de la no-cooperación; pero al hacerlas tan bien ha dejado muy claros indicios de cómo dismantelar el dilema: si los jugadores (son al menos dos) aceptan el destino de jugadores de ajedrez o de tenis que el fiscal les ha asignado, sólo es posible esperar que otro fiscal (éste, procooperación) cambie las reglas y los pagos; pero si los jugadores consideran que para que este juego sea válido en el campo político y social las elecciones deben ser éticamente responsables, lo que incluye la posibilidad de modificar las reglas, entonces el prejuego será parte integrante del juego, ambos como instancias de producción de las reglas del lenguaje.

Para llevar adelante esta tarea se requiere aceptar un principio: el del carácter no constitutivo de las reglas del juego, lo que abre la posibilidad de modificarlas mientras se juega. Por otra parte, como método para producir tales modificaciones, el permitir la comunicación no sólo a través del juego, sino en el prejuego, ha probado analítica y prácticamente tener una excelente potencia de expansión del espacio de soluciones. La aceptación del principio, y el empleo del método, no parecen ser sinsentidos en muchos escenarios sociales y políticos de nuestro tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

- Axelrod, R., *The Evolution of Cooperation*, Basic Books, New York, 1984.
- Barragán, J., *Hipótesis metodológicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983.
- , «Los juicios de valor en la planificación de políticas», *Planificación y Política*, núm. 3, año 1985.
- Flood, M. M., «Some Experimental Games», *Research Memorandum R.M. 789*, The RAND Co. Santa Mónica, 1952.
- Garzón Valdés, E., *El concepto de estabilidad en los sistemas políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- Gardner, M., «Mathematical Games», *Scientific American*, July, 1973.
- Gauthier, D., *Morals by Agreement*, Oxford University Press, New York, 1986.
- Harsanyi, J., «Communications», *American Political Science Review*, núm. 68, Dec. 1974.
- , *Essays on Ethics, Social Behaviour and Scientific Explanation*, D. Reidel Publishing Co. Dordrecht-Holland/Boston, USA, 1976.
- , *Reseña de Morals by Agreement by D. Gauthier*, University of California, Berkeley, Mimeo, 1988.
- Hoerster, N., *Problemas de ética normativa*, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1975, traducción del alemán de E. Garzón Valdés.
- Howard N., *Paradoxes of Rationality: Theory of Metagames and Political Behaviour*, MIT Press, Cambridge, Mass., 1971.
- Kalai, E.; Somorodinski, M., «Other Solutions to Nash's Bargaining Problem», *Econometrica*, vol. 43, núm. 3, May. 1975.
- Levi, I., «Newcomb's Many Problems», *Theory and Decision*, núm. 6, May. 1975.
- Luce, D.; Raiffa, H., *Games and Decisions*, John Willey & Sons, New York, 1957.
- Nash J., «The Bargaining Problem», *Econometrica*, 1950.
- Nozick, R., «Newcomb's Problem and Two Principles of Choice», en *Essays in Honor of Carl G. Hempel*, ed. Nicholas Rescher (Dordrecht, Netherlands: D. Riedel Publishing Co., 1969.
- , «Reflections on Newcomb's Problem», *Mathematical Games Department*, Scientific American, March, 1974.
- Schlesinger, G., «The Impredictability of Free Choices», *British Journal for the Philosophy of Science*, núm. 25, September, 1974.
- V. Wright, G. H., *Norm and Action*, London, 1963.
- Wittgenstein, L., *Philosophical Grammar*, Blackwell Ed. London, 1974, traducción del alemán de A. Kenny.

DOXA -6 (1989)

CONTRIBUCIÓN PARA UNA TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN*

1.

En un trabajo anterior [Atienza, 1989] partía de considerar el proceso de producción de las leyes -la legislación- como una serie de interacciones que tienen lugar entre elementos distintos: edictores, destinatarios, sistema jurídico, fines y valores. Al mismo tiempo, proponía cinco modelos, ideas o niveles de racionalidad, desde los que puede contemplarse la legislación: una racionalidad lingüística (R1), en cuanto que el emisor (edictor) debe ser capaz de transmitir con fluidez un mensaje (la ley) al receptor (el destinatario); una racionalidad jurídico-formal (R2), pues la nueva ley debe insertarse armoniosamente en un sistema jurídico; una racionalidad pragmática (R3), pues la conducta de los destinatarios tendría que adecuarse a lo prescrito en la ley; una racionalidad teleológica (R4), pues la ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos; y una racionalidad ética (R5), pues las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética. Naturalmente, no voy a reproducir aquí dicho análisis, pero sí mostraré un resumen del mismo que se contiene en el siguiente cuadro:

* Texto de la ponencia presentada por el autor al tercer Congreso de la Federación de Asociaciones de Sociología del Estado Español, San Sebastián, 28 de sept.-1 de oct. de 1989.

	Edictores	Destinatarios	Sistema jur.	Fines	Valores
R1	emisor	receptores del mensaje (legal)	conjunto de enunciados (mensajes) y de canales para transmitirlos	claridad; precisión	comunicación
R2	órgano al que se atribuye capacidad de producir D. legislado	individuos y órganos a los que se dirigen las leyes	conjunto de normas (en sentido propio) válidamente establecidas	systematicidad: plenitud y coherencia	seguridad; previsibilidad
R3	órgano al que se presta obediencia (soberano)	burocracia e individuos que prestan obediencia (súbditos)	conjunto de normas eficaces (o bien de comportamientos)	cumplimiento del D. (traducción de las normas en acciones)	mantenimiento del orden; eficacia
R4	portadores de intereses sociales (particulares, grupos de presión, etc.)	afectados por la regulación del interés o necesidad social	conjunto de medios (conocimiento psicológico, sociológico, económico, etcétera) para conseguir fines sociales	cumplimiento de objetivos sociales: redistribución de la riqueza, aumento o disminución de la protección social, reducción del desempleo, mantenimiento de ventajas políticas, económicas, etc.	eficiencia social
R5	autoridad legítima	obligados moralmente a obedecer las leyes	conjunto de normas, acciones e instituciones evaluables éticamente	libertad, igualdad, justicia	naturaleza, dignidad humana, consenso, etc.

2. El análisis en cuestión pretendía cubrir tres objetivos distintos. El primero consistía en buscar una unidad, o al menos una cierta articulación, entre saberes tan heterogéneos como los implicados en los estudios sobre la legislación. Creo que ello se consigue en la medida en que los diversos tipos de racionalidad se definen a partir de los mismos elementos (aunque interpretados de manera distinta). Por otro lado, R1-R4 parten de una misma noción de racionalidad, en cuanto adecuación medios-fines (se trata, pues, de una racionalidad instrumental), mientras que R5, es decir, la racionalidad ética, sería una racionalidad de un tipo distinto: aquí no se trata de ver qué medios son adecuados para ciertos fines, sino qué fines (o qué medios) están éticamente justificados.

El segundo de los objetivos era el de definir o precisar el estatuto epistemológico de los estudios sobre la legislación. El esquema indicado permite mostrar cuáles serían las técnicas para potenciar la racionalidad legislativa o para evitar, en la medida de lo posible, incurrir en irracionalidad. Para precisar, sin embargo, el estatuto específico de estas técnicas sería necesario desarrollar un análisis que mostrase también cómo se articulan entre sí los diversos niveles de racionalidad. Por otro lado, es importante distinguir entre técnica (o técnicas) legislativas y teoría (o teorías) de la legislación. En forma sólo aproximada puede decirse que cabe denominar como teorías de la legislación a aquellos análisis más bien de conjunto, de tipo explicativo y de carácter básico, mientras que las técnicas legislativas tienen un carácter mucho más sectorial, no pretenden explicar un fenómeno, sino indicar cómo conseguir ciertos objetivos a partir de determinados conocimientos y, en consecuencia, utilizan o aplican saberes que, por tanto, cabe considerar como más básicos. En el esquema, cada tipo de racionalidad presupone una o varias teorías (científicas o no). Por ejemplo, R1 presupone una teoría del lenguaje, de la información, etc., y R5 una (o varias) teoría(s) de la ética. Pero ello no implica todavía una teoría de la legislación. Dicha teoría debería ofrecer una explicación general del proceso de la legislación y debería ofrecer también los conocimientos básicos que nutrieran a las diversas técnicas legislativas. Tal teoría parece estar todavía sin elaborar, aunque dispongamos ya de explicaciones parciales de la legislación y que constituyen una cierta guía (en verdad, todavía muy precaria) para la técnica y la tarea de la legislación.

Y el tercer objetivo era el de evitar un uso ideológico, una sobrevaloración de la teoría y de la técnica de la legislación, que lleve no ya a la solución de problemas, sino a su enmascaramiento. El riesgo de dicha utilización ideológica deriva sobre todo, en mi opinión, de que este tipo de estudios son una consecuencia directa de la crisis del Estado del bienestar, en una de sus facetas: la crisis de la legislación; cabría decir incluso que la técnica legislativa surge de la necesidad de dar una respuesta práctica a la crisis, y la teoría de la legislación de la necesidad de encontrar una explicación del fenómeno.

A fin de evitar dicho uso ideológico, podría tenerse en cuenta lo siguiente. En primer lugar, que, como se ha visto, en el proceso legislativo están implicadas diversas nociones de racionalidad que transcurren en sentidos distintos; no sólo no es fácil, sino que quizás sea imposible satisfacer al mismo tiempo (y a veces, ni siquiera por separado) las exigencias que plantean estas diversas

nociones de racionalidad. Pero si esto es así, ello parece probar que la crisis de la legislación no es sólo una crisis «de crecimiento» que se corrija simplemente mejorando la calidad técnica de las leyes. La técnica legislativa viene a ser más una forma de capear y de hacer frente con cierta dignidad a la crisis, que de superarla. Una de las razones para ello es que los límites de la racionalidad no son sólo cognoscitivos (y es evidente que a propósito de la legislación existen límites de este tipo), sino también de carácter material e ideológico (¿interesa de verdad a todos los grupos sociales superar dicha crisis y lograr, por ejemplo, que los objetivos manifestados en las leyes se cumplan en la realidad?). En segundo lugar, es posible que el Derecho no pueda entenderse adecuadamente si se reduce al Derecho estatal, es decir, al Derecho legislado. La teoría de la legislación tendría, por consiguiente, que confrontarse, o quizás que enriquecerse, con la tesis del pluralismo jurídico que, como se sabe [cfr., por ejemplo, Arnaud, 1981, y Santos, 1985], niega -ahora y antes- la identificación entre Derecho y Derecho estatal. No podemos entender bien lo que sea la legislación -o en qué consista la crisis de la legislación- mientras no entendamos bien lo que sea el Derecho en su conjunto. ¿Y disponemos realmente de alguna teoría que proporcione una explicación aceptable del Derecho contemporáneo sin llevar a cabo una excesiva simplificación de esa realidad tan compleja?

3. Los objetivos planteados no pueden cumplirse, pues, plenamente permaneciendo en el marco de un análisis de tipo interno -como sucedía en el anterior trabajo-, esto es, mostrando cómo cada modelo o idea de racionalidad construye de una cierta manera los elementos de la actividad legislativa, permite distinguir ciertas disciplinas que cumplen un papel rector, de otras que tienen un carácter simplemente auxiliar, define una noción de racionalidad, y sugiere qué técnicas utilizar para incrementar la racionalidad. Es necesario proceder a un análisis de tipo externo, en el que quizás quepa distinguir, a su vez, dos niveles o fases. El primero sería un nivel de análisis más bien estático, en cuanto que se trataría de mostrar cómo se relacionan entre sí (pero abstractamente, prescindiendo del proceso *real* de la legislación) los diversos tipos de racionalidad R1-R5. El segundo implicaría un análisis dinámico, en cuanto que se trataría de ver cómo podrían combinarse estas nociones de racionalidad para dar cuenta del proceso real de la legislación.

3.1. El nivel de racionalidad R1, en donde todavía cabe distinguir dos aspectos, según se ponga el énfasis en el canal o en el contenido de la información, es, probablemente, el nivel de racionalidad

que plantea menos problemas en su relación con los otros. La razón para ello es que, aunque por un lado pueda considerarse como el nivel más básico de racionalidad y que está presupuesto por todos los otros (lo menos que cabe pedir a una ley es que consista en enunciados lingüísticos comprensibles; sin ello no tendría sentido plantearse ni su sistematicidad, ni su eficacia, etc.), por otro lado, se trata también de una noción de racionalidad que plantea exigencias que, en caso de conflicto, habría que subordinar claramente a las derivadas de otras nociones de racionalidad. Tal conflicto no parece plantearse en relación con R2, puesto que los fines respectivos de precisión y de sistematicidad no sólo son compatibles, sino que parecen exigirse recíprocamente: según esto, no es posible que se plantee una situación en la que haya que optar bien por la precisión o bien por la sistematicidad de una determinada ley; es decir, una ley no pierde nunca sistematicidad por el hecho de que aumente su grado de claridad y precisión lingüística (o, al menos, no tiene por qué ser así), y viceversa. Por otro lado, es obvio que una ley puede ser altamente racional desde el punto de vista lingüístico, pero no desde el punto de vista jurídico-formal (lo que prueba que se trata de dos nociones distintas de racionalidad), aunque no sea posible lo contrario: una ley racional en sentido jurídico-formal es también -al menos en un grado considerable- una ley lingüísticamente racional.

Lo que hace que R1 pueda entrar en conflicto con R3 y/o R4 es la existencia de legislación simbólica, esto es, de leyes hechas para no ser cumplidas, o bien para no producir los efectos declarados. En estos supuestos, las leyes acostumbran a ser intencionadamente oscuras e imprecisas, lo que significa que la racionalidad lingüística se subordina a la racionalidad pragmática y a la teleológica: las oscuridades lingüísticas (es decir, la irracionalidad lingüística) puede ser un medio para lograr la racionalidad pragmática o teleológica.

Algo parecido cabría decir en relación con la racionalidad axiológica. Obviamente, una ley puede ser racional en el nivel R1, y no serlo en el R5, pero también puede ocurrir (aunque seguramente de manera excepcional) que los fines de libertad, igualdad y justicia entren en pugna con los de claridad y precisión; esto último es lo que podría suceder, por ejemplo, cuando se deja un amplio margen de discrecionalidad al órgano aplicador -a fin de que pueda ejercer su equidad- y se recurre para ello a estándares o principios que, naturalmente, sólo pueden ser formulados en forma lingüísticamente imprecisa.

La racionalidad jurídico-formal (donde a su vez cabría distinguir

diversos niveles, según se vea la sistematicidad como adecuación de la forma y estructura de las leyes -cabría decir, quizás, sistematicidad sintáctica-, o bien se entre en el contenido de las leyes y se vea como compatibilidad de la nueva ley con las anteriores en orden a lograr la plenitud y coherencia del ordenamiento) plantea relaciones más complejas con los otros niveles de racionalidad. R2 y R3 parecen estar, por ejemplo, en una relación de independencia mutua bastante acusada: no se trata sólo de que una ley pueda ser elevadamente racional en el nivel R2 sin serlo en el nivel R3, sino que también cabe que una ley que logra un elevado grado de cumplimiento sea sumamente imperfecta desde el punto de vista de su sistemática. De todas formas, quizás pueda decirse que la sistematicidad de una ley facilita de alguna manera el que ésta sea eficaz aunque, desde luego, el factor decisivo para que una ley se cumpla no es su grado de sistematicidad.

Entre R2 y R4 las relaciones pueden describirse incluso como de oposición. Luhmann [1974] ha mostrado que frente al modelo tradicional de dogmática (orientado hacia el pasado, hacia las normas), en los últimos tiempos se pretende instaurar un nuevo tipo de dogmática orientada hacia el futuro, hacia las consecuencias, lo que, en su opinión, pone en grave riesgo la propia subsistencia de la dogmática; una razón importante para ello sería que la orientación hacia las consecuencias significa una amenaza para la seguridad jurídica, ya que el futuro es mucho más complejo que el pasado y, por tanto, también más incierto. Luhmann indica igualmente [1972] que con la positivización del Derecho (es decir, el momento en la evolución del Derecho en que las normas entran en vigor y se cambian mediante decisiones, lo que implica que no se consideran ya como inmutables) tiene lugar una diferenciación funcional entre los procedimientos para reaccionar normativamente frente a las expectativas no realizadas (jurisdicción) y los procedimientos para aprender (momento cognoscitivo) de las expectativas no realizadas (legislación). Pero me parece que su contraposición entre racionalidad orientada hacia el *input* (racionalidad normativa) y hacia el *output* (racionalidad de las consecuencias o cognoscitiva) se plantea también dentro de la propia legislación. La racionalidad R2 es básicamente la racionalidad de la dogmática -de la dogmática tradicional, si se quiere- de manera que, por ejemplo, no parece que exista un gran trecho entre las técnicas que cabe utilizar para llenar las lagunas o resolver las contradicciones -una vez que éstas se presentan- y las que habría que emplear para evitar que surjan [cfr. Guastini, 1985]. Y la racionalidad R4 sería

también la racionalidad con que opera el jurista -digamos, el dogmático no tradicional: el jurista realista o de orientación sociológica, por ejemplo- quien considera al Derecho como un medio para conseguir ciertos fines, y a su labor como semejante a la del científico o técnico social que manipula las normas para conseguir determinados objetivos.

La contraposición entre la racionalidad jurídico-formal y la racionalidad teleológica podría seguramente mostrarse también empíricamente en los trabajos de elaboración -incluyendo la redacción- de las leyes, en los que cada vez participan más economistas y otros científicos sociales que van desplazando al jurista de formación clásica. Este proceso ha ido acompañado de una pérdida de sistematicidad y de coherencia de las leyes que no siempre ha llevado consigo un aumento de su eficiencia, por la sencilla razón de que los aplicadores del Derecho -de cuyas decisiones depende, naturalmente, el que las leyes puedan llegar a ser eficientes- siguen siendo básicamente juristas que orientan su labor de acuerdo con una racionalidad jurídico-formal. Los científicos o técnicos sociales tienden a considerar la racionalidad jurídico-formal no como un medio más, sino antes bien como un obstáculo para la racionalidad teleológica; lo cual, de todas formas, puede deberse a cuestiones de tipo empírico y contingente (por ejemplo, a su falta de preparación jurídica), sin que afecte a cuestiones más de fondo. Por otro lado, se ha podido decir -y con razón [Ost, 1985, pág. 89]- que mientras que en una sociedad liberal prevalece (en la legislación) el imperativo de la coherencia, en una sociedad postindustrial predomina el valor de la eficacia (entendida como eficiencia social, esto es, como la consecución de determinados objetivos sociales).

La contraposición clásica entre seguridad y justicia no es ni más ni menos que la contraposición entre la racionalidad jurídico-formal y la ética. Aquí me contentaré con indicar que la dialéctica en cuestión no es sólo una dialéctica que se plantee en el campo de la aplicación (e interpretación) del Derecho, o entre la aplicación del Derecho (regida por la seguridad jurídica) y su producción (regida por la justicia), sino que tal contraposición tiene lugar también en el interior de la legislación, de la producción del Derecho: la sistematicidad de una ley hace que ésta sea un mecanismo de previsibilidad, de seguridad, pero no hace que lo que se asegure sea la libertad, la igualdad y la justicia (como quiera que éstas se entiendan). Algo bastante trivial, pero que el jurista tradicional tiende a olvidar.

Las implicaciones mutuas entre la racionalidad pragmática (R3) y la racionalidad teleológica (R4) son evidentes, pero R4 no

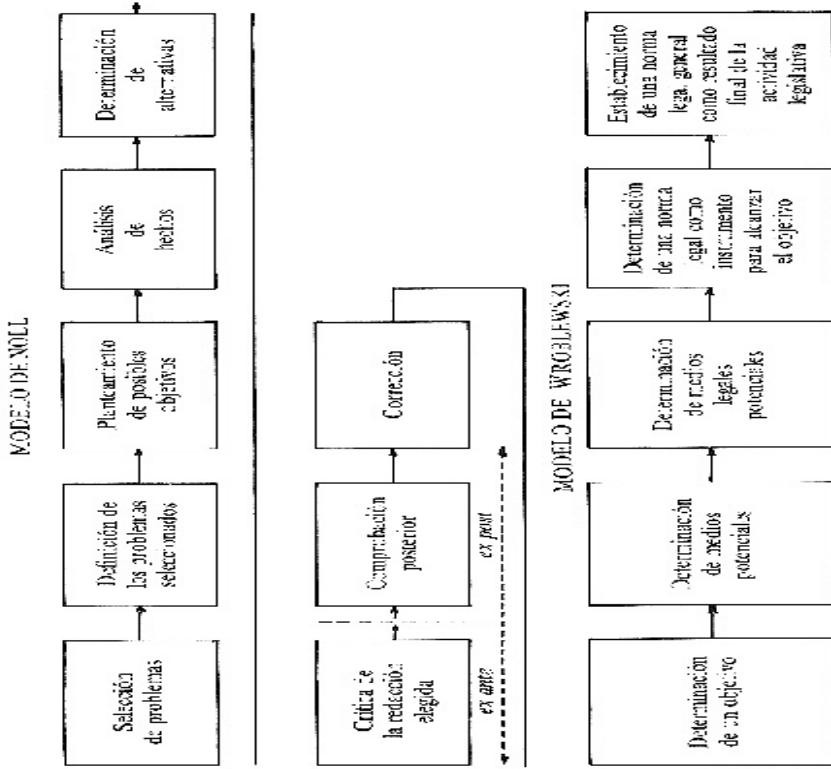
es simplemente una continuidad, un plus, con respecto a R3. Evidentemente, una ley racional desde el punto de vista pragmático puede no serlo en el nivel teleológico (el cumplimiento de una ley no asegura que con ello se alcancen sus objetivos sociales), pero también cabe que una ley irracional en R3 (se cumple cuando se dictó para no ser cumplida, o bien no se cumple cuando se dictó para ser cumplida) sea racional en el nivel R4, en cuanto que puede terminar por producir los efectos previstos por el edictor o, en todo caso, efectos que pueden estimarse como deseables. Estos últimos supuestos son, sin embargo, más bien excepcionales.

No ocurre lo mismo entre R3 o R4, por un lado, y R5, por el otro. El cumplimiento del Derecho y/o la realización de los objetivos sociales establecidos es una cuestión independiente de su justificación ética. Es la distinción que va entre la técnica y la ética, entre la racionalidad instrumental y la racionalidad de los fines. Por eso, puede decirse que R5 -a diferencia de los otros niveles de racionalidad- no genera ninguna técnica legislativa: no hay ningún procedimiento específico para lograr la libertad, la igualdad y la justicia a través de las leyes, fuera de las técnicas que generan las racionalidades R1-R4. El problema que se plantea en R5 es el de mostrar qué valores o qué teoría ética permite una más adecuada interpretación de los fines jurídicos últimos (la libertad, la igualdad, la justicia). Por lo demás, la concepción de la ética que se elija determina el empleo de las técnicas legislativas y el desarrollo del propio proceso de la legislación, en cuanto que la ética establece los límites (positivos y, sobre todo, negativos) de su funcionamiento.

3.2. Llevar a cabo lo que he denominado un análisis externo de tipo dinámico del proceso legislativo es, sin duda, uno de los objetivos centrales de los estudios sobre la legislación, pero también una tarea que entraña grandes dificultades.

En un trabajo que ha tenido una amplia repercusión, U. Karpen [1986] ofrece una sistematización de los estudios sobre la legislación en la República Federal de Alemania, que agrupa en cinco apartados: 1) la teoría de la legislación (concepto, evolución y análisis comparado de las leyes); 2) la analítica de la legislación (la ley en cuanto fuente del Derecho); 3) la táctica de la legislación (procedimiento externo de la legislación, esto es, estudios sobre los órganos y el procedimiento de elaboración de las leyes); 4) la metódica de la legislación (procedimiento interno de la legislación: contenidos, fines y medios de las leyes); 5) la técnica de la legislación (articulación, configuración y lenguaje de las leyes). Pues bien, arrancando de este esquema se puede

decir que, desde el punto de vista de la metódica de la legislación, el proceso de la legislación se considera como un proceso de decisión, de manera que se pueden diseñar modelos de la legislación (digamos, modelos de legislador racional) siguiendo, de manera más o menos explícita, los elaborados por la teoría de la decisión racional. Dos ejemplos significativos de esto último lo constituyen los modelos de Noll [1973] y de Wróblewski [1979; cfr. también Wróblewski, 1985 y 1987], de los que W. van der Velden [1985] presenta la siguiente reconstrucción:



Van der Velden prefiere el modelo de Noll al de Wróblewski, básicamente porque este último sólo considera el proceso de la legislación *ex ante*, y Noll lo hace *ex ante* y *ex post*, y porque el modelo de Wróblewski es lineal y el de Noll circular. Sin embargo, a ambos modelos les dirige diversas críticas: no indican el orden temporal de las acciones; se basan en ejemplos primitivos de modelos de toma de decisión; parten de una serie de presupuestos inadmisibles (en ambos casos el punto de partida es el legislador; se supone que en el proceso de la legislación sólo se produce una ley cada vez; la figura del legislador se ve como algo monolítico; y se prescinde del contexto del proceso de la legislación).

Me parece que por lo menos algunas de estas críticas las logra sortear el modelo de análisis interdisciplinar del iter legislativo propuesto por Losano [1984]. El esquema del mismo, según el propio Losano, sería el siguiente:

ANÁLISIS INTERDISCIPLINAR DEL ITER LEGISLATIVO

<i>Fase del iter legislativo</i>	<i>Técnica prevalente</i>	<i>Resultado inmediato</i>
Individualización de necesidades sociales a regular jurídicamente	Sociología	Medidas para satisfacer la necesidad individualizada; especificación de los efectos conectados, pero no siempre evidentes
Recepción política de las necesidades individualizadas (partidos, grupos de presión, movimientos espontáneos); preparación del articulado	Sociología	Inclusión de la necesidad y de las medidas para satisfacerla en un programa de partido o movimiento; inicio del control con técnicas de implementación
Control sobre la formulación del articulado; transformación en proyecto de ley	Legística	Formulación lingüística correcta de la norma y estructuralmente correcta del procedimiento
Discusión del proyecto de ley ante el órgano legislativo; enmiendas al texto	Derecho	Enmiendas en la cámara controladas sobre el diagrama de bloques del proyecto de ley

Después de la aprobación formal del proyecto de ley, nuevo control sobre su formulación y estructura	Legística	Reformulación correcta de la norma y del procedimiento, teniendo en cuenta las enmiendas en la cámara
Promulgación del texto legislativo; inclusión en el Boletín Oficial y en el banco de datos automatizado; automatización eventual del procedimiento aprobado	Informática	<i>a)</i> traslado de los datos legislativos al sistema de information retrieval; <i>b)</i> puesta a disposición de los recursos informáticos y organizativos para automatizar el procedimiento aprobado

A Losano se le podría objetar, sin embargo, lo siguiente: en su modelo no aparece distinguida la fase que cabría llamar prelegislativa de la propiamente legislativa; prescinde de la fase postlegislativa; el modelo no es, en consecuencia, circular, o lo es insuficientemente; presupone (como los dos anteriores) una noción de racionalidad puramente instrumental: los objetivos o las necesidades aparecen como elementos dados y que quedan fuera de todo control racional.

El esquema que sigue puede considerarse como una reelaboración de ideas que están presentes en todos o en alguno de los tres modelos indicados y pretende evitar también los inconvenientes antes señalados. Esto último, sin embargo, sólo lo logra de una manera parcial, en cuanto que el modelo sigue estando afectado por un considerable -y uno diría que también inevitable, al menos por el momento- grado de imprecisión. Por otro lado, viene a ser el resultado de la perspectiva de análisis a partir de los cinco modelos de racionalidad efectuada hasta aquí. Mostraré primero un esquema del mismo, al que seguirán algunas aclaraciones:

Fases			
	PRELEGISLATIVA	LEGISLATIVA	POSTLEGISLATIVA
Inicio	Planteamiento de un problema social	Recepción o planteamiento de un problema por un órgano legislativo	Entrada en vigor de una ley
Operaciones intermedias	<p>Análisis del problema</p> <p>Determinación de objetivos</p> <p>Propuesta de medios legales y no legales para alcanzar el objetivo</p> <p>Justificación ética del objetivo y de los medios</p>	<p>Análisis del problema</p> <p>Determinación de objetivos</p> <p>Propuesta de medios legales (contra de la ley)</p> <p>Justificación ética de objetivos y medios</p> <p>análisis lingüístico análisis sistémico análisis pragmático</p> <p>Redacción del texto antiproyecto</p> <p>Realización de las operaciones de acuerdo con su reglamentación jurídica (en la medida en que están reglamentadas)</p>	<p>Examen de la adecuación de la ley en sus dimensiones:</p> <p>Lingüística</p> <p>Sistemática</p> <p>Pragmática</p> <p>Teleológica</p> <p>Ética</p>
Fin	Propuesta de una solución legislativa	Promulgación de una ley	Propuestas de modificación de la ley
Conocimientos y técnicas utilizadas para controlar la racionalidad	Método científico; conocimiento objetivo; coponible; criterios y reglas de la argumentación práctica racional	Control de legalidad; criterios legislativos; checklists; técnicas de implementación; técnicas reticulares; análisis costes/beneficios; técnicas de redacción de documentos; dogmática y teoría del Derecho	Estudios sobre impacto de las normas jurídicas; técnicas de implementación; dogmática jurídica; investigaciones KOL; checklists
Niveles de racionalidad implicados preferentemente	R2 y R5	R1-R5	R2, R3 y R4

En el esquema se parte de tres fases: prelegislativa, legislativa y postlegislativa que están interrelacionadas. Por ejemplo, la discusión en los medios de comunicación sobre la despenalización del aborto o de las drogas no sólo puede conducir a que se emprendan iniciativas legislativas en un determinado sentido, sino que la aplicación de las leyes en cuestión -incluyendo el examen de su adecuación de acuerdo con los cinco modelos de racionalidad indicados- va a estar también determinada en parte por dicha discusión (en la medida, por ejemplo, en que tal discusión ha generado un cierto estado de opinión, ha hecho surgir ciertas expectativas, etc.). A su vez, las experiencias a que da lugar dicha aplicación hacen surgir nuevos problemas sociales, permiten ver aspectos del problema que antes pasaron desapercibidos, etcétera.

Conviene aclarar también que en todo proceso de legislación existe una fase legislativa (que será, según los supuestos, más o menos compleja); la fase postlegislativa puede carecer de importancia; y la fase prelegislativa puede no existir, pues una ley (en el sentido amplio del término que incluye también decretos, órdenes, etc.) puede regular cuestiones técnicas no discutidas extralegislativamente, sino que surgen en el interior de un órgano jurídico (como un gabinete ministerial, etc.).

Cada una de las tres fases está delimitada por dos extremos que marcan el comienzo y el final del proceso que en el esquema se representa a través de una serie de operaciones intermedias. Dicho proceso es de tipo circular, pues el resultado a que lleva una operación posterior siempre es posible que repercuta en una anterior. En el caso de la fase legislativa se ha distinguido entre las operaciones que determinan lo que Karpen llamaba el procedimiento interno (la metódica de la legislación) y el procedimiento externo (la táctica de la legislación). En cierto modo, la distinción no puede darse en la fase prelegislativa (pues en la medida en que tales operaciones estuvieran reglamentadas jurídicamente habría ya que hablar de fase legislativa), aunque aquí sí que se podría distinguir entre el procedimiento real y el procedimiento racional que lleva a la propuesta de una determinada solución legislativa. Por el contrario, las operaciones que componen la fase postlegislativa sí que podrían estar reglamentadas jurídicamente (y en cierto modo comienzan ya a estarlo, al menos parcialmente), pero aquí la distinción en cuestión no parece ser (o no es todavía) significativa.

Ahora bien, esta última distinción (de la que no se puede prescindir) plantea el problema de que la integración en un modelo de ambos procedimientos es difícil -por no decir imposible-

de efectuar. La razón para ello es que un modelo de procedimiento externo -esto es, de iter legislativo- tiene un carácter descriptivo (y aquí a su vez cabría distinguir entre un modelo que describiese los diversos momentos tal y como aparecen regulados jurídicamente, o bien como de hecho se producen en la práctica legislativa [Losano (1984) ha intentado precisamente una integración de ambos aspectos], mientras que los modelos de procedimiento interno tienen carácter prescriptivo, muestran cómo habría que hacer para tomar una decisión racional consistente en promulgar una ley. Ello, naturalmente, no quiere decir que no haya puntos de contacto entre ambos; pero sería demasiado suponer que el iter legislativo constituye sin más la realización de un modelo de decisión racional. Probablemente esta dificultad tenga que ver con algunos de los inconvenientes que planteaban los anteriores modelos.

Una última observación que quizás sea innecesario efectuar es que el modelo en cuestión, dado su carácter genérico e indeterminado, pretende tener simplemente un valor didáctico, aunque quizás pueda verse también como un punto de partida para la construcción de modelos más operativos.

4. A partir de las consideraciones anteriores, voy a plantear ahora una serie de puntos que podrían ser discutidos aquí. Como se verá, no se trata tanto de establecer conclusiones como de sugerir cuestiones que podrían ser el objeto de futuras investigaciones.

1. Una teoría de la legislación debe concebirse, obviamente, como una parte de una teoría del Derecho, y esta última en el contexto de una teoría de la sociedad. Quienes se ocupan de la técnica legislativa suelen lamentar [cfr. Gretel, 1986, pág. 23] la inexistencia de una auténtica teoría de la legislación que pueda suministrar un marco adecuado para su tarea. Dicha carencia es, sin duda, cierta, pero quizás pueda todavía generalizarse para incluir los otros dos ámbitos señalados. Con ello quiero decir que necesitaríamos contar con una teoría «general» del Derecho que mirara no sólo hacia abajo (es decir, hacia teorías menos generales, como la teoría de la legislación o de la aplicación, las diferentes teorías dogmáticas, etc.), sino también hacia arriba (hacia la teoría de la sociedad) e incluso hacia los lados (hacia la teoría política y la teoría moral). Una manera de comprobar la adecuación de las tesis del nuevo pluralismo jurídico (por ejemplo, en el sentido en que lo ha defendido aquí Santos [cfr. Santos, 1989]) podría consistir precisamente en ver si realmente facilita esa conexión entre los diversos niveles sugeridos y, en el caso de ser así, si esa ventaja sirve para compensar otros (supuestos)

inconvenientes de la teoría como, por ejemplo, la difuminación del concepto de Derecho que lleva consigo [cfr. Atienza, 1982, a propósito, en este caso, de las tesis de Arnaud].

2. La sociología del Derecho ocupa, sin lugar a dudas, un lugar importante en el desarrollo de los estudios sobre la legislación [cfr. R. Tomasic, 1985, quien señala el carácter reciente de este tipo de estudios sociológico-jurídicos]; particularmente, como es obvio, por lo que se refiere a los niveles de racionalidad R3 y R4 [cfr. Atienza, 1989]. Ello no quiere decir, sin embargo, que su situación sea fácil. En efecto, si se contempla la sociología jurídica legislativa desde la vertiente de la técnica legislativa (vendría a constituir un aspecto de las técnicas de implementación), entonces el problema que surge es el del desnivel existente entre el desarrollo del conocimiento social (en este caso, socio-jurídico) y la complejidad del mundo social; ello lleva a que las técnicas en cuestión, como lo han señalado diversos autores [por ejemplo, Teubner, 1985, 1986; Blankenburg, 1986], resulten escasamente potentes. Si, por el contrario, la sociología del Derecho se contempla desde la vertiente de la teoría de la legislación, la situación no es tampoco muy alentadora. Por un lado, nos encontramos con teorías de alcance muy general, como la de Teubner [cfr. Teubner, 1985 y 1986], cuyo punto débil más notorio quizás sea su propensión conservadora: si la legislación se ve como el resultado de la autorreproducción del Derecho, resulta difícil, a partir de ahí, captar -y menos promover- la función de transformación social del Derecho. Por otro lado, se puede hacer referencia a teorías de alcance mucho más restringido y que evitan desde luego el riesgo de arbitrariedad presente en cualquier intento de generalización, pero a cambio de explicar y predecir demasiado poco. Como ejemplo de esto último puede servir un reciente e interesante trabajo de La Spina [1987], el cual para determinar las correlaciones existentes entre ciertas situaciones sociales y decisiones jurídicas concretas (este es el nivel de análisis por él elegido), arranca de la tipología de J. Q. Wilson de las medidas legislativas, según que los beneficios y los costes que éstas plantean tengan un carácter concentrado o difuso. Pero lo que se consigue explicar y predecir es bastante poco o demasiado obvio; básicamente, que en una democracia representativa existe una tendencia a presentar y aprobar proyectos de ley que impliquen beneficios concentrados y costes difusos. Resumiendo, la situación para la sociología jurídica legislativa no es fácil, pero tampoco hay por qué pensar que se encuentra frente a un dilema o algo por el estilo; esto último no es así, sencillamente porque no hay ninguna razón para tener que elegir entre alguna

de esas alternativas, mientras que hay muchas razones para elegir las todas, esto es, para desarrollar la sociología jurídica legislativa en estas dos (o tres) direcciones. El problema entonces será de nuevo el de cómo coordinarlas entre sí y vincularlas con las otras dimensiones de la teoría y técnica de la legislación. Pero este es uno de los objetivos que tendría que cubrir la diferenciación de los cinco modelos de racionalidad legislativa a que me referí al comienzo.

3. En los modelos de Noll, Wróblewski y Losano a que antes me referí, la racionalidad legislativa aparece exclusivamente como una racionalidad de tipo instrumental; dicho de otra manera, la racionalidad ética (R5) no figura en ellos o, quizás más exactamente, aparece como un dato más a considerar (esto es, en cuanto conjunto de opiniones sobre lo que está bien o mal, que forma parte de la realidad social), lo que en realidad equivale a eliminar la dimensión ética en cuanto tal. Me parece que, como antes sugerí, ello está en relación con las dificultades existentes para articular los aspectos descriptivos y prescriptivos que necesariamente tiene que incorporar un modelo dinámico de la legislación; objetivo de la teoría de la legislación no es sólo describir, sino también explicar y proponer procedimientos que supongan un incremento de racionalidad con respecto a la práctica legislativa existente. Y aquí podría discutirse -como forma de hacer operativa la incorporación de este otro nivel de racionalidad, el nivel R5- la cuestión de si, y en qué medida, el proceso de la legislación obedece -o ha de obedecer- a las reglas del discurso práctico racional. Como punto de partida para ello podría servir la teoría de Alexy [1978] que contempla la argumentación jurídica (pero entendiendo por tal la que tiene lugar en los órganos de interpretación y aplicación del Derecho -incluida la dogmática) como un caso especial del discurso práctico general. Algunos de los problemas que surgen aquí serían estos: ¿Cabría decir también -de manera semejante a como lo hace Alexy- que la argumentación que se lleva a cabo para promulgar una ley -por ejemplo, en el contexto de un Estado de Derecho- es un caso especial del discurso práctico racional? ¿Y, si así fuera, cuáles serían las reglas y formas de razonamiento a añadir a las del discurso práctico general y que vendrían a ser análogas a las que rigen en la argumentación jurídica (en los procesos de interpretación y aplicación del Derecho)? ¿Se aplica lo anterior sólo a la fase que denominé legislativa, o podría extenderse también hasta cierto punto a la fase prelegislativa y postlegislativa? Finalmente, puesto que una de las condiciones delimitadoras del discurso jurídico (que hace que éste sea precisamente un caso

especial) es -como afirma Alexy- el respeto a la ley, ¿no se podría decir que sin un mínimo de racionalidad legislativa no es posible hablar de racionalidad de la argumentación jurídica [cfr. U. Neumann, 1986, pág. 90, quien dirige una crítica a la teoría de Alexy que tiene que ver con esto; cfr. también Alexy, 1989, págs. 274 y sig., y 314 y sigs.]? ¿Pero cuál sería ese mínimo? ¿Es adecuado, después de todo, hablar de argumentación jurídica sin incluir en ella la argumentación que tiene lugar en el proceso legislativo?

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1978), *Theorie der juristischen Argumentation*, Surkamp, Frankfurt a. M. (trad. cast. de M. Atienza e I. Espejo, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989).
- Arnaud, A. J. (1981), *Critique de la raison juridique*, LGLJ, París.
- Atienza, M. (1989), *Sociología jurídica y ciencia de la legislación*, en Bergalli, R. (coord.), *El Derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica*, PPU, Barcelona.
- GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa) (1986), *La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa*, Bosch, Barcelona.
- Guastini, R. (1985), «Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico», en *Informatica e diritto*, 1, págs. 7-31.
- Karpen, U. (1986), «Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre der Bundesrepublik Deutschland», en *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1, págs. 5-32.
- La Spina, A. (1987), «I costi della decisione. Per una sociologia dell'attività legislativa», en *Sociologia del diritto*, 3, págs. 49-77.
- Losano, M. (1984), «Analisi empirica e analisi delle procedure giuridiche», en *Società, norme e valori. Studi in onore di Renato Treves* (ed. de U. Scarpelli y V. Tomeo), Giuffrè, Milano, págs. 357-381.
- Luhmann, N. (1972), *Rechtssoziologie*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg.
- (1974), *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, W. Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz (trad. cast. de I. de Otto, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983).
- Neumann, U. (1986), *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.

- Noll, P. (1973), *Gesetzgebungslehre*, Rowohlt, Hamburg, 1973.
- Ost, F. (1985), Discusión en A. Frändberg, *The Utility of legal Theory for Law-Making. Some tentative ideas*, en A. Aarnio y M. van Hoecke (eds.), *On the Utility of Legal Theory*, A-Tieto Oy, Tampere.
- Santos, B. de S. (1985), «On Modes of Production of Law and Social Power», en *International Journal of Sociology of Law*, 13.
- (1989), O Estado e o direito na transição pósmoderna: Para um novo senso comum jurídico, ponencia presentada al Tercer Congreso de la Federación de Asociaciones de Sociología del Estado español, San Sebastián, 28 sept.-1 oct.
- Teubner, G. (1985), «Aspetti, limiti, alternative della legificazione», en *Sociologia del diritto*, 1, págs. 7-30.
- (1986), «Evoluzione giuridica ed autopoiesi», en *Sociologia del diritto*, 2-3, págs. 199-214.
- Tomasic, R. (1985), *The Sociology of Law*, Sage Publications/International Sociological Association, London/Beverly Hills/New Delhi.
- Van der Velden, W. (1985), *Methodologies of Legislation*, en A. Aarnio y M. van Hoecke (eds.), *On the Utility of legal Theory*, A-Tieto Oy, Tampere, págs. 149-168.
- Wróblewski, J. (1979), «A model of Rational Law-Making», en *ARSP*, t. LXV/2, págs. 187-201.
- (1985), «Rational Law-Maker and Interpretative Choices», en *RIFD*, IV-LXII, 1.
- (1987), *The Rational Law-Maker. General Theory and Socialist Experience*, en A. Giuliani y N. Picardi (eds.), *L'educazione giuridica. V. Modelli di legislatori e Scienza della legislazione*, t. III: *La discussione contemporanea*, Ed. Scientifiche Italiane, Perugia.

ÉTICA NOMOLÓGICA Y MORAL DE LOS SENTIMIENTOS

Observaciones sobre un problema descuidado de la filosofía práctica

Las reflexiones siguientes giran alrededor de un problema que, sorprendentemente, parece hasta ahora no haber sido tomado en cuenta por la fuertemente proclamada e intensamente cultivada «rehabilitación de la filosofía práctica». El propósito de este trabajo es presentarlo en su complejidad conceptual y, al menos parcialmente, en sus ramificaciones históricas.

Como punto histórico de partida elegimos a Berkeley. Ello puede extrañar, ya que, como se sabe, no existe una ética de Berkeley, en el sentido de una obra *Principios de la moral* que pudiera ser confrontada con su obra principal *Principios del conocimiento humano*. Los «Principios» estaban proyectados en tres tomos. El tomo II debía tratar la ética y la teoría del alma; el III, problemas de la filosofía de la naturaleza. En uno de sus dos viajes a Italia, es decir, entre 1713 y 1720, Berkeley perdió el ya bastante avanzado manuscrito del segundo tomo. Después, tal como escribe en una carta al filósofo norteamericano Samuel Johnson¹, ya no tuvo ni la fuerza ni el ocio suficientes como para someterse a una tarea tan fastidiosa cual es el escribir dos veces sobre el mismo asunto.

Pero no es difícil reconstruir en sus rasgos fundamentales la perdida filosofía moral de Berkeley. El material necesario para ello se encuentra, por una parte, en el *Diario filosófico*; por otra, en el tratado *Passive Obedience*², que surgiera de sus sermones. Si se quisiera encontrar una etiqueta adecuada para las concepciones éticas de Berkeley, la más correcta parece ser la de *hedonismo cristiano*, una teoría de la felicidad que se presenta con

¹ Cfr. *The Works of George Berkeley*, edición de A. A. Luce y T. E. Jessop, vol. II, 1949, pág. 282.

² G. Berkeley, «Philosophical Commentaries», en *The Works*, vol. I, 1948; versión alemana: *Philosophisches Tagebuch*, traducido y editado por W. Breidert, 1979 (citado como PhT). «Passive Obedience», en *The Works*, vol. VI, 1953.

una ingenuidad que desarma y una absoluta franqueza. Muestra cómo, tomando en cuenta bienes trascendentes, es decir, la bienaventuranza y la condenación eternas, es posible determinar y calcular racionalmente el valor moral de una acción.

«El placer sensible es el *summum bonum*. Este es el gran principio de la moralidad. Una vez que se ha comprendido esto, es posible demostrar todas las doctrinas de los Evangelios, aun las más difíciles.» (*PhT*, núm. 769.) «El placer sensible qua placer es bueno y deseable para una persona sabia. Pero cuando es indeseable, lo es no qua placer sino qua dolor o causa de dolor o (lo que es lo mismo) de pérdida de un placer mayor.» (*PhT*, núm. 733.) «Alguien que no actúe para lograr la bienaventuranza eterna tiene que ser un no creyente; al menos, no tiene certeza acerca de la existencia de un tribunal futuro.» (*PhT*, núm. 776.) «Nunca criticaría a una persona porque actúa según sus intereses. Quien actúa por algún otro principio es un loco. La incomprensión de estas cosas ha tenido malas consecuencias en la ética.» (*PhT*, núm. 542.)

Es, pues, claro que Berkeley acepta incondicionalmente la interpretación hedonista de los predicativos valorativos «bueno» y «malo». Esta interpretación -desde luego también naturalista, ya que placer y displacer son estados vivenciales- es rechazada por muchos filósofos, entre ellos G. E. Moore. Según él, el predicado «bueno» designaría una propiedad simple, *no natural* (cualquiera que sea lo que esto signifique). En cambio Locke, que se encontraba en la misma tradición que Berkeley, afirma que sólo en relación con el placer y el dolor las cosas pueden ser buenas o malas³. Hobbes llama la atención sobre otro aspecto importante de la interpretación hedonista: el predicado valorativo básico «bueno» -básico porque todos los demás predicados valorativos pueden ser referidos a él- es, en su gramática superficial un predicado monódico que designa una propiedad; pero, en realidad, «bueno» es una expresión relacional.

«Pues las palabras *bueno* y *malo* son siempre usadas en relación con la persona que las utiliza, ya que no hay nada que sea en sí mismo lo uno o lo otro»⁴.

¿Qué actitud debe uno tomar frente a esta tesis? ¿Hay que aceptarla? Y, suponiendo que se la acepte, ¿cómo podría convencerse

³ John Locke, *Über den menschlichen Verstand*, 3.^a edición, 1976, tomo I, pág. 271.

⁴ Th. Hobbes, *Leviathan*, edición e introducción de I. Fetscher, 1976, pág. 41.

a alguien de su corrección? Manifiestamente, la cuestión de saber si existe algo bueno en sí no es un problema empírico, referido a hechos, sino conceptual. Es decir: Hobbes no formula ninguna aseveración acerca de la realidad sino que expresa una intuición conceptual; dice cuáles son las formas de uso del concepto «bueno» que considera adecuadas.

« x es bueno (malo) si existe un y de forma tal que y expresa “ x es bueno (malo)” y x es deseado, aprobado (rechazado, desaprobado) por y »⁵.

Por lo tanto, que algo es bueno *en sí* o malo *en sí* o (para resumir conceptualmente ambas posibilidades) que está determinado valorativamente *en sí* significaría: la cosa está determinada valorativamente, aun en el caso de que no exista ningún ser que la valore positiva o negativamente, es decir, que la aprecie o la rechace, que adopte frente a ella una actitud de pro o contra. Y ello está excluido *per definitionem*.

La definición hobbesiana es 1) relativa al hablante o subjetivista; 2) naturalista, porque las actitudes pro o contra son disposiciones de los sentimientos, y 3) es no cognoscitivista porque frente a nuestros propios estados mentales no asumimos ninguna actitud cognitiva, investigante, en el sentido exacto de la palabra. Uno puede preguntar si una moneda que parece de oro realmente lo es. Pero no tiene sentido preguntar si la sensación- x , de la que actualmente estoy convencido que la tengo, es realmente una sensación- x . En virtud del principio «*esse est percipi*», que aquí vale ilimitadamente, el concepto de corroboración o examen no puede ser aplicado en el campo de los datos psíquicos propios. Por ello señala Hume con razón que la desaprobación que sentimos frente a una acción viciosa es ciertamente un hecho pero es un «objeto del sentimiento y no de la razón».

⁵ Exactamente en este sentido observa Schopenhauer: «La forma como muchos filósofos modernos que manejan los conceptos bueno y malo como conceptos simples, es decir, no necesitados ni susceptibles de explicación alguna y luego por lo general, de una manera muy misteriosa y respetuosa hablan de una “idea del bien”, de la cual hacen el apoyo de su ética o, al menos, un pretexto de su precariedad, me obliga aquí a introducir la explicación de que estos conceptos no están dados como conceptos simples, para no decir *a priori*, sino que son expresiones de una relación y son creados a partir de la experiencia cotidiana. Todo lo que es acorde con los esfuerzos de alguna voluntad individual, es decir, se encuentra en relación con ella, es bueno: buena comida, buenos caminos, buen significado previo; lo contrario es malo, en los seres animados, malvado.» («Preisschrift über die Grundlage der Moral», en *Werke*, editadas por W. Brede, 1977, tomo I, 712.)

«Cuando declaráis que una acción o un carácter es vicioso, entonces queréis decir que, según vosotros, según las características de vuestra naturaleza, tenéis una conciencia inmediata o el sentimiento de desaprobación de esta acción o de este carácter»⁶.

Como es fácil de ver, esto es sólo una especialización de la interpretación hobbesiana de los predicados valorativos en el campo de las valoraciones morales.

¿Es la definición hobbesiana adecuada? ¿Cómo podría convencerse a un crítico de su corrección? Tal como suele suceder, tampoco disponemos aquí de un rico instrumental para influir en las convicciones existentes y crear otras nuevas. Por lo general, las opiniones filosóficas disputadas pueden ser defendidas o refutadas sólo con la ayuda del experimento mental. Para defender la interpretación relativista de los predicados valorativos, se podría formular la siguiente reflexión: «Pensemos un mundo en el que no existe ningún ser valorante, capaz de desear y rechazar. ¿No diríamos que un bien que nadie desea no es tal y que, por lo tanto, todo lo que existe en este mundo posible es axiológicamente irrelevante? En nuestro mundo, en el que las obras de arte se cuentan entre las cosas valiosas, no es irrelevante el hecho de que la cúpula de la catedral de Florencia se derrumbe o no. Pero, si pensamos que la clase de los amantes del arte es vacía, ¿pertenece entonces, por necesidad conceptual, la catedral de Florencia a la adíadora, a la clase de las cosas valorativamente neutras, irrelevantes?»

Para evitar malos entendidos, no sólo con respecto a la posición de Berkeley, es sumamente importante no interpretar demasiado estrechamente el concepto del bien sensible o (lo que es lo mismo) el concepto de placer.

«Por gozo y dolor, placer y desazón» Locke no entiende «sólo el gozo y el dolor de tipo físico, sino todo placer o desazón que sentimos...»⁷.

No hay duda que la adquisición de conocimientos y la contemplación de obras de arte están vinculadas con el placer. Existe, además, el placer de la pura realización; así, por ejemplo, cuando un deportista supera su propio mejor rendimiento, éste puede ser -de acuerdo con las normas de alto rendimiento vigentes-

⁶ D. Hume, *Ein Traktat über die menschliche Natur*, traducción de Th. Lipps, 1973, tomo II, pág. 211.

⁷ *Op. cit.* en nota 3, tomo I, pág. 275.

modesto y no proporcionarle ni títulos ni gratificaciones especiales. Todas éstas son cosas buenas si llamamos bueno «aquello que logra despertar o aumentar en nosotros la alegría o paliar el dolor...»⁸ Como, además, por buena vida difícilmente puede entenderse algo diferente a la suma de todas las cosas buenas que una persona puede lograr, el aumento de conocimientos, la experiencia estética, el rendimiento del deportista en el tiempo libre, son todos elementos de la buena vida. En contra del hedonismo se ha objetado desde siempre que sólo proporciona una moral para animales. Pero la objeción se vuelve en contra de quien la formula: «Sí, si por placer entiendes sólo aquellas cosas agradables cuya experiencia les está concedida a los animales; entonces y sólo entonces tienes razón.»

Otra constatación se añade inmediatamente a la anterior. El hedonismo y la fundamentación metafísica de la moral son recíprocamente conciliables. Se puede (y así se lo ha hecho reiteradamente) referir el concepto «moralmente bueno» al concepto «aquello que place a Dios, que está aprobado por Él y, por lo tanto, es querido». Pero, la extensión del concepto «ser placentero para Dios» la conocemos a través de la palabra revelada. Este es, desde luego, un presupuesto metafísico. Sin embargo, un pensador tan robusto como Hobbes, ajeno por lo demás a toda especulación trascendente, no se arredra ante esta suposición. Las «leyes naturales» (*leges naturales*) -es decir, las reglas básicas de la moral, resumidas en la Regla de Oro: «No hagas a los demás lo que no quieras que los demás te hagan»- no son inferidas por Hobbes sólo antropológicamente, a partir de la *condition humaine* en un mundo de bienes escasos y fundamentadas como imperativos hipotéticos, como mandatos prudenciales para todo aquel que siga una estrategia de autoconservación. Más bien, las leyes naturales pueden ser consideradas bajo *dos* aspectos esencialmente diferentes. Desde el punto de vista empírico o (si se prefiere) intramundanal, se presentan como «directivas de la razón», directivas de comportamiento que *debe* (normativamente) seguir un actor racional bajo la condición de que estén dadas ciertas garantías con respecto al comportamiento de los otros actores. Hobbes habla de «claves o máximas que se refieren a aquello que sirve para la conservación del hombre». El modelo básico de la inferencia de estas máximas *more geometrico* se presenta así: como no necesitada de demostración se presupone la proposición que también Kant consideraba analítica

⁸ *Op. cit.* en nota 3, tomo I, pág. 271.

«Quien quiere un determinado fin, quiere también, en la medida en que sea racional, los medios absolutamente indispensables para la obtención de aquél». Ahora bien -y este es un principio de la antropología hobbesiana- el temor a la muerte es el motor más fuerte de la acción y, por lo tanto, la conservación de la propia vida es la finalidad suprema de la acción. Además, sabemos que sólo si impera la paz es posible alcanzar este fin; la paz es, pues, un medio para este fin y, en este sentido, es una *conditio sine qua non*. En una situación de no-paz nadie puede estar seguro «de vivir el tiempo que la naturaleza habitualmente concede al hombre»⁹, es decir, morir de muerte natural. A partir de estas premisas se infiere racionalmente la directiva de acción «busca la paz y consévala»¹⁰. Este tipo de «directivas de la razón», dice Hobbes, han sido habitualmente llamadas leyes; pero, este uso del lenguaje es inexacto¹¹. ¿Por qué? Obviamente, Hobbes presupone aquí una conexión esencial que los teóricos de las normas y los filósofos del derecho -en época más reciente Kelsen- han formulado en general así: ningún imperativo sin imperator; ninguna norma sin legislador. Con necesidad esencial, una ley presupone una voluntad legisladora. *Voluntas non veritas facit legem*. Subrayo «con necesidad esencial». Pues todas éstas no son, desde luego, afirmaciones empíricas, sino enunciados sobre implicaciones del concepto de norma o de ley prescriptiva. Las leyes naturales pueden, por lo tanto, ser llamadas leyes en sentido estricto si son expresiones, manifestaciones, de una voluntad legisladora. Y como su validez no puede basarse en el hecho de haber sido dictadas por actos de voluntad de un legislador terrenal, aquella voluntad puede ser sólo la voluntad de Dios. Si consideramos, dice Hobbes, «a las *mismas* máximas como proclamadas en la palabra de Dios» -y éste es el *segundo* aspecto, el metafísico, bajo el cual pueden ser consideradas- «entonces son llamadas con razón leyes»¹².

Locke tiene el mérito eminente de haber explicitado adecuadamente el concepto de ley que aquí subyace. Lo «necesario y esencial» en una ley es el «poder para obligar su cumplimiento».

«Pues sería completamente absurdo aceptar una regla, prescripta para las acciones libres de los hombres, sin que en ella se diera también una coacción para el bien o un mal que determina la voluntad...

⁹ Hobbes, *Leviathan* (nota 4), pág. 99.

¹⁰ Hobbes, *op. cit.*, pág. 100.

¹¹ Hobbes, *op. cit.*, pág. 122.

¹² Hobbes, *op. cit.*, pág. 122.

Si no me equivoco, ésta es la verdadera esencia de lo que se llama ley en sentido estricto»¹³.

Cabe señalar que cuando en la filosofía de esa época se habla de la esencia de una cosa, siempre se hace referencia con ello a su concepto. Los enunciados sobre la esencia son análisis conceptuales *qua* condiciones necesarias y suficientes. Por consiguiente, según Locke, hablar de la esencia o de las propiedades esenciales de una cosa tiene sentido sólo con referencia a un concepto bajo el cual cae la cosa. Si consideramos que *a* pertenece a la extensión del concepto *F*, entonces es para *a* esencial que las características definatorias de *F* sean propiedades de *a*; pues sólo esto justifica la subsunción de *a* bajo *F*. En cambio, si se dejan los conceptos de lado «con cuya ayuda clasificamos las cosas singulares y las ordenamos bajo nombres comunes», resulta entonces que para una cosa singular *qua* cosa singular no hay nada que sea esencial. «Sería absurdo preguntar si a una cosa realmente existente le falta algo esencial»¹⁴.

Según Locke, en una ley prescriptiva es esencialmente necesaria «la voluntad determinante», es decir, la motivante «coacción para el bien o mal» y con ello, debido a que sólo el placer y el dolor son buenos y malos en sentido propiamente dicho, sólo puede querer decirse la perspectiva del premio y del castigo. Por lo tanto, una ley prescriptiva tiene la forma siguiente:

Está ordenado que *p*, es decir, $\neg p \rightarrow S$. Está ordenado producir una situación *p* cuando en caso contrario ($\neg p$) se produce una situación *S*, que es percibida como un mal.

Así, las leyes naturales deben su carácter de ley a la circunstancia de que Dios «tiene el poder para imponer obediencia a través de premios y castigos de una infinita gravedad y duración en la otra vida». Por lo tanto, los hombres reflexionan acerca de si «sus acciones, en tanto deberes o pecados habrán de proporcionarles presumiblemente felicidad o desgracia de manos del Todopoderoso»¹⁵, consideraciones que, naturalmente, sólo se plantea quien cree en la existencia de un dios todopoderoso que concede premios e impone castigos.

Aquí conviene formular algunas aclaraciones. La fórmula «está ordenado, es decir, $\neg p \rightarrow S$ » expresa la esencia del imperativo

¹³ Locke, *op. cit.* en nota 3, tomo I, pág. 442.

¹⁴ Locke, *op. cit.*, tomo II, págs. 51 y sigs.

¹⁵ Locke, *op. cit.*, tomo I, pág. 443.

que Kant llamara hipotético. *S* puede, en general, ser interpretado como «no se consigue el fin perseguido». Cosechar en el otoño es el objetivo de los esfuerzos agrícolas y este objetivo (*S*) ciertamente no se logrará si no se siembra ($\neg p$) en la primavera. Por lo tanto, «¡Siembra en primavera!» (*ip!*) es un mandato de prudencia agrícola, prescindiendo del hecho de que la situación agrícola-*S* -ninguna cosecha en el otoño- puede producirse también, aunque se siembre; por lo tanto, sembrar en primavera es sólo una condición necesaria de la situación deseada. Ahora bien, todas las leyes normativas son imperativos hipotéticos; pero la inversa no vale. Como se ha señalado, la ley normativa requiere una voluntad ordenadora que no sea idéntica a la voluntad de los destinatarios de la norma. En general, una tal voluntad imperativa no es un elemento constitutivo de un imperativo hipotético. Así, el mandato de prudencia agrícola se refiere exclusivamente a la voluntad de quien tenga interés en cosechar en el otoño. Si uno considera a la tercera ley natural de Hobbes -*pacta sunt servanda*- como imperativo hipotético, entonces reza: «Si quieres la paz y si la razón te dice que la paz sólo puede ser garantizada si se cumplen los contratos y las promesas, entonces actúa en consecuencia.» La conexión entre imperativo hipotético y ley normativa -en donde el primer concepto es el más amplio y el segundo el más estrecho, contenido en aquél- encuentra una expresión sumamente clara en *De Officio Hominis et Civis juxta Legem Naturalem*, de S. Pufendorf (1632-1694).

Para «reconocer fuerza de ley» a las reglas del derecho natural como totalidad de las *leges naturales*, no basta «que manifiestamente se presentan como beneficiosas. Se requiere más bien la suposición de que la Providencia Divina todo lo gobierna y ha agudizado en la humanidad la observación de estas reglas de manera tal que sean concebidas como reveladas por Ella, aunque a través de la vía de mandatos comprensibles por la razón natural. También sin esto serían seguidas teniendo en cuenta su utilidad, de la misma manera como uno sigue las indicaciones del médico, pero no serían observadas como leyes. *El concepto de una ley presupone como algo obligatoriamente necesario una autoridad que la dicte y súbditos que estén sometidos a ella*»¹⁶.

También Pufendorf habla de necesidad y hay que tener en cuenta que con esto se quiere decir necesidad conceptual y no

¹⁶ Pufendorf, *Die Gemeinschaftspflichten des Naturrechts*, 1948, pág. 17. J. Austin, «Rechtsnormen als Verfehle des politischen Machthabers», en N. Hoerster (comp.), *Recht und Moral*, 1977, págs. 17 y sig.

fáctica. Si se dice una ley *tiene que* estar garantizada por una sanción, «tiene que» expresa una necesidad esencial, como en la frase «un soltero *tiene que* no estar casado», que debe ser distinguida de la frase «un cuchillo *tiene que* ser filoso». Pues una ley sin una amenaza eficaz de una pena no es una ley, de la misma manera que no existe un soltero casado pero un cuchillo no filoso es un cuchillo, aunque desde luego malo por falta justamente de filo. Innumerables filósofos han aceptado la aquí esbozada interpretación del concepto «ley normativa». Exponer sus posiciones sería una empresa bastante monótona. Habré de limitarme a algunos ejemplos. John Austin (1790-1859) -amigo de Bentham y de James Mill y cofundador de la filosofía jurídica analítica- explica de la siguiente manera el concepto de obligación:

Una orden es la expresión de un deseo. Pero una orden se diferencia de otras formas de expresión de un deseo porque aquel a quien se dirige la orden está expuesto a un mal por parte de quien da la orden en la medida en que no la cumpla. «Que estoy expuesto a un mal si no sigo un deseo significa que estoy *ligado* u *obligado*...» Por ello orden y deber son conceptos que se condicionan recíprocamente, es decir, son equivalentes. «O, dicho de otra manera: cuando hay un deber, se ha dado una orden; y cuando se da una orden, surge un deber»¹⁷.

Un siglo antes que Austin, Francis Hutcheson (1694-1747) criticaba que algunos filósofos entendieran por «obligación» una «necesidad absoluta de actuar de determinada manera. ¿Qué tipo de necesidad puede ser ésta? Manifiestamente no se trata de una necesidad lógica y tampoco de una necesidad natural. Pues la posibilidad de que alguien actúe en contra de sus obligaciones está suficientemente demostrada por el hecho de que esto suele suceder. *Ab esse ad posse valet consequentia*. Por lo tanto, según Hutcheson, no se ve cómo «obligación» pueda significar otra cosa como no sea la «constitución de un poderoso soberano» que niega a cada cual la posibilidad de «obtener la felicidad o de evitar la desgracia cuando no se comporta en la forma prescrita»¹⁸. Lo mismo vale, según Hutcheson, para «la ambigua palabra *deber ser*»¹⁹. Si se considera a *deber ser* como sinónimo de

¹⁷

¹⁸ F. Hutcheson, *Erläuterungen zum moralischen Sinn*, traducción y edición de J. Buhl, 1984, pág. 25.

¹⁹ Hutcheson, *op. cit.*, pág. 39.

obligación, de manera tal que la explicación de este concepto valga también para aquél, entonces la expresión *deber ser* pierde su ambigüedad. El concepto de deber ser se disuelve entonces simplemente en el clarísimo concepto de racionalidad de la acción, según el cual es racional utilizar para los fines propuestos los medios que se consideran necesarios para alcanzarlos. Quien desee evitar la situación de sanción *S* considerará -en la medida en que no—*p* es condición suficiente de *S*- que es un mandato de la razón hacer aquello que es absolutamente necesario para *S*, es decir, *p*. Dicho de otra manera: debe hacer *p*.

En este lugar aparece la filosofía alemana. Schopenhauer, invocando por lo demás a Locke, resume el análisis lacónicamente:

«Todo deber ser está... necesariamente condicionado por la pena o la recompensa y, por lo tanto, utilizando el lenguaje de Kant, es esencial e inevitablemente *hipotético* y nunca, como él sostenía, *categorico*. Pero, si no se toman en cuenta aquellas condiciones, entonces el concepto del deber ser queda vaciado de sentido: por ello, un deber ser *absoluto* es, desde luego, una *contradictio in adjecto*»²⁰.

Si es una constatación correcta desde el punto de vista analítico-esencial que no puede haber ningún imperativo sin imperator (ninguna norma sin un acto de voluntad que dicte la norma) y tampoco ningún ordenante sin un instrumentario eficaz de sanciones, si por lo tanto el deber ser se encuentra esencial y necesariamente vinculado con el premio y el castigo, entonces efectivamente un imperativo categorico es conceptualmente tan imposible como el espacio absoluto, cuya imposibilidad Berkeley fuera el primero en demostrar, en su brillante crítica a la filosofía de la naturaleza de Newton.

Otro paso conduce a la filosofía del presente. En los diálogos con Wittgenstein, excelentemente registrados por Waismann, se encuentra la siguiente frase:

«¿Qué significa *deber*? Que un niño debe hacer algo significa que si no lo hace se producirá algo desagradable. Premio y castigo. Lo esencial es que alguien es motivado a hacer algo. Un deber tiene, pues, sentido cuando detrás de él se encuentra algo que le confiere peso: un poder que castiga y premia. Un deber en sí es absurdo. «Predicar la moral es difícil; fundamentar la moral, imposible»²¹.

²⁰ A. Schopenhauer, *op. cit.* en nota 5, pág. 573.

²¹ L. Wittgenstein, *Schriften*, 3, 1967, pág. 118. La última frase es una paráfrasis de Schopenhauer: «Predicar moral es fácil; fundamentarla, difícil.»

El mismo pensamiento se encuentra en el *Tractatus*, aunque, desde luego, con una variante importante:

«El primer pensamiento que surge cuando se formula una ley ética de la forma “tú debes” es: ¿y si no lo hago? Pero es claro que la ética no tiene nada que ver con el castigo y el premio en el sentido habitual de estos términos. Así, pues, la cuestión acerca de las *consecuencias* de una acción tiene que ser irrelevante. Al menos estas consecuencias no pueden ser acontecimientos. Pues debe haber algo correcto en la formulación de la cuestión. Ciertamente tiene que haber una especie de premio ético y de castigo ético, pero éstos deben encontrarse en la acción misma. (Y es también claro que el premio tiene que ser algo agradable y el castigo algo desagradable)»²².

Lo hasta aquí dicho puede resumirse de la siguiente manera. La ética nomológica tradicional se basa en tres presupuestos: 1) la interpretación hedonista de los predicados valorativos «bueno» y «malo»; 2) el concepto de la ley normativa como un imperativo hipotético; 3) el presupuesto metafísico de que existen prescripciones de acción promulgadas por Dios. De aquí se infiere, sin más, la convicción de que la ética es una ciencia «demostrativa» cuyas deducciones (son) tan ciertas como cualquier demostración de Euclides. Al igual que Locke, Berkeley coloca al lado del «conocimiento de la relación en la matemática» «el (conocimiento) de la definición o inclusión o palabras (que quizás no es diferente del de la relación), en la ética» (*PhT*, núm. 853). La ética realiza este ideal racionalista de la ciencia bajo la condición de que el teísmo sea verdadero.

Definición: Está ordenado que p , es decir, $(\neg p \supset S)$.

1. Si Dios existe, entonces $(\neg p \supset S)$.
2. Dios existe.
3. $(\neg p \supset S)$ (*modus ponens*, 1, 2).
4. Está ordenado que p (3, Def.).

Deducciones con esta estructura pueden ser designadas como fundamentaciones últimas de principios morales heterónomos; heterónomos a causa del presupuesto dominio absoluto de Dios y la perspectiva allí íncita de placer-displacer. Quien, bajo estos presupuestos, se aparta de la senda de la virtud o bien no es racional -en la medida en que entre las características de la racionalidad práctica se cuenta el que para los fines dados se utilicen los medios que se consideran necesarios- o no conoce sus verdaderos intereses. El amor de sí mismo racional, esclarecido

²² L. Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, Londres, 1961, 6.422.

-según Berkeley, la actitud moral propiamente dicha- se caracteriza por el hecho de que sabe evaluar el bien y el mal a largo plazo, en última instancia *sub specie aeternitatis*.

«Porque el mundo entero y la suma de la existencia temporal de las cosas pereceras en vista de la eternidad, son totalmente indiferentes o “menos que la nada”, es evidente que todo ser racional debería tomar sus decisiones desde el punto de vista de la mejor promoción posible de sus intereses eternos»²³.

Como el derecho natural *-leges naturales, laws of nature* (Hobbes, Locke, Berkeley)- es suprapositivo, es decir, no debe ser derecho impuesto por actos humanos de voluntad, se plantea la cuestión de saber si entre los teóricos del derecho natural ha habido siempre acuerdo acerca del contenido de este ordenamiento normativo. Las fuentes jurídicas del derecho natural son sumamente problemáticas en la medida en que, colocando la fe sobre el saber -tal como suele suceder en la tradición cristiano-occidental- no se recurra a la palabra revelada de Dios, a la Biblia. Sorprendentemente, a lo largo de siglos, el contenido de las normas del derecho natural ha sido prácticamente indiscutido, con una excepción, desde luego importante: el derecho de resistencia. ¿Existe un derecho natural de resistencia en contra de las disposiciones de una autoridad despótica? Después de la Gloriosa Revolución de 1688 y en vista de los reiterados intentos violentos de una restauración de los Estuardo, ésta siguió siendo en Inglaterra una cuestión actual hasta bien adentrado el siglo XVIII. Locke la trata en el segundo de sus *Tratados sobre el gobierno* con el resultado de que la rebelión está justificada cuando la autoridad «se coloca frente al pueblo en situación de guerra», lo que es el caso cada vez que, en contra de su razón de ser, procura obtener «poder absoluto sobre la vida, la libertad y la propiedad del pueblo». Pues los hombres han renunciado a su originaria libertad ilimitada y creado una autoridad secular legisladora a fin de que, en lugar de la violencia y la arbitrariedad que imperarían si cada cual fuera juez de su propia causa, pueda aparecer el dominio del derecho imparcial, obligatorio para todos. Frente a una autoridad que viola el derecho o actúa en contra del derecho natural, es decir, frente a una autoridad pervertida, no existe ningún deber de lealtad ciudadana. Esta es la

²³ G. Berkeley, «Passive Obedience», en *The Works* (nota 1), vol. VI, pág. 20.

opinión dominante después de la Gloriosa Revolución; Locke, con su «segundo tratado», puede ser considerado como el filósofo que resume los pensamientos de su época. Sin embargo, con respecto a esta cuestión había una fuerte opinión minoritaria que tenía su portavoz en Berkeley. Su alegato en contra de un derecho natural de resistencia sigue en *Passive Obedience* el esquema de la fundamentación de las *leges naturales*. Estas son

«un sistema de reglas o prescripciones de un tipo tal que si fueran seguidas en todas partes y por todos, necesariamente promoverían el bienestar de la humanidad, en la medida en que este objetivo puede ser alcanzado a través de la acción humana»²⁴.

Si se supone que el bienestar de la humanidad es el objetivo final querido por Dios, entonces, de acuerdo con el principio de racionalidad del querer, toda regla de la que haya que suponer que su cumplimiento general promovería la felicidad de la humanidad, es un medio querido por Dios para lograr este fin. Es obvio que la veracidad practicada por cada cual tiene una eminente utilidad social. Por ello, la prohibición de mentir es una ley natural, revelada por Dios y también «comprensible por la vía de la razón natural», como dice Pufendorf siguiendo a Hobbes. Como, a causa de la naturaleza predominantemente insatisfecha del hombre que «es malvado, petulante, fácilmente irritable, a la vez que capaz y proclive a infringir daños a los demás» (Pufendorf), la anarquía conduciría a la miseria generalizada, la norma «no debes rebelarte contra tu autoridad secular» tiene que ser considerada como una ley natural.

«La lealtad o el sometimiento al poder estatal -en la medida en que este comportamiento es practicado en general conjuntamente con las demás virtudes- están conectados necesariamente con el bienestar de la humanidad. Por lo tanto, si es correcto el criterio que hemos formulado, entonces la obediencia frente a la autoridad es un deber moral o un elemento de la religión natural. Y por ello toda forma de resistencia, entendida en sentido estricto y propiamente dicho, es un pecado; esto vale no sólo para toda la cristiandad, sino también para todos aquellos que sobre la Tierra se dejan guiar exclusivamente por la luz de la razón»²⁵.

Podemos resumir con una sola frase de Locke y con una

²⁴ Berkeley, *op. cit.*, pág. 24.

²⁵ Berkeley, *op. cit.*, pág. 25.

fórmula sencilla lo hasta aquí dicho y lo que hemos llamado ética nomológica tradicional.

«Por lo tanto, lo moralmente bueno o malo es sólo la coincidencia o no coincidencia de nuestras acciones voluntarias con una ley, a través de lo cual, de acuerdo con la voluntad y el poder del legislador, nos procuramos lo bueno o lo malo»²⁶.

Pero, ¿qué dice Wittgenstein? «Es claro que la ética no tiene nada que ver con el premio y el castigo en el sentido habitual.» Ciertamente tiene que existir el premio ético y el castigo ético; pero ambos deben residir en la acción misma y no pueden estar vinculados contingentemente con la acción como resultado causal. Esto parece indicar necesariamente que Wittgenstein hace referencia a una convicción básica evidente para la conciencia moral actual. Ella se articula en la frase: el egoísmo y el valor moral se excluyen recíprocamente. Sin embargo, tal como lo muestra la ética nomológica tradicional, esta frase no ha valido siempre como un principio evidente. Así, con respecto a la cuestión de si el egoísmo y el valor moral son realmente inconciliables, el siglo XVIII ofrece el ejemplo, o mejor dicho, el espectáculo de una vehemente polémica entre las intuiciones valorativas. Según los unos, el actuar egoístamente motivado puede, en el mejor de los casos, ser moralmente neutral pero nunca moralmente valioso; sólo las acciones realizadas por motivos benevolentes y desinteresados merecen el predicado «moralmente buenas». En modo alguno, dicen los otros. No sólo son conciliables mutuamente el propio interés bien entendido y el valor moral; lo que sucede más bien es que el amor de sí mismo bien entendido es el único consejero confiable en situaciones en las que hay que tomar decisiones morales, es la voz de la razón, que nos permita llevar a cabo la elección correcta. En los diálogos *Alciphron*, en los cuales Berkeley, desde Norteamérica, critica duramente al corrompido Viejo Mundo, aparecen ambas concepciones en los argumentos y contraargumentos.

«Despreciamos la virtud de quien primero calcula y reflexiona y tiene que tener una razón para su virtud. Esto puede quizás dar origen a un tipo bajo, popular y egoísta de la virtud, pero tiene que destruir totalmente la virtud en un sentido excelso y heroico. Pues el egoísmo es algo bajo e innoble, que destruye el mérito de la virtud.»

«¿Y no se sigue que el deber y la virtud pueden ser practicados

²⁶ Locke, *op. cit.* en nota 3, tomo I, pág. 442.

de una manera mejor si las personas son guiadas por la razón y el juicio, si sopesan los placeres bajos y sensible en relación con aquellos de tipo superior, si comparan la pérdida actual con la ganancia futura? ¿Puede acaso haber un impulso más fuerte para la virtud que aquél que en todas las circunstancias es la utilidad verdadera de cada cual?»²⁷

¿Quiénes son aquéllos que «calculan» y deliberan y se deciden por razones bien meditadas, que adoptan el comportamiento moralmente correcto, conforme al deber, guiados por consideraciones de racionalidad teleológica? Son los moralistas cristianos. Hutcheson los coloca en el mismo nivel que a Hobbes, ya que, si bien es cierto que aquéllos consideran como digno de ser perseguido «otro tipo de felicidad», reconocen, al igual que este último, tan sólo la «perspectiva de la propia felicidad» como motivación para una decisión o elección. Y efectivamente tal es el caso: según Hobbes, la supervivencia física (la autoconservación) es el objetivo supremo de la acción y está ordenado -ley natural- todo aquello que, según el juicio de nuestra razón, es necesario para producir o conservar una situación de paz que garantice la supervivencia. Para los moralistas cristianos, la vida eterna (autoconservación metafísica) constituye el objetivo final y la conformidad con las leyes naturales proclamadas por la Palabra Divina es considerada como un medio sin el cual no es posible alcanzar aquel fin.

¿Qué opinan los representantes de la moral de los sentimientos cuando hablan de la virtud en un sentido no popular? Piénsese, por ejemplo, en la acción que el actor realiza exponiendo su vida con el propósito totalmente desinteresado de salvar la vida de otra persona. No hay duda que también aprobamos una tal forma de comportamiento justamente cuando el intento de salvamento fracasa por circunstancias adversas, es decir, cuando la acción resulta ser un medio inadecuado para el fin propuesto. Pero esto significa tan sólo que el valor moral de una acción reside en ella misma, es un valor intrínseco. Así, pues, el egoísmo y el valor moral no sólo se excluyen recíprocamente (como dice Schopenhauer): el virtuoso no calcula, es decir, no persigue intereses de propia utilidad. Además, el valor de virtud de una acción es independiente del hecho de que la situación del mundo que el actor procura realizar con su acción se realice efectivamente o no.

²⁷ G. Berkeley, *Alciphron*, traducción y edición de F. Raab, 1915, págs. 120-123.

Por lo tanto, la idea fundamental de la ética de los sentimientos es la siguiente: si nos imaginamos dos mundos -en el uno domina el afán de ayudar a quien se encuentra en una situación de penuria; en el otro, la indiferencia recíproca de los individuos- y si nos preguntamos cuál de los dos mundos es moralmente mejor, qué mundo deberíamos crear si se nos diera el poder para ello, la pregunta no es respondida con un razonamiento de puro cálculo: ¿cuál es la voluntad de Dios?, ¿cuáles son nuestros intereses eternos?, sino que es respondida directamente diciendo que el sentimiento moral aprueba uno de estos mundos y desaprueba el otro. Aquí no hay nada que fundamentar, para no hablar de «fundamentaciones últimas». Aquí hay tan sólo que constatar: justamente así valoramos nosotros. La «chispita del amor al prójimo» de la que Hume dice que «junto con los elementos básicos del lobo y la serpiente» se encuentra en la naturaleza humana, es algo fáctico. Aquí y sólo aquí tiene la moral su fundamento. Si uno pregunta -según Hutcheson- por qué aprobamos el afán de bienestar general, los comportamientos altruistas, no se descubrirán entonces «más verdades» -en el sentido de razones de fundamentación- «que las que podríamos dar cuando decimos que nos gustan las frutas sabrosas»²⁸. El *moral sense* no es nada más que la capacidad de reaccionar desinteresadamente con respecto al propio bienestar con aprobación o desaprobación de determinadas acciones u omisiones; dicho en términos generales: de reaccionar frente a determinadas situaciones del mundo. Desde luego, no puede dejar de percibirse la significativa analogía con la experiencia estética. Ya en los diálogos *Alciphron* y más tarde en Hume, se habla de la «belleza moral». La ética nomológica considera a la acción virtuosa como un medio para lograr el fin de la felicidad del actor, piensa, pues, «calculatoriamente» -la virtud vale la pena-, con las categorías habituales de premio y castigo. La ética de los sentimientos considera al comportamiento virtuoso como algo en sí mismo valioso, como fin último. En esto consiste la oposición entre ambas. Y a esta oposición subyacen diferentes intuiciones conceptuales acerca de lo que significa «moralmente bueno».

Naturalmente, la fórmula «la virtud es un fin último o un fin en sí mismo» corre el peligro de ser malinterpretada, sobre todo en Alemania, en donde el Utilitarismo ha tenido siempre una mala prensa. El hecho de que, como lo formulara Hume, la virtud «es perseguida por ella misma, sin tener en cuenta premio o

²⁸ Hutcheson, *op. cit.* en nota 18, pág. 23.

recompensa, simplemente por la satisfacción inmediatamente producida por ella»²⁹, no excluye en modo alguno que la moral no cumpla una función y que no esté para algo. ¿Para qué está? ¿Cuál es su tarea? Procura mejorar la *condition humaine*, la situación de la humanidad en un mundo de bienes escasos. Nadie más claramente que Schopenhauer ha reconocido esta tendencia utilitarista de la moral en general. Según él, el contenido de todas las reglas morales podría resumirse en el principio *neminem laede imo omnes quantum potes iuva*. Traducido libremente: procura que a través de tu comportamiento no haya más miseria en el mundo de la que de todas maneras ya hay en él y crea todo el bien que puedas. Naturalmente, bien puede significar aquí el bien extramoral, en el sentido del Hedonismo. El hecho de que aprobamos moralmente un mundo en el que se reduce la miseria general o (lo que es lo mismo) se maximiza el bienestar general y desaprobamos un mundo en el que ocurre lo contrario, es una valoración primaria o última, no fundamentable, basada en una concordancia inmediata con nuestras tendencias.

Hutcheson y Hume han mostrado que las justificaciones en las cuales se aducen razones acerca de por qué esto o aquello es bueno, es aprobado o debe ser hecho, muy rápidamente llegan a su fin. Y el estrato en donde la pala se dobla -para utilizar la metáfora de Wittgenstein- consiste en un sentimiento, en tendencias orientadas hacia el bienestar propio o ajeno. Cuando uno pregunta por qué aprobamos moralmente los esfuerzos en aras del bienestar de los otros, especialmente la preocupación por el bien común, obtiene a menudo la respuesta: «porque Dios quiere que a las personas les vaya bien en la Tierra». Si uno sigue preguntando por qué aprobamos el entregarse a los fines divinos, la respuesta reza: «porque Dios es nuestro bienhechor». Pero a la pregunta ¿por qué debo mostrarme agradecido frente a un bienhechor? no existe ni puede existir ninguna respuesta. Aquí, como dice Hutcheson, tenemos que recurrir a un sentimiento inmediato³⁰. Es simplemente así y sin ninguna otra razón: aprobamos moralmente que el bien se pague con el bien y despreciamos a quien da sus espaldas a su benefactor. Según Hutcheson, es una teoría «comprensible», es decir, tiene sentido, aquella que afirma que nuestra aprobación del actuar orientado hacia el bienestar general se basa en el hecho de que tales esfuerzos

²⁹ D. Hume, *Eine Untersuchung über die Prinzipien der Moral*, traducción de C. Winckler, 1972, pág. 145.

³⁰ Hutcheson, *op. cit.* en nota 18, pág. 24.

aprovechan al sujeto que formula su aprobación. Pero es fácticamente falsa porque el bienestar general -en la formulación clásica de Bentham: la mayor felicidad del mayor número- es algo que las personas aprueban sin tomar en cuenta su propia ventaja. Sin embargo, así como «la verdad de que cien piedras son más que una no habrá de motivar a reunir las a quien no tenga ningún interés en montones de piedras»³¹, así tampoco la simple intelección racional de que hay mayor felicidad en el mundo cuando hay cien personas felices que cuando hay una puede motivar el actuar orientado hacia el bienestar general u ofrecer razones de justificación en el sentido de que una situación del mundo sea mejor que la otra.

Los fines últimos de nuestro actuar no pueden ser explicados por la razón, es decir, no pueden ser justificados o fundamentados racionalmente.

«Si se pregunta a alguien por qué hace gimnasia dirá que lo hace porque desea conservar su salud. Si se le pregunta por qué desea estar sano, responderá de inmediato que porque la enfermedad trae aparejados dolores. Si se continúa con las preguntas y se desea saber por qué odia el dolor, es imposible que pueda dar una razón. Este es un fin último y no puede nunca ser referido a otro objeto.» Los dolores son evitados como algo que es en sí mismo malo, por ellos mismos.

«Como la virtud es un fin último, es decir, se aspira a ella sin esperar premio o recompensa... necesariamente tiene que existir algún sentimiento que ella conmueva, una tendencia interna, una sensación interna o como quiera llamársela...»³²

En el carácter de finalidad en sí misma de la virtud, reside la solución del problema wittgensteniano en el sentido de que, por una parte, debe haber recompensa pero no en el sentido en que está vinculada la recompensa con nuestras acciones, es decir, como resultado externo, contingente. No hay duda que la ética del sentimiento representa un progreso con relación a la ética nomológica. Ello es así porque es más adecuada a nuestras intuiciones morales que esta última. «El virtuoso no calcula»; en efecto. Pero, una vez más; éste no es un enunciado empírico sino una verdad conceptual: «*Así* está acuñado el concepto *moralmente bueno*, así lo utilizamos. Desde luego se lo puede usar de otra manera y el ejemplo de los moralistas cristianos lo demuestra.»

Ética nomológica y moral de los sentimientos

423

³¹ Hutcheson, *op. cit.*, pág. 19.

³² D. Hume, *op. cit.* en nota 29, pág. 145.

Volvamos nuevamente al concepto de ley. También la ética de Kant es una ética nomológica. Pero como Kant quiere eliminar de la teoría moral el deber ser hipotético y con ello también el aspecto de la felicidad y para la determinación de aquello que es moralmente valioso sólo desea hacer valer un deber ser categórico, naturalmente su ética tiene un perfil diferente al de la ética nomológica tradicional. Por lo demás, aquí no hay que hablar del imperativo categórico o de la ley ética, sino de deberes éticos concretos, tales como la prohibición de mentir o el mandato de hacer todo el bien posible, que son reconocidos expresamente por Kant como normas morales válidas. Utilizando el lenguaje kantiano, se puede llamar categoricidad a la característica distintiva de un tal deber ser determinado en su contenido. ¿Qué quiere decirse con esto?

«Ser benefactor cuando se puede, es un deber»³³. Ahora bien, dice Kant, hay «almas tan compasivamente condicionadas» que -sin motivo alguno de arrogancia o de autointerés- experimentan un placer interno, un gozo en expandirse «y pueden regocijarse en la satisfacción de los demás en la medida en que ella es el resultado de su actuar». (*Ibidem*). Pero una acción que resulte de la benevolencia o la simpatía no tiene ningún valor ético verdadero. Por ello, Kant intenta definir nuevamente el concepto «moralmente bueno» y lo hace de forma tal que no sólo vale: el egoísmo y el valor moral se excluyen recíprocamente sino que, además, las llamadas sensaciones morales -*benevolence, sympathy*- no son ni necesarias ni suficientes para el valor moral. Naturalmente, esta es una definición puramente negativa, a la que se llega a través de la abstracción de las connotaciones habituales. De esta manera no puede darse un contenido positivo al predicado *moralmente bueno*. Pero tampoco a través de la introducción de nuevos vocablos, no explicados -«actuar por deber», «respeto a la ley»- es posible eliminar el déficit de significado. La situación no parece ser mejor en el caso del concepto de categoricidad. Es claro que en el caso de la beneficencia por vocación, el concepto de deber ser no se aplica en absoluto. Aquello que, por así decirlo, sucede naturalmente no necesita ser exigido. «¡Sigue tus inclinaciones!» es manifiestamente una exigencia que carece de sentido; y también es significativo que en la ética de los sentimientos el concepto de ley no juegue prácticamente ningún papel. Desde luego el benefactor que calcula sus

³³ I. Kant, «Grundelegung zur Metaphysik der Sitten», en *Werke*, editadas por W. Weischedel, 1956, tomo IV, pág. 24.

actos -sus intereses que han de ser promovidos por sus actos de benevolencia pueden ser de éste o del otro mundo- también queda fuera de juego porque la norma «¡Haz el bien!» se le presenta simplemente como imperativo hipotético. Kant tenía en mira una tercera ética, que no era ni de los sentimientos ni nomológica del viejo estilo. Pero en Kant no se encuentra ninguna explicación medianamente satisfactoria acerca de lo que ha de entenderse por categoricidad, un imperativo que ordene categóricamente, fuera de la constatación puramente negativa (no satisfactoria) de que un deber ser categórico no es un deber ser hipotético. Con esto, la filosofía moral cae en un dilema. En realidad, sucede lo que ya decía Schopenhauer: dada la interpretación clásica del concepto de ley, como el deber ser está *esencial y necesariamente* condicionado por el premio y el castigo, es decir, es hipotético, un deber ser categórico es algo intrínsecamente imposible, una *contradictio in adjecto*. Esta consecuencia puede evitarse sólo pagando el muy alto precio de aceptar que el *deber ser categórico* sea una expresión reinterpretada de antemano, un signo lingüístico carente de significado, al que hay que darle por lo pronto un significado. Consideremos la secuencia de signos « $2 + 3 = 7$ ». O bien ella expresa una proposición analíticamente falsa, si a ella subyacen las reglas habituales de uso de «2», «3», del signo más, del de igualdad, etc. O bien « $2 + 3 = 7$ » es una proposición en otro idioma totalmente exótico, incomprensible para quien calcula $2 + 3 = 5$. Contradicción o incomprensión: esta alternativa se presenta ante el filósofo como la alternativa entre la peste y el cólera. Cuando hablo de un problema descuidado de la filosofía moral quiero decir nada menos que la tarea de otorgar significado al término *categoricidad* es una tarea que, desde luego, tan sólo se plantea si se presupone que la «ética tiene que ver con un deber ser que no es el habitual deber ser hipotético, referido a inclinaciones y aversiones. Y este presupuesto es todo menos trivial. B. Russell, siguiendo la tradición empirista, no parte obviamente de este presupuesto cuando dice:

«La piedra de toque para todas las reglas éticas consiste en preguntar si están en condiciones de realizar los fines que deseamos. Digo los fines que deseamos y no los fines que *deberíamos* desear. Lo que *deberíamos* desear es sólo aquello que otro quiere que deseemos.»

En cambio, los programas de fundamentación filosófico-transcendentales tan en boga actualmente parecen partir del mencionado presupuesto, algo que es totalmente incoherente, ya

que ni en la ética nomológica tradicional ni en la ética de los sentimientos existen problemas especiales de fundamentación. Aquellos programas tienen tan sólo el defecto de que hasta ahora no está claro qué es lo que en realidad debe ser fundamentado.

Según Wittgenstein, no es posible decir que la voluntad es la portadora de lo ético. «Y la voluntad como fenómeno interesa sólo a la psicología»³⁴. Puede ser que con la expresión «voluntad como portadora de lo ético», quiera hacerse referencia a la voluntad moralmente buena o pura en el sentido de Kant, a la voluntad de actuar a partir de la conciencia del deber. Pues tanto la ética nomológica tradicional como la ética de los sentimientos tienen que ocuparse de la voluntad psicológica o fenomenal o empírica, determinada por tendencias orientadas hacia el bienestar propio o ajeno. Y, desde luego, puede hablarse acerca de esta voluntad. Es -en el sentido de Wittgenstein- una parte del mundo.

(Trad. de Ernesto Garzón Valdés)

³⁴ L. Wittgenstein, *op. cit.* en nota 22, 6.423.

SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN EN LA DOGMÁTICA PRIVADA FINLANDESA EN EL PERÍODO 1920-1960

1. *Introducción*

1.1.

De acuerdo con una idea bastante común la investigación en la dogmática jurídica está estrechamente conectada con el derecho positivo, sus resultados tienden a ser más reproductivos que productivos y sus lazos con el derecho legislado la hacen ser en gran medida inmune a las tendencias intelectuales. Esta concepción es, si no equivocada, sí al menos indudablemente parcial.

Puede objetarse que la investigación en la dogmática jurídica está considerablemente menos asociada al derecho positivo de lo que generalmente se cree. Esto ocurre especialmente en la dogmática privada. Al buscar problemas desafiantes y difíciles los estudiosos tienen grandes probabilidades de seleccionar su tema de un campo en el que el derecho escrito es de poca importancia.

Un argumento incluso más poderoso en contra de esta concepción es el hecho de que el Derecho positivo no ofrece a los investigadores las premisas ontológicas, epistemológicas y metodológicas en las que la dogmática jurídica necesariamente se basa¹. Esto implica que la dogmática jurídica puede desarrollarse autónomamente, con independencia de los cambios a los que el Derecho positivo está sometido y con independencia de que los resultados de la investigación que presenta como derecho válido pueden cambiar significativamente mientras el derecho escrito permanece inalterado.

En este ensayo voy a analizar la evolución de la argumentación en la investigación sobre Derecho privado finlandés en el

¹ Por estas premisas quiero decir respuestas a las preguntas, «¿qué es el Derecho?», «¿qué es el conocimiento del Derecho en el Derecho?» y «¿qué métodos deben utilizarse para obtener conocimiento acerca del Derecho?»

período 1920-1960. También voy a intentar establecer cómo influyeron los cambios en cuestión en la naturaleza de los resultados producidos por la dogmática jurídica, y en las posiciones tomadas sobre el contenido de las normas legales (*proposiciones interpretativas*)².

1.2. Al comienzo de este siglo el estudio doctrinal del Derecho en Finlandia estaba muy abierto a la influencia extranjera. Tenía escasa tradición propia y los vacíos eran cubiertos por medio de ejemplos de otros países. Los estímulos procedían principalmente de dos direcciones: Alemania y Escandinavia, en particular Suecia. En un principio estas dos corrientes se reforzaban mutuamente debido a la influencia alemana sobre la investigación de derecho privado en Suecia³. Esta situación cambió pronto. En Suecia empezaba a manifestarse una nueva tendencia muy crítica con la llamada dogmática conceptualista (*Begriffs jurisprudentz*). Esta línea de pensamiento sería finalmente conocida en el mundo como Realismo Jurídico Escandinavo.

Como consecuencia de este desarrollo los investigadores de Derecho privado finlandeses tenían a su disposición en los años veinte dos modelos muy diferentes de investigación. Uno estaba fundado en la tradición de la dogmática conceptualista, que había sido importada a partir de 1880. Los estudios representativos de este enfoque formaban la estructura de la dogmática privada finlandesa. El otro modelo de investigación estaba en relación con la nueva escuela de pensamiento que acababa de nacer en Escandinavia.

Las diferencias entre los dos marcos de referencia eran muy grandes. La dogmática conceptualista consideraba el sistema jurídico una entidad sistemática basada en dos categorías fundamentales: las instituciones jurídicas (por ejemplo la compraventa, el arrendamiento o la garantía) y los derechos subjetivos (por ejemplo la propiedad o un derecho de crédito). El ordenamiento era considerado un sistema de instituciones jurídicas y de derechos subjetivos.

² El artículo está basado en mi libro *Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920-1960* (1988) (*Dogmática jurídica y metafísica. Un estudio sobre el enfoque científico del Realismo Jurídico Escandinavo y su influencia sobre la investigación finlandesa de Derecho civil en el período 1920-1960.*)

³ Véase Jan-Olof Sundell, *Tysk påverkan på svesk civilrättsdoktrin 1870-1914* (1987), *passim*.

De acuerdo con ese modelo la labor de la ciencia jurídica era estudiar la naturaleza y las interrelaciones de las categorías y elaborar teorías generales que atribuyeran consecuencias jurídicas a estas categorías. Las teorías podían usarse para encontrar soluciones a problemas jurídicos concretos asignando el caso problemático en cuestión a la categoría adecuada, tras lo cual la consecuencia jurídica podía determinarse por medio de la doctrina general conectada a esta categoría⁴.

Si intentamos caracterizar en un nivel mayor de abstracción la investigación basada en el enfoque conceptualista, podemos decir que concibe la ciencia jurídica como una ciencia *racional* y *dogmática* fundada en principios. Hay una estrecha relación entre la dogmática y la tradición cultural jurídica, en la que los principios juegan un importante papel. Las reglas jurídicas concretas son aplicaciones deductivas particulares de principios establecidos por la doctrina general.

El método usado por el investigador para fijar el contenido de una regla jurídica concreta consiste en elucidar una antigua y sofisticada tradición. La habilidad requerida para resolver problemas concretos se basa en un buen dominio de todo el sistema. Solamente el ordenamiento jurídico como un todo proporciona los principios a la luz de los cuales el caso debe ser examinado, así como el marco de referencia de la crítica jurídica dirigida contra las decisiones judiciales.

El enfoque del *Realismo Escandinavo* era enteramente diferente. Afirmaba que el sistema jurídico no es un sistema lógico, sino un fenómeno empírico. De esta forma, el método deductivo favorecido por la dogmática jurídica conceptualista no es un medio adecuado de estudiar el derecho. Este punto de vista era firmemente sostenido por las teorías filosóficas de Axel Hägerström.

Hägerström mantenía que las categorías jurídicas básicas, como los conceptos «derecho (subjetivo)» y «deber», eran parte de la metafísica práctica con la que la ciencia jurídica estaba de numerosas formas interconectada. Él creía que podía probar que estos conceptos eran meras cáscaras vacías, palabras carentes de cualquier connotación o denotación⁵. Esto significaba que un argumento que pretendiera justificar una solución por

⁴ De los artículos escandinavos que presentan el método de la dogmática conceptual, debe hacerse especial referencia a Francis Hagerup, «Nogle Ord on den nyere Retsvidenskabs Karakter», *TjR*, 1888, págs. 1-58.

⁵ Véase eg Axel Hägerström, *Inquiries into the nature of law and morals* (1953), págs. 1-16.

medio de la referencia a una categoría jurídica no podía ser en realidad defendido, ya que es imposible fundar nada en elementos no existentes.

De acuerdo con el Realismo Jurídico Escandinavo, el sistema jurídico consta de normas jurídicas que son consideradas relaciones entre hechos y consecuencias jurídicas. La regulación jurídica es una forma de *ingeniería social*⁶. Asociando efectos jurídicos a grupos de circunstancias convenientemente seleccionados es posible cambiar de una manera adecuada el comportamiento de la gente y desarrollar la sociedad de acuerdo con un diseño calculado. La dogmática debe tener en cuenta la función de las normas jurídicas como instrumentos de ingeniería social.

Cuando la dogmática jurídica se utiliza para resolver un caso donde hay una laguna o algún punto ambiguo en el derecho positivo, la solución debe basarse en el hecho de que sus efectos cumplan el objetivo social pretendido. En otras palabras, las llamadas *consideraciones prácticas* deben ser enfatizadas en la argumentación jurídica mucho más que antes. El papel asignado a estos argumentos era el mismo que el que el modelo conceptualista asignaba a las doctrinas generales.

En el Realismo Escandinavo se le daba también más importancia a la práctica jurídica y a los precedentes jurisprudenciales. De acuerdo con la nueva escuela de pensamiento, la validez de una norma jurídica significa su eficacia entre las autoridades. De esta forma, un jurista que pretende que los resultados de su investigación correspondan al derecho válido no puede omitir la práctica jurídica. Esta visión también entraba en agudo conflicto con la concepción subyacente en la dogmática conceptualista. En efecto, ésta afirmaba que la solución a un problema jurídico debe ser derivada del sistema jurídico. Desde esta perspectiva era completamente erróneo intentar resolver una cuestión estudiando las decisiones judiciales, ya que éstas son tomadas por juristas que aun estando suficientemente versados en práctica jurídica, no tiene el conocimiento profundo de las sofisticaciones del sistema.

⁶ La idea de la ingeniería social planteada por el Realismo Escandinavo puede encontrarse claramente en, por ejemplo, el método de Lundstedt de bienestar social, el método de interpretación teleológica de Ekelöf y en el enfoque de Alf Ross sobre la política (policy) jurídica. Véase eg Lundstedt, *Superstition or rationality in action for peace* (1925), pág. 129 y sig.; Ekelöf, *Teleological construction of statutes*, Sc. St. L., 1958, págs. 75 y sig., y Ross, *Om ret og retfaerdighed* (1953), págs. 417 y sig.

Después de este breve esbozo de los dos modelos que han tenido un considerable impacto en la investigación de Derecho privado en Finlandia, voy a intentar elucidar cómo se manifestó la tensión entre ambos en la argumentación jurídica y los resultados obtenidos. El período a examinar cubre los años 1920-1960.

Debe tenerse en cuenta que en los años veinte el enfoque conceptualista había asumido ya su forma definitiva, mientras que las ideas del Realismo Escandinavo estaban sólo en el principio de su desarrollo⁷. Consecuentemente, la tensión entre las dos teorías no se había manifestado todavía con claridad. Sin embargo, parece apropiado comenzar en esa década, pues esto puede permitirnos estudiar el proceso de cambio desde el principio.

2. La argumentación en la dogmática jurídica en los primeros años veinte

En los años veinte el auge de la dogmática conceptualista había ya pasado en Alemania. Había sido severamente criticado por los seguidores de la Escuela del Derecho Libre («Freirechtsschule») y de la llamada jurisprudencia de intereses («Interessenjurisprudenz») por enfatizar la estructura sistemática del ordenamiento a costa de otros aspectos. De acuerdo con estos críticos, era impensable que la vida pudiera ser reducida a modelos determinados por conceptos y que el mundo pudiera ser dominado por medio de conceptos y definiciones.

Los juristas finlandeses conocían la crítica dirigida contra el marco de referencia conceptualista y ésta había recibido incluso alguna acogida favorable en escritos relacionados con la metodología de la dogmática jurídica. El enfoque conceptualista era sin duda rechazado en la medida en que pretendía derivar consecuencias jurídicas del sistema de conceptos jurídicos sin tomar en consideración si estos resultados cumplían ciertas necesidades sociales, económicas o morales. Sin embargo, los méritos de la dogmática en cuanto a claridad sistemática y seguridad jurídica

⁷ Los realistas escandinavos tenían diferentes opiniones sobre la relación entre sus teorías y la cultura jurídica escandinava tradicional. Lundstedt consideraba su acercamiento una innovación revolucionaria, mientras que Ross pensaba que su propia teoría retomaba la vieja tradición danesa, originada en Orstedt pero interrumpida durante el período de dominación de la dogmática conceptualista.

eran acentuados. Estas ventajas se consideraban tan importantes que parecía imposible abandonar el método conceptualista.

Kivimäki, una figura prominente en la investigación de Derecho privado finlandesa⁸, afirmaba que «la dogmática jurídica es y debe ser *principalmente* conceptual». Una crítica bien fundada contra el método de la dogmática podía realizarse sometiendo los resultados obtenidos por este método a un examen basado en los criterios desarrollados por la «Freirechtsschule» y por la jurisprudencia de intereses.

En cuanto a la propia dogmática, sus características correspondían en gran medida a los puntos de vista adoptados en los escritos metodológicos. El acercamiento que prevalecía en la ciencia jurídica era fundamentalmente conceptualista. Entre los problemas planteados había una considerable cantidad de cuestiones relativas a categorización.

La determinación de a qué categoría jurídica pertenecía un fenómeno problemático era considerada un problema científico real. Cuando el fenómeno había sido clasificado, sus consecuencias jurídicas se establecían derivándolas de los principios jurídicos peculiares de esa categoría. Sin embargo, el análisis no siempre se extendía a los efectos jurídicos. En realidad se pensaba que en muchos casos la mera categorización era un resultado suficiente, pues esto ya permitiría al lector informado inferir él mismo las consecuencias jurídicas.

La investigación de Derecho privado finlandesa difería, por ejemplo, de la dogmática conceptualista representada por Puchta en que no consideraba las construcciones jurídicas entidades *a priori* más allá de la esfera de influencia del legislador. Por el contrario, se mantenía que las categorías debían derivarse del Derecho positivo⁹. Este requisito no era, sin embargo, en la mayoría de los casos más que papel mojado. En realidad, las categorías eran extraídas de los resultados obtenidos en los estudios alemanes de Derecho privado, mientras que las disposiciones casuísticas del Derecho positivo proporcionaban sólo un pequeño apoyo.

Sin embargo, la dogmática finlandesa mostraba respeto por el Derecho positivo en el sentido de que no aceptaba esa clase de

⁸ T. M. Kivimäki fue profesor de Derecho civil en la Universidad de Helsinki durante 1931-1956. Hasta el final de la segunda guerra mundial desempeñó importantes cargos públicos y fue primer ministro de Finlandia durante 1932-1937.

⁹ Inter alia Caselius, *Panttioikeuden käsitteestä Suomen oikeuden mukaan* (1925). (*El concepto del derecho de gravamen en el Derecho finlandés.*)

deducciones basada en el enfoque conceptualista que conducía claramente a soluciones incompatibles con el Derecho positivo. Si el resultado deducido del sistema y la norma jurídica chocaban, esta última debía prevalecer. Esto limitaba el uso del método conceptualista a los problemas que no podían resolverse aplicando el Derecho positivo.

En la práctica, esta restricción no era, sin embargo, muy significativa porque había en la legislación civil numerosas lagunas, algunas de las cuales atañían a cuestiones importantes. Como Kivimäki señaló, habría sido engañoso afirmar que las principales normas del Derecho privado se fundaban o podían fundarse en el Derecho escrito, «que ni siquiera mencionaba el fenómeno jurídico más común y significativo en el comercio, y el contrato entre ausentes»¹⁰.

Naturalmente, las lagunas en el Derecho positivo pueden integrarse por otros medios distintos del recurso a la doctrina conceptualista. Como se ha explicado más arriba, el Realismo Escandinavo destacaba la importancia de los argumentos prácticos sustanciales y de los casos judiciales. Pero estas ideas no recibieron apoyo en Finlandia en los primeros años veinte.

En las tesis doctorales y en otros tratados académicos había generalmente muy pocas referencias a la práctica jurídica¹¹. Normalmente los precedentes eran citados sólo como ilustraciones; en muy pocas ocasiones eran usados, como argumentos para sustanciar una proposición interpretativa, y lo más común era que fueran objeto de crítica.

El recurso a consideraciones prácticas era también muy inusual. Desde el punto de vista de la metodología de la dogmática jurídica no era aconsejable justificar soluciones señalando que sus cualidades instrumentales servían ciertos objetivos. Naturalmente, los estudiosos de ese tiempo no desconocían los aspectos instrumentales, pero debían defender sus resultados de otra forma, preferiblemente derivándolos del sistema de Derecho privado.

Este punto puede ser demostrado por medio de un ejemplo tomado del derecho de responsabilidad civil. De acuerdo con la doctrina general en este campo del Derecho, la responsabilidad por daños requería negligencia de la parte causante, la responsabilidad sin negligencia sólo podía establecerse específicamente

¹⁰ Kivimäki, *Uusia virtauksia siviililainopin alalla (Tendencias en la dogmática civil)*, Defensor Legis, 1921, pág. 376.

¹¹ Hubo también excepciones, como Haataja, *Vuokran käsité (1921) (El concepto de arrendamiento)*, y Caselius, *Omistajan kiinnityksestä Suomen oikeuden mukaan (1924) (Sobre la hipoteca en el Derecho finlandés)*.

basándose en la legislación o en un contrato. Consecuentemente, la investigación que llegara a la conclusión de que había responsabilidad por daños sin negligencia debía ser justificada indicando las bases específicas en cuestión.

Era difícil, sin embargo, encontrar tales bases en todos los casos en que principios de política legislativa exigirían responsabilidad sin negligencia. El problema se resolvía adoptando la noción de *declaración tácita de voluntad*, que permitía basar la responsabilidad sin negligencia, por ejemplo, en una garantía tácita dada por la parte causante obligándola a una responsabilidad estricta¹². Es obvio que esta argumentación se basaba en una pura ficción y que el concepto «declaración tácita de voluntad» contenía una contradicción inherente, pero de esta forma la estructura de la justificación permanecía aceptable y podía evitarse el uso abierto de consideraciones prácticas.

Sin embargo, sería incorrecto decir que los argumentos usados en la dogmática estaban completamente vacíos de consideraciones prácticas. Los juristas, con frecuencia, están pragmáticamente orientados y consideran la posibilidad de uso de los resultados más importante que la consistencia metodológica. Si una solución se torna poco práctica y no hay un medio metodológicamente permisible de eliminar este defecto, el método es disimuladamente adaptado a la situación. De esta forma podían encontrarse consideraciones prácticas y a veces éstas eran utilizadas incluso para rectificar conclusiones alcanzadas por medio del método conceptualista¹³.

Es, sin embargo, claro que la posición oficialmente débil de las consideraciones prácticas retrasó su elucidación e impidió una reflexión abierta y sistemática sobre medios y fines. Los argumentos utilizados eran bastante laxos y en muchos casos no habrían cumplido las condiciones fijadas por el Realismo Escandinavo¹⁴. Lundstedt y Ross, en particular, trazaron una distinción tajante entre argumentos prácticos y de equidad. Sostenían que los primeros estaban basados en el conocimiento de los efectos sociales de las normas jurídicas y de las decisiones judiciales, mientras que había un factor parcialmente irracional subyacente

¹² Véase eg Kivimäki, *Asianajajan siviilioikeudellinen vastuu* (1924) (*La responsabilidad civil del abogado*), pág. 200.

¹³ Así, eg Caselius, *op. cit.*, págs. 223-224.

¹⁴ Por ejemplo, un jurista podía referirse a los legítimos intereses de una parte en una relación jurídica sin justificar por qué precisamente esos intereses debían protegerse en ese caso.

en los segundos, i.e. el sentido de justicia¹⁵. Los argumentos abiertamente utilizados en la dogmática finlandesa eran formulados de tal forma que la mayoría de ellos habría sido clasificada en la categoría de argumentos de equidad, rechazados por el Realismo Escandinavo.

3. El Episodio Realista al final de los años veinte

La situación que acabo de describir cambió al final de los años veinte, cuando las principales ideas de Hägerström y Lundstedt se hicieron familiares entre los iusprivatistas finlandeses. Uno de sus principales seguidores fue Sainio¹⁶.

Sainio intentó hacer uso de estas teorías en su tesis doctoral sobre las inmisiones en el Derecho finlandés. Él repudiaba el método conceptualista, «deducción de conceptos». En su opinión, el ordenamiento no era un sistema de construcciones jurídicas y de principios conectados con ellas, sino que consistía en un conjunto de normas efectivamente observadas por las autoridades.

En este sentido Sainio era de la misma opinión que Lundstedt. Tal posición no era, sin embargo, un marco de referencia muy adecuado para la investigación en dogmática jurídica. Tradicionalmente, esta investigación no trata de las regularidades típicas del comportamiento social, sino de las normas que *regulan* este comportamiento.

Sainio era, en este sentido, un representante de la dogmática tradicional. Sus afirmaciones programáticas acentuando el realismo y el empirismo no coincidían completamente con las ideas expresadas en sus investigaciones concretas. En realidad, él pasó por ciertas fases en su pensamiento tras las cuales abandonó su punto de partida puramente empirista. Para él, «derecho efectivo», finalmente, significaba lo mismo que «derecho viviente», una noción opuesta a los polvorientos principios jurídicos del enfoque conceptualista que no servían adecuadamente a la sociedad moderna. El derecho viviente había de encontrarse en el Derecho positivo interpretándolo de una forma nueva, sin observarlo a través de las lentes ofrecidas por el marco de referencia conceptualista.

¹⁵ Así, inter alia Lundstedt, *Legal thinking revised* (1956), págs. 53 y sig., y Ross, *Om ret og retfaerdighed* (1953), págs. 461 y sig.

¹⁶ Viljo Sainio, *Eräitä oikeuden olemusta käsitteleviä teorioja (Algunas teorías sobre la esencia del Derecho)*, Defensor Legis 1928, págs. 93 y sig.

De esta forma, el programa de investigación de Sainio tenía en realidad algo en común con el positivismo jurídico. El principal argumento del positivismo en contra de la dogmática conceptualista era que ésta constituía un sistema extranjero no basado en el Derecho privado finlandés. Por tanto, este método no era digno de confianza. Si una solución era derivada del sistema conceptualista, no había ninguna garantía de que estuviera de acuerdo con el espíritu del Derecho positivo. El principal argumento de la llamada Escuela de Uppsala, según el cual las construcciones conceptualistas eran metafísicas y no captaban ningún fenómeno que perteneciera al reino de la realidad, terminó siendo secundario¹⁷.

A pesar del énfasis que puso en el positivismo jurídico, Sainio era naturalmente conocedor del hecho de que había muchas lagunas en el Derecho positivo. Él sostenía que en estos casos uno debe examinar el objetivo de la regulación legal. Cuando una cuestión no está prevista por el Derecho el jurista debe, utilizando consideraciones prácticas, tratar de desarrollar normas que sean apropiadas desde el punto de vista de la ingeniería social.

Las ideas que acabo de presentar empezaron a tener efecto al final de los años veinte. La importancia de las consideraciones prácticas cambió considerablemente. El cambio afectó tanto al número de estos argumentos como, en cierta medida, a su naturaleza. Los argumentos abiertos y sustanciales utilizados antes eran en su mayoría lo que Summers ha llamado razones de corrección (*Rightness Reasons*)¹⁸. Brevemente, estas razones eran argumentos que buscaban un tratamiento equitativo de las partes de una relación jurídica y que obtenían su capacidad de justificación de su conformidad con una concepción de justicia. Como tales, eran ejemplos del «método de justicia» condenado severamente por Lundstedt en particular.

Sainio y algunos otros juristas, como por ejemplo Kauppi, utilizaron, por el contrario, además, razones sobre objetivos como argumentos; en otras palabras, justificaban sus proposiciones

¹⁷ Sainio parecía aprobar la idea en sí misma. Véase Viljo Sainio, *Elinkeinon harjoittamisesta johtuvat suhteet naapureihin Suomen yksityisoikeuden mukaan* (1929) (*Sobre las relaciones vecinales en el desarrollo de una industria en el Derecho finlandés*), págs. 21 y sigs.

¹⁸ Véase en este punto Robert S. Summers, «Two types of reasons of substance in common law cases», *ARSP Beiheft*, núm. 11 (1979), págs. 218 y sigs. La distinción también es brevemente explicada por Aulis Aarnio, *The rational as reasonable* (1986), pág. 94.

interpretativas señalando que la adopción de tal criterio posibilitaría la consecución de ciertos objetivos sociales. Estos objetivos estaban normalmente conectados con la vida del comercio y con la industrialización¹⁹. El mismo tipo de argumentación aparecía en algunos artículos de menor importancia.

El método escandinavo que destacaba las consideraciones prácticas alcanzó su primer punto culminante en 1931 con la publicación de la tesis doctoral de Af Hällström²⁰, que trataba del significado del llamado error en la declaración de voluntad en el Derecho de obligaciones. Su método de investigación presentaba claramente las siguientes características típicas del Realismo Escandinavo: 1) la noción del ordenamiento como un instrumento de ingeniería social y, consecuentemente, 2) la idea de que los efectos jurídicos deben conectarse con hechos y circunstancias concretas en lugar de con construcciones conceptualistas; 3) la opinión de que la salvaguarda de intereses sociales comunes es más importante que la protección de intereses individuales y que el cumplimiento de requisitos de equidad, y 4) el principio de que en la argumentación no está permitido el recurso a la ficción.

Partiendo de estas premisas, Af Hällström llegó a la conclusión de que en el Derecho de obligaciones el interés del intercambio debía prevalecer. Sólo debía tomarse en consideración el error de una de las partes al expresar su voluntad si no entraba en conflicto con el interés del intercambio. Este objetivo podía conseguirse elaborando normas que protegieran la razonable confianza que el comportamiento (verbal) de la otra parte producía en quien no sufría el error (la llamada teoría de la confianza). El principal objetivo de este estudio era establecer la relevancia del error en la declaración de voluntad, cuando las normas jurídicas en cuestión tenían una formulación basada en tal teoría.

¹⁹ En la argumentación de Sainio, uno puede detectar una especie de admiración por las máquinas y por la eficiencia funcional (expresiones de la misma actitud pueden encontrarse en el arte y literatura de la época). Sainio escribió: «Si alguien construye, por ejemplo, una cabaña o planta un jardín cerca de unos rápidos con energía hidráulica potencial, debe estar preparado para soportar la explotación de la energía y la instalación de fábricas en la zona.» En su opinión, en tales circunstancias ni siquiera una molestia excesiva causada por la inmisión es ilícita, pues no puede ser considerada como inesperada.

²⁰ Erik af Hällström, *Om villfarelse sasom divergens mellan vilja och förklaring vid rättshandlingar pa förmögenhetsrättens område* (1931).

4. Regreso a la dogmática jurídica conceptualista

4.1. La investigación de Derecho privado basada en los métodos escandinavos no duró. El enfoque utilizado en la mayoría de los estudios académicos realizados en los años treinta era claramente conceptualista. Los juristas que habían introducido la nueva técnica de argumentación en Finlandia no publicaron ninguna obra importante antes de la segunda guerra mundial.

Es difícil definir las causas de este cambio. Quizás tenga relación con el creciente conservadurismo de aquel tiempo. También es posible que el aumento del poder político de Alemania produjera un resurgir de su influencia cultural e hiciera que los investigadores volvieran la cabeza a Alemania y su vieja cultura²¹. La doctrina escandinava encontró una fuerte oposición en Caselius, quien, en respuesta al estudio de Sainio, criticó con dureza en varios artículos a la «Escuela de Hägerström-Lundstedt»²². Los artículos de Caselius parece que produjeron algún efecto²³.

Al investigar las razones del cambio uno debe tener en cuenta que el simple azar pudo haber jugado un importante papel. En aquel tiempo la comunidad de juristas en Finlandia era muy pequeña. En los años treinta el producto de la investigación en Derecho privado consistía principalmente en los escritos de unos diez juristas. En estas condiciones, un pequeño número de estudiosos productivos podía influir en el campo entero. Los representantes más consistentes de la dogmática conceptualista, Hakulinen y Heikonen, eran escritores prolíficos²⁴.

²¹ Es cierto que no hubo tal tendencia en la cultura popular (en música, cine y literatura). Véase en este punto Olli Jalonen, *Kansa kulttuurin virroissa* (1985) (*La gente en medio de las corrientes culturales*), págs. 108 y sigs.

²² Ilmari Caselius, «Den Hägerström-Lundstedtska skolan i Finland», *FJFT*, 1929, págs. 177 y sigs. Véase también el memorándum que Caselius escribió como oponente oficial de la tesis doctoral de Sainio, *Lakimies*, 1929, págs. 329 y sigs. Caselius fue profesor de Derecho civil en la Universidad de Helsinki entre 1936-1956.

²³ Probablemente el rechazo por Af Hällström de las ideas de Lundstedt en su «Lectio praecursoria» («Lección introductoria») dada durante el debate público sobre su tesis doctoral fue una reacción a estos artículos. Realmente, no había grandes diferencias entre los enfoques de Af Hällström y Lundstedt sobre la metodología de la dogmática. Véase Af Hällström, «Nagot om juridiska begrepp, deras uppgift och berättigande», *FJFT*, 1931, págs. 355 y sigs.

²⁴ Hakulinen cubrió en su investigación un gran número de ramas del Derecho civil. Fue miembro del Tribunal Supremo en 1937-1952 y presidente de la Corte de Apelaciones de Helsinki en 1952-1971. Heikonen empezó su carrera como investigador en el campo del Derecho de sucesiones y pasó después a

Si examinamos el método que prevalecía en los estudios de Derecho civil de aquel tiempo, podemos ver que los problemas de categorización habían recobrado una posición importante. Esto se observa con la mayor claridad en el libro de Heikonen sobre la comunidad hereditaria. Realmente, este estudio no ofrece ninguna solución a problemas prácticos, sino que trata de cuestiones tales como «¿Es la comunidad hereditaria una persona jurídica?», «¿Es la comunidad hereditaria una comunidad de bienes?» y «¿Es la comunidad hereditaria un objeto?»

El libro tuvo, en general, una acogida favorable, lo que refleja que el enfoque de categorías era una posición establecida en la comunidad científica²⁵. Este libro se consideró de gran importancia práctica, aunque no ofrecía directamente soluciones a problemas prácticos²⁶. Se pensaba que era imposible resolver casos prácticos sin elucidar primero la naturaleza y esencia de la comunidad hereditaria. La concepción de las categorías era un medio correcto para encontrar y justificar la norma relevante.

Como dije más arriba, los partidarios de la dogmática conceptualista reconocían la prevalencia del Derecho escrito sobre la doctrina. Esta actitud parecía implicar el requisito metodológico de que la categorización debía ser contrastada con el Derecho escrito. En otras palabras, las categorías debían ser hipótesis que eran refutadas cuando contradecían el Derecho positivo y confirmadas cuando se probaba que «predecían» correctamente el contenido de la norma.

Cuando examiné en qué medida se realizaban tales comprobaciones de hecho, pude observar que se efectuaban a veces, pero desde luego no siempre²⁷. Y lo que es más importante, descubrí que la interpretación que del método de verificación se hacía no siempre estaba de acuerdo con el principio básico del conceptualismo, de acuerdo con el cual el Derecho positivo siempre debía ser respetado. La categorización en cuestión no estaba necesariamente

estudiar el Derecho mercantil. Fue profesor de Derecho mercantil en la Universidad de Helsinki en 1949-1961.

²⁵ Es cierto que sus resultados fueron duramente criticados por Hakulinen, pero la discusión permaneció dentro del marco de referencia conceptual. Hakulinen no criticaba el método utilizado, sino los resultados obtenidos, que en su opinión eran construcciones incorrectas. El debate entre Hakulinen y Heikonen ha sido tratado en detalle por Aulis Aarnio, *Perillisen oikeusasemasta* (1967) (*La posición jurídica del heredero*), págs. 97-113.

²⁶ Esta era la opinión de Caselius en su condición de oponente oficial de la tesis doctoral de Heikonen, *Lakimies*, 1937, pág. 286.

²⁷ Es posible, sin embargo, que los juristas que no se referían explícitamente a esta contradicción, llevaran a cabo mentalmente la comprobación.

condenada a ser refutada por la existencia de una norma del Derecho escrito que chocara con la regla jurídica extraída de la categoría. Al contrario, la contradicción a veces debilitaba la posición de la norma jurídica, que entonces era considerada una norma especial sujeta a interpretación restrictiva. La disposición conforme con la construcción conceptualista podía elevarse al rango de norma principal aplicable a casos distintos de los directamente cubiertos por ella²⁸.

Estas observaciones proporcionan una imagen interesante de la concepción de la relación entre el Derecho positivo y la doctrina general predominante en los años treinta. De acuerdo con nuestra tradición legalista, se aceptaba la importancia primaria de la legislación, pero ésta se interpretaba por medio de un marco de referencia formado por teorías basadas originariamente en las Pandectas. Esto implicaba que el *status* de una norma como principal o como excepción se determinaba por su *corrección doctrinal*. Así, con la ayuda de los principios generales la ciencia jurídica podía controlar el desarrollo del Derecho.

4.2. Un corolario de todo lo que acabo de describir es que, en los años treinta, los *precedentes* jugaban solamente un papel modesto en la argumentación. Los juristas no los consideraban una fuente real del Derecho, salvo cuando la solución que contenían era adoptada por la práctica jurídica, convirtiéndose de esta forma en Derecho por la vía de la costumbre jurídica.

La importancia de los precedentes, sin embargo, variaba de un autor a otro. En los Estudios de Hakulinen y Heikonen su papel era muy restringido. La monografía de Heikonen sobre el derecho de sucesiones, en dos volúmenes, no contiene virtualmente ninguna referencia a la práctica jurídica. Por otra parte, el uso de la práctica jurídica parece haber sido asimétrico, en el sentido de que se aceptaba para corroborar la opinión de los juristas, pero no para refutar los resultados conseguidos por otros medios²⁹.

²⁸ Inter alia Hakulinen, *Perusteettoman edun palautus* (1931) (*Reparación del enriquecimiento injusto*), págs. 140 y 296 comparadas con págs. 175, 210 y 251.

²⁹ Esta asimetría está de acuerdo con el acercamiento científico de la dogmática conceptualista. El argumento era que el precedente no tenía importancia propia desde el propio punto de vista de la justificación de soluciones porque éstas debían basarse en elementos sistemáticos internos a la ciencia jurídica. De aquí el que los precedentes no pudieran refutar un resultado. Si, por el contrario, el jurista y el tribunal llegaban a la misma conclusión independientemente del otro, el resultado era confirmado, pues la coincidencia de las dos soluciones probaba que la inferencia era correcta.

Caselius adoptó, junto con algunos otros juristas, una actitud más ecléctica hacia la metodología y prestó más atención a los precedentes, aunque su peso en su argumentación variaba. En general, a Caselius no parecía importarle mucho que el caso del que informaba se ajustara a su punto de vista o no. Esto muestra que los precedentes eran utilizados sobre todo como ilustraciones y no como fuente del Derecho en sentido estricto.

4.3. En los años treinta las consideraciones prácticas tenían mucha menos importancia que durante el episodio realista. En este punto Hakulinen y Heikonen mantenían visiones extremas. Hakulinen distinguía entre argumentos jurídicos y fácticos para justificar una regla jurídica. Según él, los factores prácticos pertenecían al segundo grupo y, consecuentemente, no formaban parte de la argumentación jurídica. De esta forma, podían perfectamente no ser utilizados para controlar los resultados procedentes de las construcciones conceptualistas.

En la literatura jurídica hay ciertamente casos que, aun siendo admitidamente cuestionables desde un punto de vista práctico, se aceptaba que correspondían al Derecho positivo porque se deducían de una construcción conceptualista³⁰. Esto refleja la idea de que sólo el legislador puede hacer una excepción a una solución determinada por el sistema; al investigador, en cambio, no le está permitido hacerlo aludiendo a consideraciones prácticas. Tales argumentos sólo pueden utilizarse como último recurso, cuando ya no quedan otros argumentos.

La mayoría de los juristas adoptó una actitud más ecléctica. Caselius, Noponen, Raninen, Rekola y Sipilä, por ejemplo, no consideraban insoluble el conflicto entre el uso de consideraciones prácticas y la inferencia a partir de conceptos, sino que, por el contrario, aplicaban uno u otro método dependiendo de las circunstancias. Parece imposible extraer de sus escritos un principio general sobre en qué casos debe aplicarse una u otra técnica. En conjunto, el método constructivo ciertamente jugaba un papel considerable.

Debido a la poderosa posición de la dogmática conceptualista, las reglas jurídicas ofrecidas por los juristas como resultados de su estudio eran bastante abstractas. Las consecuencias jurídicas estaban normalmente conectadas no a hechos concretos, sino a construcciones jurídicas, especialmente a derechos subjetivos. Como el número de construcciones era muy limitado en comparación

³⁰ Inter alia Heikonen, *Perinnönyhtydestä II* (1937) (*Sobre el patrimonio hereditario*), pág. 219.

con la gran variedad de situaciones de la vida diaria, el Derecho creado por los estudiosos aparecía esquemático. Cuestiones jurídicas que no parecían tener nada en común eran resueltas de acuerdo con el mismo patrón.

4.4. Sin embargo, el enfoque conceptualista no iba a permanecer en paz mucho tiempo. Al final de los años treinta se convirtió de nuevo en el objeto de la crítica. Kivimäki expresó una moderada opinión en contra de una concepción radical de la dogmática conceptualista. Pero adoptó una actitud básicamente positiva hacia el enfoque conceptualista, de la misma forma que había hecho en su artículo de quince años antes: señaló sus ventajas sistemáticas y su capacidad para percibir similitudes en fenómenos aparentemente diferentes.

A su juicio, la importancia de estas características aumentaría todavía en el futuro, debido a que la sociedad se haría cada vez más compleja y la regulación legal se expandiría, lo que exigiría un control más sistemático del Derecho. Kivimäki también destacó los méritos de la dogmática conceptualista desde el punto de vista del desarrollo de la cultura jurídica. En su opinión, este enfoque había permitido la elaboración de conjuntos enteros de nuevas normas que el Derecho escrito ni siquiera mencionaba³¹.

Sin embargo, Kivimäki también conocía las desventajas de la aplicación del método conceptualista. Creía que este enfoque había conducido a la petrificación de los principios jurídicos y a la transformación de la ciencia jurídica en dogmatismo. Al deducir consecuencias legales de las construcciones, los aspectos históricos y sociales de los fenómenos jurídicos no recibían suficiente atención y, de esta forma, los resultados obtenidos eran extraños a la vida real. Creía también que la razón de esto era que los puntos de vista socialmente orientados eran ya más generales, mientras que la doctrina conceptualista se basaba en el Derecho romano, individualista, o en los sistemas jurídicos procedentes de él.

³¹ T. M. Kivimäki, «Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävästä merkityksestä» («Sobre la importancia de la Administración de Justicia y de la Ciencia Jurídica desde el punto de vista del desarrollo del Derecho»), *Lakimies*, 1937, págs. 480 y sigs. No hay duda de que Kivimäki tenía razón en este punto. El conceptualismo finlandés merece crédito por haber desarrollado la cultura jurídica. Al concebir las normas individuales y casuísticas como manifestaciones de principios generales, los seguidores de esta escuela consiguieron introducir la doctrina extranjera. Esto hizo posible desarrollar el Derecho privado con independencia de la legislación, lo que siguiendo nuestras tradiciones jurídicas habría sido difícil.

Kivimäki, sin embargo, no pensaba que el enfoque conceptualista en sí mismo estuviera acabado. Afirmaba, por el contrario, que la categorización y la inferencia deductiva eran todavía instrumentos útiles. Sólo se necesitaba un cambio para adaptar las categorías a las nuevas circunstancias sociales.

Las críticas a la dogmática conceptualista de Haataja y de Af Hällström eran más severas y fundamentales. Ninguno de ellos publicó sus opiniones de una forma global y sistemática. Sus observaciones críticas pueden encontrarse en revistas relacionadas con las aplicaciones del método constructivo.

Haataja puede ser considerado un seguidor de la jurisprudencia histórica de intereses. Sostenía que el Derecho válido es el resultado orgánico de la evolución histórica. Partiendo de aquí, criticaba la influencia alemana que las categorías conceptualistas transmitían a la interpretación del Derecho positivo. En su opinión, los modelos jurídicos procedentes de la tradición nórdica no podían ponerse en las categorías derivadas de un Derecho extranjero sin, en cierta medida, afectar negativamente el Derecho finlandés.

Además, afirmaba que en la dogmática finlandesa la deducción no es un método apropiado y debe ser reemplazada por la inducción. Los problemas jurídicos concretos no pueden resolverse extrayendo conclusiones de categorías, sino estudiando nuestra propia tradición y nuestro Derecho positivo con la ayuda de la interpretación histórica. Solamente después de que los problemas concretos hayan sido resueltos de esta manera será posible elaborar una construcción sistemática que cubra las necesidades de sistematización realizando una generalización inductiva sobre estos concretos resultados.

Erik af Hällström ponía menos énfasis en la tradición. Su principal idea era la exigencia de que las reglas jurídicas debían servir a objetivos sociales de una forma óptima. Pero sus conclusiones prácticas eran similares a las de Haataja.

Afirmaba que el método de deducir nuevas reglas jurídicas a partir de construcciones debía rechazarse incluso cuando la construcción había sido inducida a partir del Derecho finlandés. En su opinión, las construcciones eran importantes sólo desde el ángulo de la sistematización y no podían utilizarse para justificar puntos de vista en la dogmática. La justificación debía fundarse en el Derecho escrito y sobre todo en consideraciones prácticas. Para manejar estas últimas era necesario un conocimiento completo de los aspectos prácticos del sistema jurídico.

Entre los críticos del enfoque conceptualista también estaba Otto Brusiin. En su libro sobre la discreción judicial en los supuestos

de lagunas jurídicas, Brusiin acentuaba el significado de los argumentos prácticos y el conocimiento fáctico de la sociedad para la elaboración de soluciones jurídicas. Él, como los Realistas Escandinavos, consideraba el ordenamiento un instrumento de ingeniería social y rechazaba el «método de justicia», que recurría a la equidad para buscar soluciones en vez de aplicar el razonamiento de medios y fines³². En sus escritos hay también un razonamiento que, en cierta medida, recuerda el argumento ontológico utilizado por la Escuela de Uppsala contra la dogmática conceptualista³³. En general, este argumento no fue muy apreciado en Finlandia.

5. El período de cambio

5.1. La influencia escandinava sobre la investigación en Derecho civil finlandesa aumentó considerablemente durante los años cuarenta. La línea de pensamiento que antes podía sólo encontrarse en los escritos de unos pocos pioneros consiguió penetrar mayoritariamente y fue incorporada a las actividades de investigación. El interés metodológico giró hacia la ciencia jurídica instrumental, que se centraba en la ingeniería social y en las consideraciones prácticas.

El cambio, sin duda, fue en parte causado por factores externos a la ciencia jurídica. El más evidente de estos elementos fue el colapso de Alemania al final de la segunda guerra mundial, lo que dio fin a su influencia cultural. Sin embargo, ya antes de esto, cuando el resultado de la guerra producía inquietud y miedo en Finlandia, hubo intentos de conseguir apoyo de Escandinavia y de su herencia cultural en lugar de Alemania. La orientación hacia Escandinavia era una alternativa natural, especialmente para los intelectuales que hablaban sueco. Esto puede observarse en las revistas jurídicas de ese tiempo. La *FJFT*, una publicación en sueco, tenía una marcada influencia escandinava; destacaba las relaciones con Escandinavia y las raíces escandinavas del sistema jurídico. En cambio, ninguna de

³² Brusiin, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa* (1938) (*La discreción judicial en la ausencia de norma*), págs. 165, 190-192 y 204-229.

³³ Por el argumento ontológico entiendo la visión de que las construcciones jurídicas son entidades metafísicas no existentes y de que la interpretación a través de la construcción implica inferir consecuencias legales de elementos no existentes.

estas cosas podía encontrarse en la revista *Lakimies*, publicación en finés.

Los argumentos científicos utilizados para justificar el cambio eran ya conocidos, en gran medida, por los escritos teóricos de finales de los años treinta. En las investigaciones concretas los factores históricos señalados por Haataja no fueron, sin embargo, tenidos en cuenta y el análisis se centró en la racionalidad de los objetivos de las reglas jurídicas. No fue la falta de historicidad del método constructivo lo que se sometió a crítica, sino su *carácter no práctico*. De acuerdo con sus críticos, la sistemática de las Pandectas unió, por una parte, en una misma categoría fenómenos jurídicos que no tenían una conexión real entre sí y, por otra, separó materias que funcionalmente se encontraban unidas³⁴.

La crítica al marco de referencia conceptualista recibió nuevos estímulos cuando la filosofía empírica de la ciencia, desarrollada por el positivismo lógico, empezó a tener efecto en la dogmática. Ahora se rechazaba el método deductivo por *no ser empírico*³⁵. Esta línea de pensamiento acusaba al enfoque conceptualista de desatender el material legal, que formaba «la base natural de la dogmática», y de utilizar doctrinas generales en su lugar. Estas se consideraban un tipo de prejuicios que impedían a los juristas analizar el contenido del Derecho escrito con suficiente precisión³⁶.

Consecuentemente, muchos iusprivatistas empezaron a eliminar la doctrina general y las consecuencias inferidas de ella. El precursor de esta escuela de pensamiento fue Af Hällström en su estudio sobre la venta condicional y fue seguido por muchos juristas de habla sueca³⁷. En ese momento, la división de opinión

³⁴ Eg af Hällström, *Verkan av ägareförbehåll på rättsförhållandet mellan säljaren och köparen* (1942), pág. 97.

³⁵ Eg af Hällström, *op. cit.*, págs. 13-14, Taxell, *Aktiebolagstyrelsens kompetens att rättshandla* (1946), págs. 6-10, Ek, *Bidrag till läran om utomeobligatoriskt skadestansansvar vid rättsenlig farlig verksamhet enligt Finlands gällande civilrätt* (1943), págs. 3-7, y Godenhielm, *Nagra ord om juridiken som vetenskap*, Defensor Legis, 1948, págs. 12-17.

³⁶ Es bien conocido que la escuela de Uppsala extrajo de sus puntos de vista empiristas la conclusión de que las construcciones jurídicas son conceptos metafísicos que no tienen contrapartida en la realidad. Aunque el acercamiento empirista se hizo mayoritario, este postulado no obtuvo apoyo adicional. Los civilistas no quisieron aceptar un reto que les habría obligado a elucidar los fundamentos de su ciencia.

³⁷ Af Hällström fue profesor (de habla sueca) de Derecho civil en la Universidad de Helsinki durante 1940-1951.

sobre la metodología del Derecho civil coincidía en gran medida con la separación entre las dos comunidades lingüísticas.

La nueva tendencia realista proscribía la inferencia de consecuencias jurídicas de principios y categorías que emanaran de la jurisprudencia de conceptos. Como ejemplos podemos mencionar la distinción entre el derecho de propiedad y el derecho de obligaciones, el principio según el cual los derechos subjetivos son indivisibles y presuposición inherente de que se transmiten como entidades indivisas en un momento dado. Al mismo grupo pertenecían principios muy importantes relativos al derecho de gravamen, en el principio de su naturaleza accesoria, así como principios relativos al derecho matrimonial, al derecho de sucesiones y al de sociedades.

Al proscribir estas construcciones y los dogmas a ellas unidos, la nueva escuela de pensamiento tenía de hecho semejanzas con las opiniones de Lundstedt rechazando totalmente los conceptos. Sin embargo, las teorías de Lundstedt no fueron directamente utilizadas como modelo -todavía se consideraba un jurista cuyas ideas no debían ser tomadas en serio-, pero el patrón adoptado provenía de la investigación sueca sobre dogmática jurídica concreta³⁸.

5.2. La disminución de la importancia de la doctrina general influyó tanto en la elección de materias de investigación, como en la argumentación jurídica. La categorización de los fenómenos ya no se consideraba un problema jurídico relevante. El conocimiento jurídico relevante no era sobre categorías, sino el conocimiento de las relaciones entre hechos y efectos jurídicos.

Como ejemplo, podemos de nuevo referirnos al estudio de Af Hällström sobre la venta condicional. En su tratado el desarrollo de la relación jurídica entre el comprador y el vendedor es entendido como un proceso a lo largo del cual el derecho de propiedad es *gradualmente* transferido al comprador. El propósito de Af Hällström era establecer qué consecuencias jurídicas se asocian a los diferentes estadios del proceso, como la perfección

³⁸ T. S. Kuhn ha señalado las semejanzas entre el trabajo científico y el manual. Según él, los investigadores no aprenden normalmente su oficio estudiando abstractas reglas metodológicas. Más bien reciben su aprendizaje llevando a cabo labores de investigación concreta, de la misma forma que el aprendiz aprende de su maestro. En otras palabras, el investigador utiliza una investigación concreta de su campo como modelo e intenta aplicar algunas de sus características de forma análoga a su propio trabajo. Kuhn ha desarrollado esta teoría dentro del marco de referencia de las ciencias naturales, pero al menos en este caso también puede referirse a la dogmática. Véase Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions* (1970), pág. 44.

del contrato, la entrega de los bienes al comprador, el vencimiento de la deuda dineraria del comprador, y el pago del precio. Los *efectos jurídicos* constituyen el factor desconocido en este esquema.

Taxell procedió de la misma forma en su libro sobre la entrega en prenda de bonos. No investigó la naturaleza del derecho de gravamen creado por la prenda de los bonos, sino que intentó elucidar las consecuencias jurídicas de actos típicos tales como la perfección del contrato de prenda, el traspaso de la posesión del bono como prenda y el vencimiento de la deuda. Las consecuencias jurídicas eran, también en este caso, el factor desconocido.

5.3. Examinemos ahora la *argumentación*. Como se rechazaba la relevancia de la doctrina general desde el punto de vista de la argumentación; había un vacío que debía ser cubierto. Para ello se utilizaban las consideraciones prácticas. Los civilistas de habla sueca acentuaron la importancia de estos argumentos. Afirmaban que las consideraciones prácticas debían tener pleno reconocimiento como fuente del Derecho y que no debían meramente servir como un último recurso de permitir al juez encontrar una solución a un caso particular sobre el que el Derecho guardaba silencio.

Las exigencias más radicales fueron planteadas por Af Hällström. Él reclamaba que las consideraciones prácticas debían jugar una parte decisiva siempre que el Derecho no lo impidiera directamente. En su opinión, estas consideraciones podían incluso, bajo ciertas condiciones, suplantar al Derecho positivo: «Una norma jurídica que ha sido promulgada en oposición a las circunstancias económicas y sociales debe ser abandonada, aunque siga siendo derecho válido, y reemplazado por una regla cuyo contenido se determina por medio de la otra fuente del Derecho que he mencionado»³⁹.

Gunnar Palmgren sostenía el mismo punto de vista. Argumentaba que el legislador no puede siempre seguir los pasos de los rápidos cambios sociales. Por tanto, la ciencia jurídica debía adoptar un nuevo papel y, si es necesario, crear derecho en lugar de agarrarse a una legislación obsoleta⁴⁰.

Los defensores del método realista intentaron cambiar la naturaleza de las reglas elaboradas por la investigación de la dogmática. Estas debían ser prácticas y apropiadas y debían promover el progreso social.

³⁹ Af Hällström, *op. cit.*, pág. 19.

⁴⁰ Gunnar Palmgren, *Nagra synpunkter pa rättsvetenskapens arbetsuppgifter*, Nya Argus, 1940, pág. 178.

Erik af Hällström describió la técnica que había aplicado en su estudio sobre la venta condicional como un intento de valorar un procedimiento desarrollado en la vida del comercio a la luz de sus efectos sociales. Sostenía que este procedimiento debía ser apoyado por la dogmática si se probaba que promovía el desarrollo social y económico, si estimulaba la producción y el comercio o cumplía fundadas necesidades del crédito. Si no se conseguían estos fines, no debía recibir apoyo y el procedimiento dejaría de existir⁴¹. Ideas similares sobre la relación entre la vida comercial y la dogmática pueden encontrarse en los escritos de algunos otros juristas⁴².

Si utilizamos estos breves ejemplos como base para una caracterización general del acercamiento científico adoptado por estos investigadores, podemos decir que eran seguidores del instrumentalismo pragmático en más o menos el sentido en que es utilizado por Summers en su monografía sobre el Realismo Americano⁴³. De acuerdo con este marco de referencia, la dogmática es un instrumento para alcanzar determinados objetivos sociales. Por medio de la utilización de consideraciones prácticas y del método de interpretación teleológica para resolver cuestiones jurídicas, los valores en cuestión pueden ser realizados en beneficio de la vida social y económica.

En la investigación llevada a cabo en los años cuarenta el requisito de que las consideraciones prácticas deben ser tenidas en cuenta no era una exigencia meramente teórica, sino que fue en gran medida aplicado en estudios prácticos. Las materias elegidas eran adecuadas para la aplicación de argumentos prácticos. La investigación de Af Hällström sobre la venta condicional le permitió analizar los aspectos dinámicos de los derechos, que habían causado grandes problemas a los juristas del punto de partida tradicional. Como el derecho legislado que regulaba esta materia era escaso, pudo referirse ampliamente a consideraciones prácticas y criticar la vieja doctrina.

Ek eligió un tema relacionado con la compensación por daños que le ofrecía más o menos las mismas ventajas. La Ley de Sociedades era vieja y estaba llena de lagunas, lo que proporcionó a Taxell y Olsson la oportunidad de probar su capacidad

⁴¹ Af Hällström, *op. cit.*, págs. 13-14.

⁴² Inter alia Taxell, *Aktiebolagstyrelsens kompetens att rätts-handla* (1946), págs. 6-7.

⁴³ Robert S. Summers, *Instrumentalism and American legal theory* (1982), págs. 60-61 y 146-147. No hay relación causal entre el Realismo Americano y la dogmática finlandesa. Esta surgió de los modelos escandinavos.

elaborando argumentos basados en consideraciones prácticas⁴⁴. El mismo modelo puede encontrarse en artículos menores.

Había una variedad de objetivos que servían como consideraciones prácticas. Algunos de ellos eran superiores en la jerarquía de medios y fines, como por ejemplo «los intereses del comercio», «la seguridad del tráfico» y «los intereses de la vida comercial». Ejemplos más concretos eran «la prevención de daños», «el asegurar la compensación», «el conservar la propiedad de la compañía» y diferentes fines procedimentales tales como «la sencillez y bajo precio en la venta de una prenda».

En la literatura jurídica no se proporcionaba justificación de los objetivos seleccionados. Esto era posible porque todos los juristas parecían ser unánimes en esta materia. Cuando los objetivos entraban en conflicto, el problema se solucionaba ponderando los intereses en juego. En este proceso se daba generalmente preferencia a razones relacionadas con la promoción del comercio e intereses semejantes. *Promover el comercio* era sin duda el objetivo central de la investigación de Derecho privado de aquel tiempo. Los juicios de valor subyacentes en la argumentación eran puramente burgueses en el sentido original de la palabra. Argumentos como la igualdad social o la protección de la parte más débil no eran tenidos en cuenta.

5.4. Los juristas que destacaban la importancia de las consideraciones prácticas también ponían más énfasis en los *precedentes*. En su opinión, la dogmática finlandesa debía dejar de descuidar los precedentes y empezar a prestarles seria atención, como ya se había hecho en otros países nórdicos.

Sin embargo, no exigían que los precedentes tuvieran el *status* de fuente autorizada del Derecho. Su pretensión de que los juristas conocieran los precedentes se basaba en la idea de que la dogmática debe ser práctica y cercana a la vida real. Sostenían que los precedentes y otros casos judiciales contenían información sobre cuestiones prácticas que ofrecía preguntas relevantes y razonables respuestas.

Si comparamos la importancia dada a los precedentes y a las consideraciones prácticas, estas últimas parecían prevalecer. Sin duda, en los años cuarenta no existía un «positivismo judicial» que asimilara las decisiones del Tribunal Supremo al derecho válido. Los juristas no querían someter la ciencia a la práctica

⁴⁴ Taxell, *op. cit.*, Olsson, *Aktieförvärvares rätt i förhållande till bolaget* (1949).

jurídica. Al contrario, pensaban que las consideraciones prácticas podían utilizarse para someter los precedentes a la crítica debida.

5.5. Cuando examinamos las consecuencias de la aplicación del nuevo método realista, podemos observar que en el análisis de normas J. la importancia de los derechos subjetivos había disminuido considerablemente. Los efectos jurídicos ya no se conectaban con derechos subjetivos ni con ninguna otra categoría, sino con hechos jurídicos de una clase distinta, i.e. más casuísticos y más comunes.

De esta forma, se satisfizo la exigencia del Realismo Escandinavo de que las consecuencias jurídicas se conectaran a hechos jurídicos reales y prácticos y no a construcciones metafísicas. Aunque este cambio coincide con el enfoque realista, parece haberse originado a partir de factores prácticos, más que filosóficos. La problemática ontología de los derechos no se utilizó como justificación del nuevo método.

Dos tendencias principales pueden distinguirse en los escritos en que se aplicó el nuevo método. La primera, encabezada por Taxell, fue una reacción contra la rigidez de la dogmática conceptualista. El ideal de esta tendencia era encontrar una solución a la medida para cada caso particular, de forma que se pudieran tener en cuenta sus características individuales. Esto implicaba que el número de hechos jurídicamente relevantes aumentaba considerablemente. Como principio, todos los rasgos casuísticos del caso se transformaban en hechos que, en mayor o menor medida, influían en la decisión.

Establecer las soluciones casuísticas como ideal causa problemas a la dogmática. Esta no puede centrarse en reflexiones sobre la relevancia jurídica de características exclusivas de casos particulares. Para obtener una relevancia más general debe centrarse en *tipos de casos*, en categorías en gran medida privadas de elementos individuales.

Taxell era consciente de esta dificultad y para resolverla afirmó que la dogmática no debe crear reglas que impongan demasiadas limitaciones a los juristas que explican el Derecho. Los resultados de la investigación deben formularse como *cláusulas generales* flexibles, que dejen al juez libertad para considerar las características individuales del caso. Taxell observó este postulado en su propia investigación; posteriormente, fue también seguido por otros.

Aparentemente, las cláusulas generales fueron introducidas en el Derecho privado finlandés principalmente por la dogmática. Las cláusulas generales incluidas en el Derecho escrito constituían

sólo una pequeña fracción de las presentadas por la comunidad de juristas como resultados de la dogmática.

Af Hällström utilizó las consideraciones prácticas de una forma enteramente diferente. Aunque los factores prácticos también le llevaron a ampliar sus análisis, las reglas que él elaboró eran precisas y dejaban sólo el grado de discreción usual a los juristas que las aplicaran. Su objetivo parecía ser la formulación de reglas claras basadas en consideraciones prácticas.

En cierta medida, probablemente Af Hällström todavía valoraba la rigidez de las normas. Al determinar el contenido de una norma, argumentaba, el acento no debe ponerse sólo en la cuestión de si la norma es flexible y hace posible una solución óptima en un caso concreto. La función de guía de la regla desde el punto de vista de la práctica jurídica también debe tenerse en cuenta, i.e. su capacidad para *evitar* controversias. Esto exige que la norma tenga un cierto grado de rigidez.

Para Af Hällström, esta rigidez no debe imponerse siguiendo los principios de las Pandectas, sino teniendo en cuenta las consideraciones prácticas. En este sentido, así como en su actitud negativa hacia los argumentos de equidad, las opiniones de Af Hällström no diferían mucho de las de, por ejemplo, Lundstedt.

5.6. El éxito de la dogmática jurídica basada en la ingeniería social no produjo una desaparición rápida de la escuela de pensamiento conceptualista. Los juristas que antes se habían adherido a procedimientos constructivos continuaron trabajando de la misma forma. Los más importantes entre ellos continuaron siendo Hakulinen y Heikonen. En sus numerosas obras los problemas se resolvían por medio de la categorización y de la inferencia a partir de categorías. La severa crítica a que la deducción de conceptos había sido sometida no pareció influirles.

Sin embargo, la fuerza de la tradición conceptualista se debilitaba por falta de seguidores. Hannikainen era una excepción significativa. Su libro *Pidätysoikeuden rakenteesta (Sobre la estructura del derecho de retención)* se basaba en un marco de referencia fuertemente constructivo.

Los seguidores del enfoque conceptualista no pudieron ya conseguir un debate a fondo con los partidarios del nuevo método. Las suspicacias que el nuevo método producía se manifestaron como comentarios en reseñas de libros y otros escritos menores. La crítica se dirigía fundamentalmente contra dos características del nuevo método; su excesivo interés por las consideraciones prácticas y el hecho de que eliminaba la conexión entre la sistemática y la casuística optando parcialmente por la segunda.

Quizá el comentario más interesante sobre el cambio culpaba al método realista del *deterioro de la cultura jurídica* en los países nórdicos. Permítanme citar a Caselius: «De la misma forma que en el negocio de la construcción el conocimiento práctico del maestro constructor se considera superior al del arquitecto, se dice a veces que el conocimiento de un miembro lego de un juzgado es más valioso que un libro de Derecho. Se admiran ahora los jueces del pasado que no mezclaban la teoría con su lógica, sino que basaban sus decisiones en su conciencia y en la Ley de 1734, la mejor de todas las leyes, si es que necesitaban algún derecho escrito. La misma línea de pensamiento subyace en la tendencia ahora de moda de rechazar todos los conceptos y construcciones y de resolver todos los problemas refiriéndose a las «consideraciones prácticas» (...) De esta forma, la evolución de siglos de la ciencia jurídica es despreciada y, con alivio para el científico, no necesita ser estudiada. Todos los problemas que surgen son fácilmente resueltos en la forma exigida por los «factores económicos» o el «punto de vista práctico» que casualmente tengan relación con el problema».

Hakulinen expresó la misma preocupación, en términos menos perentorios, en un artículo en que destacaba la importancia del Derecho romano y del Digesto como fuentes de una cultura jurídica europea fundamental⁴⁵. Afirmaba que rechazando estas fuentes el Derecho civil rompía con sus raíces europeas.

6. El período de consolidación

6.1. La siguiente década, los años cincuenta, no aportó básicamente nuevos elementos a la discusión sobre la argumentación jurídica. El debate sobre la importancia proporcional de las diferentes fuentes del Derecho, que se había desarrollado en un nivel general, palideció. Los seguidores del nuevo método no creían que mereciera la pena continuarlo, pues pensaban que la sustitución ya había tenido lugar. En efecto, el nuevo método había tenido un éxito considerable, ya que la nueva generación de juristas de habla finesa, que habían empezado a publicar en los años cincuenta, adoptó el método realista y sus postulados

⁴⁵ Caselius, «Memorándum del Oponente Oficial de Tesis Doctoral de Hannikainen», *Lakimies*, 1948, pág. 477; Hakulinen, «Latinankieli ja lainoppi» («Latín y dogmática jurídica»), *Lakimies*, 1949, págs. 341 y sigs. Entre los otros críticos del nuevo método debe mencionarse a B. C. Carlsson, inter alia *Reella överväganden*, Defensor Legis, 1944, págs. 191 y sigs., y 320 y sigs.

epistemológicos. Sólo unos pocos juristas de la generación anterior permanecieron fieles al enfoque conceptualista.

De acuerdo con los principios epistemológicos de la nueva escuela de pensamiento, el conocimiento jurídico es un *conocimiento sobre normas*, en otras palabras, sobre las relaciones entre hechos y consecuencias jurídicas. Este punto de vista se ha confirmado por los resultados de la discusión que sobre los derechos subjetivos había tenido lugar en Escandinavia. Según éstos, los derechos subjetivos no existían como entidades independientes, sino que no eran otra cosa que hechos o efectos jurídicos, o en algunos casos debían ser considerados términos sin referencia que permitían la combinación de varias relaciones entre hechos y consecuencias con el propósito de presentación técnica⁴⁶.

Consecuentemente, el conocimiento del Derecho privado no podía ocuparse de los derechos subjetivos y de su naturaleza. Las reflexiones sobre la esencia de estos derechos sólo conducían a un estudio esquemático e indirecto de los problemas jurídicos reales, mientras que el nuevo enfoque quería atacarlos directamente. Las materias que en el modo de pensamiento precedente tenían conexión unas con otras se rompieron en un gran número de cuestiones menores que se resolvían independientemente unas de otras. Se decía que «ahora es el tiempo de hacer análisis»⁴⁷.

La dicotomía hechos-consecuencias jurídicas también determinó la *formulación de problemas de investigación*⁴⁸. Se elegían tanto las consecuencias como los hechos jurídicos como factor desconocido. Normalmente, el acento se ponía en los *hechos jurídicos* o en parte de ellos como requisitos previos para los efectos

⁴⁶ La discusión sobre los derechos subjetivos fue uno de los logros más notables del Realismo Escandinavo. Surgió de los intentos de desarrollar o criticar la afirmación de Hägerström de que los derechos subjetivos no existen y de que cualquier presunción que implique su existencia es metafísica. De los escritos significativos sobre esta materia debemos mencionar: Hedenius, *Om rätt och moral* (1941), Olivecrona, *Omlagen och staten* (1940), Ekelöf, «Juridisk slutledning och terminologi», *TfR*, 1945, págs. 213 y sigs.; Strahl, «Till fragan om rättighetsbegreppet», *TfR*, 1946, págs. 204 y sigs. y *TfR*, 1947, págs. 481 y sigs.; Ross, Tû-Tû, *Festkrift till professor dr. juris Henry Ussing* (1951), Wedberg, «Some problems in the logical analysis of legal science», *Theoria*, 1951, págs. 246 y sigs. Un excelente examen de la discusión ha sido realizado por Sundby, «Legal right in Scandinavian analysis», *Natural Law Forum*, 1968, págs. 72 y sigs.

⁴⁷ Inter alia Muukkonen, *Muotosäännökset* (1958), pág. 133, y Zitting, «Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista» («Sobre los derechos y obligaciones del propietario»), *Lakimies*, 1952, págs. 530-531.

⁴⁸ Esta distinción fue explícitamente utilizada por eg Zitting, Ylöstalo, Olsson, Lahtinen, Vuorio, Muukkonen, von Bonsdorff ja Godenhjelm.

jurídicos. Esto es algo natural, pues en el Derecho civil los hechos son relativamente complejos en comparación con las consecuencias.

En el tratamiento de estas cuestiones las consideraciones prácticas jugaban un importante papel, quizá incluso clave. El nuevo método implicaba que la dogmática jurídica era una argumentación basada en consideraciones prácticas dentro del marco más amplio constituido por el Derecho positivo y por los precedentes. Una parte esencial de la habilidad del investigador consistía en adaptar el marco sin forzarlo.

Cuando se aplicaban estas ideas a la investigación concreta el rechazo de las doctrinas generales continuaba. La primera tarea del jurista al examinar una cuestión nueva era atacar los dogmas y principios que antes se consideraban relevantes desde el punto de vista de la evaluación del problema. Después de esto, quedaba libre el camino para la aplicación de los argumentos referidos a objetivos.

Los fines que se utilizaban eran más o menos los mismos que en los años cuarenta. Ejemplos de objetivos generales frecuentemente mencionados en la literatura son: «la promoción de la producción y el comercio», «aumentar la flexibilidad y carácter práctico», «ahorrar tiempo y trabajo», «incentivar la libre empresa» y «la libertad, seguridad y continuidad del comercio».

En otras palabras, el propósito de la regulación era actuar como un lubricante que permitiera la eliminación de fricciones en las ruedas de la economía... Algunos *objetivos menores* que podían utilizarse para apoyar los fines generales eran, entre otros, una actividad de recompensa y la protección de la confianza. En la relación de intercambio se consideraba que las partes eficientes y de buena fe merecían una protección especial.

6.2. De acuerdo con la nueva escuela de pensamiento, la aplicación de la idea de que el Derecho es una forma de ingeniería social conduce a una argumentación de conocimiento práctico de la sociedad. Empezando por los objetivos generales, la jerarquía de fines y medios debía elucidarse procediendo de arriba a abajo. Este procedimiento debía continuarse hasta que el nivel de análisis conseguido permitiera el uso del objetivo (o del medio) como un elemento operacional en una regla jurídica. Una ejecución completa de esta labor exigía recurrir a las ciencias sociales.

La realización de estas ideas en la dogmática jurídica normalmente no alcanzó los objetivos exactos fijados. Generalmente, los juristas no recorrían toda la jerarquía de medios y fines, sino que pasaban directamente de los objetivos generales a la

selección de hechos operacionales. Algunas veces se seguía el procedimiento contrario, lo que significaba que se determinaban los hechos y circunstancias relevantes en consideración a concretos objetivos menores que no eran comparados con los fines generales.

Sería equivocado, sin embargo, decir que no hubo intentos serios de llevar a cabo un programa de investigación del Derecho como ingeniería social. Algunos estudios tratan detalladamente las relaciones causales incluidas en la jerarquía de medios y fines⁴⁹. Por otra parte, el nuevo estilo de argumentación resulta muy favorablemente valorado si trasladamos nuestro punto de vista de los exigentes objetivos fijados a cómo la dogmática jurídica se realizaba antes.

6.3. Además de la doctrina general, la posición del *Derecho escrito* también experimentó cambios. Su importancia en la argumentación se relativizó -o al menos su relatividad fue admitida más abiertamente. Si una norma y una consideración práctica llevaban a soluciones diferentes, la primera debía prevalecer, de acuerdo con el nuevo enfoque, sólo si no era ambigua. Si dejaba espacio a la interpretación, la elección entre las alternativas debía basarse en las consecuencias de estas distintas opciones.

Esto ofrecía un amplio campo de acción a las consideraciones prácticas, pues el hecho de que las normas estaban abiertas a diversas interpretaciones se consideraba cada vez más una característica normal. Aunque los resultados de la filosofía analítica del lenguaje no habían sido todavía utilizados ampliamente en la dogmática de aquel tiempo, las nociones de «vaguedad» y «ambigüedad» ya eran, en cierta medida, familiares.

Estas características del lenguaje proporcionaban apoyo al nuevo método de interpretación que otorgaba mucha menos importancia a la literalidad de las normas. En lugar de centrarse en la letra se utilizaba el método teleológico de interpretación, que derivaba el contenido de la norma de su objetivo. Esta técnica había sido, sin duda, utilizada antes, pero ahora se convirtió claramente en parte normal de la dogmática⁵⁰.

⁴⁹ Así, eg Olsson, *Om köparens borgesärsskydd vid köp av lös egendom* (1954).

⁵⁰ En el Realismo Escandinavo el método teleológico de interpretación fue desarrollado especialmente por Ekelöf. Véase inter alia *Teleological construction of statutes*, Sc. St. L., 1958, págs. 75 y sigs. Los artículos de Ekelöf sobre la materia eran conocidos en Finlandia, pero es difícil establecer con precisión qué influencia tuvieron sobre la dogmática civil.

La prevalencia del enfoque de la interpretación teleológica no fue el único factor que cambió el papel del Derecho escrito como fuente del Derecho. Otro elemento fue que la relevancia de las normas positivas en los llamados *casos difíciles* fue rechazada. Si el Derecho positivo sólo ofrecía un escaso e incierto apoyo a una solución dada, la nueva escuela de pensamiento exigía que las consideraciones prácticas se usaran directamente. Se consideraban un procedimiento poco fiable el recurso a la analogía, por referirse a una norma que estaba lejos del fenómeno en cuestión; este método era denominado sintético y generalizante⁵¹. Era hora de hacer análisis y soluciones *in casu*.

6.4. Sería una visión estrecha entender la evolución que tuvo lugar en los años cincuenta solamente como un paso más en la dirección de acabar con un marco de referencia sistemático. Hubo también juristas que, aunque compartían la actitud crítica escandinava a la *Begriffsjurisprudenz*, se inclinaban sin embargo por tratar los problemas jurídicos desde el punto de vista del sistema jurídico.

Entre estos juristas debemos hacer especial mención a Zittino. Él estaba de acuerdo con el análisis estructural del sistema jurídico planteado por el Realismo Escandinavo, por ejemplo, en la descomposición de los derechos subjetivos en relaciones entre hechos y consecuencias jurídicas. Sin embargo, a diferencia de los «realistas pragmáticos» mencionados más arriba, él no ampliaba las fuentes del Derecho introduciendo masivamente consideraciones prácticas, ni le entusiasmaba el método de resolver los problemas jurídicos *in casu*.

Estaba, por el contrario, muy interesado en la estructura interna del sistema jurídico. Su objetivo último parecía ser la elaboración de un sistema que reflejara mejor la estructura oculta del Derecho positivo que el enfoque conceptualista y que hiciera de nuevo posible derivar consecuencias jurídicas del sistema. Consecuentemente, creía que la fase durante la que la deficiencia del sistema conceptualista hizo imposible extraer consecuencias fiables era sólo un estadio temporal de desarrollo.

Puede decirse que Zitting, en cierta medida, compartía el punto de vista del enfoque conceptualista en lo que se refiere a la importancia de las estructuras sistemáticas de la dogmática jurídica, pero no estaba de acuerdo con el contenido del sistema. Su sistema se basaba en el Realismo Jurídico Escandinavo -en

⁵¹ Más tarde este enfoque fue justificado en detalle por Makkonen en su trabajo «Zur Problematik der juristischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie» (1965), esp. págs. 195-206.

particular en la investigación de Alf Ross⁵². Zitting sustituyó el sistema de las Pandectas por otro más acorde con la tradición escandinava.

Como el sistema basado en las Pandectas, el esquema de Zitting era directamente aplicable a cuestiones jurídicas concretas. Esto es debido al hecho de que proporcionaba criterios nuevos para evaluar las similitudes y diferencias entre los fenómenos jurídicos. Fenómenos que bajo el viejo sistema no tenían conexión entre sí parecían ahora tener la misma estructura y viceversa.

Este método ofrecía nuevos argumentos para aplicar las normas jurídicas análogamente o para rechazar la inferencia por analogía. Al principio Zitting se centró en rechazar las analogías establecidas por el viejo sistema. Sin embargo, a diferencia de los realistas pragmáticos, no eliminó la inferencia por analogía como método jurídico, sino que confió en el poder de los argumentos sistemáticos y los aplicó en muchas conexiones diferentes.

Puede decirse que Zitting añadió nuevos elementos a la herencia del Realismo Escandinavo y también que a través de él esta escuela de pensamiento se dividió en dos tendencias en Finlandia. Una era el *realismo pragmático*, un enfoque de investigación que destacaba la importancia de la equidad y de la diversidad de la vida real, confiando en soluciones *in casu* y seleccionando libremente argumentos para justificar sus resultados. Este método sería después muy utilizado en las investigaciones sobre Derecho contractual y mercantil.

La otra tendencia era el «*realismo analítico*»⁵³, que intentaba desarrollar el sistema jurídico con la ayuda de los resultados obtenidos por el Realismo Jurídico Escandinavo y que trataba los problemas jurídicos concretos utilizando el sistema mejorado.

⁵² El principal trabajo de Zitting es su libro sobre la transmisión del Derecho de propiedad en los bienes inmuebles, *Omistajanvaihdoksesta* (1951). Ha desarrollado las mismas ideas en varios libros y artículos. Véase inter alia, *An attempt to analyse the owner's legal position*, Sc. St. L., 1959, págs. 227 y sigs. Sobre las opiniones de Alf Ross que constituyen la base del trabajo de Zitting, véase *Virkelighed og Gyldighed i Retslaeren* (1934), págs. 182-321, *Ejendomsret og Ejendomsovergang med saerlingt Henblik paa dansk Retspraksis* (1935) *passim*, y *Towards a realistic jurisprudence* (1946), págs. 175-299.

⁵³ La línea de pensamiento elaborada por Zitting ha sido llamada con frecuencia realismo analítico. Esta expresión es engañosa en el sentido de que el uso del análisis no es una de sus características. También los realistas pragmáticos eran analíticos, pues trataban de desmenuzar los problemas en cuestiones pequeñas para después examinarlas separadamente. Zitting difería de ellos en su enfoque sistemático, i.e. en su intento de construir un sistema partiendo de las soluciones obtenidas en cuestiones subordinadas.

Estas ideas han sido después llevadas a cabo en la investigación sobre el derecho de propiedad («Sachenrecht»), en que el sistema de Zitting formaba el marco del programa de investigación.

Si examinamos en un mayor nivel de abstracción la dualidad de la tradición descrita, podemos ver que, a pesar de los cambios radicales que sufrió la dogmática jurídica, el mismo dilema al que me referí al principio de este artículo sobrevivió. Esta dualidad refleja el conflicto entre, por una parte, un punto de vista según el cual la dogmática debe ser un instrumento para realizar unos objetivos fijados, y, por otra, la idea de que los resultados de la dogmática deben deducirse de principios doctrinales. En otras palabras, la cuestión es si la dogmática debe observar el método de la ética *utilitarista* o de una ética *deontológica*.

En la teoría del Derecho la discusión sobre la argumentación jurídica ha girado hacia problemas más o menos conectados con éstos, especialmente después de las importantes contribuciones hechas por Dworkin. Hay, sin embargo, un largo camino por recorrer desde la teoría jurídica hasta las aplicaciones concretas en la dogmática -como muestra el ejemplo del Realismo Escandinavo-. Es más fácil proponer cambios en la argumentación que realizarlos en concretas investigaciones. De esta forma, es una pregunta abierta saber qué consecuencias tendrá esta discusión en el futuro.

(Trad. Jaime Alonso Gallo)



N O T A S

CAUSALIDAD, CONSECUENCIALISMO Y DEONTOLOGISMO

En el número 4 de *DOXA* Carlos Nino ha presentado un argumento, tan conciso como brillante e incisivo, que en su opinión bastaría para demostrar que el consecuencialismo «no puede ser una teoría moral adecuada»¹. Por supuesto el consecuencialismo ya ha sido objeto -especialmente en las dos últimas décadas- de muchas y muy variadas críticas². Pero la que ahora formula Nino (basada en la idea de que el concepto de «causa» lleva implícitas ciertas presuposiciones normativas y por consiguiente ha de ser manejado con sumo cuidado cuando se le asigna un papel preponderante en la articulación de una teoría moral) representa, si no estoy mal informado, una contribución original que amplía el repertorio convencional de objeciones al consecuencialismo.

En pocas palabras (si es que es posible emplear menos que las que le han bastado al autor), lo que Nino sostiene es lo siguiente: el concepto ordinario de causa, aplicado a acciones humanas, encierra ciertas presuposiciones normativas (provenientes en parte de la moral positiva) que están introducidas en la definición de las «circunstancias normales del contexto» por contraposición a las cuales individualizamos como «causa» *alguna* de las condiciones (positivas o negativas) necesarias y conjuntamente suficientes para la producción de un resultado; al hacer uso del concepto de causa en el seno de una moral crítica se puede evitar la adhesión inadvertida a la moral positiva bien empleando un concepto de responsabilidad que no dependa del concepto de causa, bien introduciendo un concepto revisado de causa en el que las presuposiciones normativas implícitas provenientes de la moral positiva sean reemplazadas por otras provenientes

¹ Carlos S. Nino, «El cuatrima del consecuencialismo», en *Doxa*, 4 (1987), 365-366.

² Vid., por todos, la excelente recopilación a cargo de Samuel Scheffler, *Consequentialism and its Critics* (Oxford; Oxford University Press, 1988).

De una moral crítica; pero dado que el consecuencialismo «parte de un principio que valora a las acciones exclusivamente por sus efectos causales en el bienestar, utilidad, miseria o dolor de la gente», no dispone de esas posibilidades y se ve enfrentado de hecho al siguiente cuatrima: o bien hace depender sus conclusiones respecto a qué acciones u omisiones son causas de un resultado del veredicto de la moral positiva, convirtiéndose en esclavo de ella por aberrante que sea; o bien las hace depender de normas de deber de una moral crítica, con lo que se transformaría en un sistema deontológico; o bien las hace depender de deberes surgidos del propio principio consecuencialista, con lo que resultaría circular; o bien, finalmente, considera como causa *cualquier* condición necesaria (es decir, estipula un concepto de causa del que estaría ausente la cláusula restrictiva «en las condiciones normales del contexto», con lo que quedaría liberado de presuposiciones normativas), lo que tendría consecuencias altamente contraintuitivas.

En este artículo intentaré demostrar que el consecuencialismo puede escapar al cuatrima en el que nino lo encierra. Como es obvio, ello no equivale a defender la tesis más fuerte de que el consecuencialismo *es* «una teoría moral adecuada» (o, como yo preferiría decir, una estructura adecuada para una teoría moral aceptable): equivale tan sólo a afirmar que si no lo es -cuestión sobre la que aquí no pretendo pronunciarme-, habrá de ser por alguna razón *distinta* de la esgrimida por nino en esta ocasión.

La argumentación de nino reposa sobre dos premisas: una cierta definición de «consecuencialismo» y una determinada explicación de la idea de «causa». Por consiguiente sus conclusiones pueden ser esquivadas poniendo en tela de juicio alguna de las dos o ambas. Respecto a la primera de esas dos premisas, me parece en efecto que nino ha manejado una noción de «consecuencialismo» indebidamente estrecha: una noción, diría yo, que casi acaba resultando extensionalmente equivalente a la de «utilitarismo»³. Hay un dato que me parece significativo: cuando en algunos trabajos anteriores nino presentó tentativamente el argumento que ahora desarrolla en profundidad, vio en él la base

³ Para ser más riguroso, diría que acaba resultando extensionalmente equivalente a lo que Amartya Sen ha denominado «*welfarism*» (término para el que, sinceramente, no me siento capaz de proponer un equivalente castellano presentable); más adelante me referiré a la diferencia entre esta noción y la de utilitarismo; vid. Amartya K. Sen, «Utilitarianism and Welfarism», en *Journal of Philosophy*, 76 (1979), 463-489.

para una objeción que afectaba precisamente al *utilitarismo*⁴; ahora el blanco del argumento se ensancha y ya no es sólo esa forma particular de consecuencialismo a la que llamamos «utilitarismo», sino *cualquier clase* de consecuencialismo. Pero es evidente que los defectos del utilitarismo en particular no pueden ser considerados automáticamente como vicios del consecuencialismo en general: ese salto puede darse si se demuestra que afectan a aquellos rasgos que el utilitarismo comparte con cualquier otra forma de consecuencialismo y que precisamente hacen de él una de las variantes de éste; pero no si afectan a sus rasgos o elementos *específicos*, a aquellos que definen su identidad particular y que como tales no formarán parte de otras teorías morales no utilitaristas pero igualmente consecuencialistas.

El gran problema, llegados a este punto, consiste evidentemente en precisar qué es lo que podemos considerar como «estructura mínima del consecuencialismo». El término «consecuencialismo», hasta donde yo sé, fue introducido en el discurso filosófico por Anscombe hace apenas tres décadas y no precisamente con unos perfiles nítidamente definidos⁵. Se supone que alude a una familia de teorías morales -o a un tipo de estructura compartida por diferentes teorías morales- de las que, con gran diferencia, el utilitarismo ha sido la más explorada y discutida.

⁴ Cfr. *Introducción a la Filosofía de la Acción Humana* (Buenos Aires; Eudeba, 1987), pág. 98: «Este carácter normativo de la causación por omisión [...] pone en aprietos al *utilitarismo*...» (la cursiva es mía); *Ética y Derechos Humanos* (Buenos Aires, Paidós, 1984), pág. 207: «Creo que este enfoque de la causalidad puede poner en serias dificultades *al utilitarismo*...» (la cursiva es mía). Ciertamente Nino añade pocas líneas después: «Esto podría servir de apoyo a una ética deontológica [...] en lugar de una ética teleológica del tipo utilitarista.» Creo que este último inciso merece dos comentarios: 1) si lo que fracasa es el utilitarismo, ello no constituye *por sí solo* un argumento decisivo en favor del deontologismo, ya que cabe la posibilidad de que resulten inmunes a la crítica otras formas (no utilitaristas) de consecuencialismo; 2) al hablar de «una ética teleológica del tipo utilitarista» no queda claro si Nino piensa que la crítica afecta a ese tipo especial de «ética teleológica» que sería el utilitarismo, o a las «éticas teleológicas» en general, de las que el utilitarismo sería un ejemplo. Nótese, por otra parte, que la crítica a «una ética *teleológica* del tipo utilitarista» aparece ahora como crítica al *consecuencialismo*; y, aunque en último término la cuestión dependa de estipulaciones verbales, el empleo de «teleológico» y «consecuencialista» como términos intercambiables no está exento de dificultades; cfr. John Finnis, *Fundamentals of Ethics* (Oxford, Clarendon Press, 1983), págs. 84-85.

⁵ Cfr. Gertrude E. M. Anscombe, «Modern Moral Philosophy», en *Philosophy*, 33 (1958) [ahora en Anscombe, *Ethics, Religions and Politics, Collected Philosophical Papers*, vol. III (Oxford, Basil Blackwell, 1981), págs. 26-42; vid. pág. 36].

Ello ha generado una estrecha asociación histórica entre consecuencialismo y utilitarismo, de modo que no resulta fácil determinar qué es lo propio del *genus* y qué lo diferenciador de la *species*. O dicho con otras palabras: no es fácil precisar qué rasgos del utilitarismo (como punto de partida mejor conocido) pueden ir siendo desechados y reemplazados por otros de manera que la teoría moral resultante siga siendo aún consecuencialista. El riesgo, evidentemente, consiste en ir adelgazando la connotación del término «consecuencialismo» (mediante restricciones *ad hoc* diseñadas para ir soslayando las críticas formuladas por los no consecuencialistas) hasta convertirlo en una etiqueta desdibujada bajo la cual quepa prácticamente todo. Ni que decir tiene que con el término «deontologismo» puede forzarse un proceso parecido. Para evitar disputas meramente verbales lo que habrá que ver, en definitiva, es si se puede o no identificar un conjunto de rasgos mínimos definitorios de uno y otro tal que constituyan dos núcleos mutuamente excluyentes y expresivos de alguna diferencia no sólo irreductible, sino importante o significativa.

La exploración de estructuras consecuencialistas no utilitaristas, en cualquier caso, me parece importante para apreciar correctamente el *alcance* del argumento de Nino. En mi opinión, *cualquier* forma de consecuencialismo -utilitarismo incluido- puede escapar al cuatrima. Pero incluso si eso no fuera cierto, mi error podría ser aún un error *parcial* (exactamente el reverso del que sería en ese caso error igualmente parcial de Nino): porque podría suceder que *sólo* el utilitarismo -y no otras formas complejas o refinadas de consecuencialismo- quedara efectivamente atrapado en él. Con todo, esa objeción más limitada al argumento de Nino no carecería de importancia: porque *sólo* el «cuatrima del consecuencialismo», y no el más modesto «cuatrima del utilitarismo» que emergería de ese análisis, puede ser visto como un argumento concluyente en favor del deontologismo (que, si no me equivoco, es lo que anda buscando Nino).

La segunda premisa de la que depende la argumentación de Nino consiste en una cierta explicación de la noción de «causa». Sea cual sea la posición que uno adopte respecto a su definición de «consecuencialismo», es posible rechazar sus conclusiones si no se comparte la tesis del carácter (parcialmente) normativo de los enunciados causales típicos del lenguaje ordinario. Francisco Laporta, por ejemplo, la ha criticado en las páginas de esta misma revista⁶. Me inclino a pensar, por el contrario, que las

⁶ Francisco J. Laporta, «Algunos problemas de los deberes positivos generales

tesis de Nino respecto a la inclusión de presupuestos normativos entre los elementos presentes en la *atribución* de un resultado a un individuo como efecto de *su* acción u omisión son básicamente correctas. Lo que dudo, sin embargo, es que de ahí se derive problema alguno para el consecuencialismo (en cualquiera de sus formas). La confusión provendría a mi juicio de haber tratado como si fuesen una sola dos cuestiones diferentes: qué es lo que hace que una acción o una omisión sean causalmente eficaces y qué lo que determina que puedan ser individualizadas -en contextos atributivos- como *la* causa de un cierto estado de cosas (que se presenta entonces como *su* resultado).

Dividiré mi exposición en tres apartados. El objeto de los dos primeros seguramente ya habrá quedado claro: investigar la estructura del consecuencialismo y la de la idea de causa. Pero la discusión puede prolongarse además -en un tercer apartado- retorsivamente: porque, si no me equivoco, el deontologismo sí que encuentra algunas dificultades serias en relación con la idea de causa. Y para salir de ellas tiene que admitir ciertas modificaciones que acaban convirtiéndolo en algo muy parecido a las versiones complejas o refinadas del consecuencialismo que me propongo explorar. Todo lo cual avalaría la intuición -que aquí es imposible desarrollar y que presento meramente como eso: como una intuición-, adelantada en diferentes formas por autores tan distintos entre sí en varios sentidos como Mackie, Scanlon, Sen, Scheffler, Parfit o Nozick, de que lo que hay que buscar no es tanto el argumento definitivo que dé la victoria al deontologismo sobre el consecuencialismo o a la inversa, sino más bien algún tipo de estructura que combine o unifique en un nivel superior de abstracción los rasgos más atractivos de cada uno de ellos⁷.

(observaciones a un artículo de Ernesto Garzón Valdés)», en *Doxa*, 3 (1986), 55-63; vid. especialmente, págs. 59 y sigs.

⁷ Cfr. John Mackie, *Ethics, Inventing Right and Wrong* (Harmondsworth; Penguin, 1977), cap. 7, especialmente págs. 149-150 y 167-168; T. M. Scanlon, «Rights, Goals and Fairness», en *Erkenntnis*, 2 (1977), 81-95 [ahora en Scheffler (ed.), *Consequentialism and its Critics*, cit. en nota 2, págs. 74-92, por donde se cita], que habla de una «tercera vía» (pág. 81); Samuel Scheffler, *The Rejection of Consequentialism. A Philosophical Investigation of the Considerations Underlying Rival Moral Conceptions* (Oxford; Clarendon Press, 1982), que califica su propuesta como «híbrida» (pág. 5); Amartya K. Sen, «Rights and Agency», en *Philosophy and Public Affairs*, 11 (1982), 3-39 [ahora en Scheffler (ed.), *Consequentialism and its Critics*, cit., págs. 187-223, por donde se cita]; Derek Parfit, *Reasons and Persons* (Oxford; Clarendon Press, 1984), que aboga por una «teoría unificada» (pág. 112). La inclusión de Nozick en

1. *La estructura mínima del consecuencialismo*

Si hemos de hacer caso a Rawls, la estructura de una teoría moral está determinada en gran parte por la forma en que define y conecta las dos nociones básicas de lo «bueno» y lo «correcto». Desde ese punto de vista, se suelen destacar dos rasgos mínimos como definitorios del consecuencialismo: que atribuye prioridad lógica a lo bueno, ya que concebiría lo correcto como la maximización de lo bueno; y que sólo considera portadores de valor intrínseco a los «estados de cosas», de manera que todo lo demás (acciones, reglas, motivos o disposiciones...) sólo tendrían valor en la medida en que conduzca a estados de cosas valiosos. Cualquier teoría moral consecuencialista -aceptando provisionalmente esta caracterización- operaría entonces del siguiente modo: especificaría en primer lugar qué es lo que confiere valor a un estado de cosas, qué es lo que determina su mayor o menor bondad; a la luz de ese criterio, jerarquizaría de mejor a peor todos los estados de cosas posibles; y calificaría como correcta a la acción (o regla, disposición, etc.) que conduzca al mejor de los estados de cosas que el agente esté en condiciones de producir. Pero esta es sin duda una descripción sumaria que debe ser matizada en muchos de sus extremos. En particular, creo que deben analizarse con más calma tres puntos relativos a la apreciación del valor de los estados de cosas; y tres más que se refieren a la forma en que se pasa de los juicios acerca de la bondad de esos estados a los juicios sobre la corrección de las acciones.

i) Por lo que hace a la apreciación del valor de los estados de cosas no creo que haga falta insistir, en primer lugar, en que dentro del marco genérico del consecuencialismo podemos obtener múltiples teorías morales diferentes según el principio o principios que cada una use para definir qué es lo que hace bueno a un estado de cosas: en este sentido el utilitarismo no representa más que una posibilidad entre otras muchas (y, por cierto,

esta relación puede desconcertar a quienes sólo tengan en mente *Anarchy, State and Utopia* (Nueva York, Basic Books, 1974) [hay trad. cast. de R. Tamayo, *Anarquía, Estado y Utopía* (México, F.C.E., 1988)], donde propugna sin ambages una posición deontologista (a pesar de la pequeña cuña que desliza al final de la nota de las págs. 29-30 [trad. cast., págs. 41-42]) y se perfila como uno de los más duros críticos del consecuencialismo; pero no para quien recuerde lo escrito más tarde por él en sus *Philosophical Explanations* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1981), págs. 494-498, donde, aun manifestando su «obvia inclinación» hacia el deontologismo (pág. 498), se esfuerza en explorar las vías para una posible unificación (hablando, por cierto, de «teleologismo» y no de «consecuencialismo»).

no la más prometedora, aunque desde luego sí la más conocida y discutida).

Ahora bien, las distintas teorías morales que comparten una estructura consecuencialista pueden diferir entre sí en *otros extremos*. Un segundo aspecto que puede marcar la diferencia tiene que ver no con el principio o principios que definen qué estados de cosas son buenos, sino con el sentido que cada una dé a la idea misma de «estado de cosas»: en particular, se puede o no considerar a la *acción* productora como parte del estado de cosas producido. Para muchos esa inclusión representaría en realidad la salida pura y simple del marco consecuencialista, ya que hablar del «hacer del agente que actúa» como parte de «lo hecho» no pasaría de ser un abuso verbal. No creo, de todos modos, que esa posibilidad deba ser descartada de antemano: lo que habrá que ver en cualquier caso es si el tipo de estructura moral que resultaría de admitir esa inclusión puede aún ser diferenciada -en algún sentido no trivial- de los que señalamos usualmente como casos típicos de deontologismo.

Las mismas dudas, o quizá más severas, rodean a un tercer aspecto en el que las teorías morales consecuencialistas pueden diferir entre sí (y que si no me equivoco está estrechamente ligado al anterior). Empleando términos puestos en circulación por Nagel y Parfit, suele darse por supuesto que el consecuencialismo -en cualquiera de sus formas- sólo genera razones morales «neutrales respecto al agente»⁸: lo que eso quiere decir es que los estados de cosas son mejores o peores desde una perspectiva impersonal, que su valoración no puede arrojar resultados diferentes para distintas personas (que utilizan como patrón de esa evaluación *la misma* teoría moral) según cuál sea la posición o el papel que corresponda a cada una de ellas en dicho estado. Ese rasgo puede ser valorado como una ventaja o como un inconveniente: pero en lo que sí suele haber acuerdo es en que dentro del consecuencialismo no hay sitio para ninguna clase de razones morales «relativas al agente» (es decir, que un mismo estado de cosas no puede tener un valor para quien ocupa en él una determinada posición o papel que sea distinto del que tenga para *cualquier otro* fuera de esas posiciones o papeles). Esa conclusión,

⁸ Cfr. Thomas Nagel, «The Limits of Objectivity», en S. McMurrin (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. I (Salt Lake City, Utah University Press; Nueva York/Cambridge, Cambridge University Press, 1980), págs. 77-139, págs. 101-103; *Id.*, *The View from Nowhere* (Nueva York/Oxford; Oxford University Press, 1986), págs. 152-153; Derek Parfit, *Reasons and Persons*, cit., pág. 143.

no obstante, depende como es obvio de la extensión que estemos dispuestos a reconocer para el término «consecuencialismo»: y creo, nuevamente, que la directriz a seguir para acoger o no esta posibilidad radica en preguntarnos si acogiéndola obtendríamos algo diferenciable aún de los casos centrales o típicos de deontologismo. Si la respuesta fuese afirmativa podríamos distinguir entre aquellas formas de consecuencialismo en las que tiene cabida una valoración de los estados de cosas relativa al agente y aquellas otras en las que semejante posibilidad queda excluida.

ii) Un segundo bloque de cuestiones es el que tiene que ver con la traslación de los juicios sobre la bondad de los estados de cosas a los juicios sobre la corrección de las acciones. Dentro de él, una primera posibilidad de diferenciación entre teorías morales consecuencialistas estriba en si conciben lo correcto precisamente como *maximización* o simplemente como alguna clase de *función* -no necesariamente maximizadora- de lo bueno⁹. El punto de vista más extendido exige la maximización. Ahora bien, aunque la prioridad lógica de lo bueno sobre lo correcto requiere sin duda que lo segundo sea una variable dependiente de lo primero, que la relación entre ambas dimensiones haya de venir definida justamente como maximización parece, en principio, sólo una posibilidad entre otras. Me parece que en el fondo esta cuestión tiene mucho que ver -pero de ello me ocuparé más tarde- con el tipo de definición de lo bueno que cada teoría moral consecuencialista haga suya (y, más concretamente, con el dato diferenciador de si su concepción de lo bueno es monista o pluralista).

Los dos aspectos restantes en relación con los cuales pueden perfilarse distintas variantes dentro del consecuencialismo remiten a cuestiones bastante más trilladas y sólo los mencionaré brevemente. Uno de ellos tiene que ver con el modo en que se forman los juicios acerca de la corrección de las acciones, que puede ser directo o indirecto: en el primer caso la acción correcta sería la que conduzca a estados de cosas buenos (o máximamente buenos); en el segundo, la que derivaría del seguimiento

⁹ Frente al punto de vista dominante, que exige la *maximización*, la idea de que todo lo que necesita el consecuencialismo es definir lo correcto como una *función* (no necesariamente maximizadora) de lo bueno ha sido sugerida recientemente por Michael Slote, *Common-Sense Morality and Utilitarianism* (Boston/Londres; Rotledge & Kegan Paul, 1985), caps. 3 y 5. Para una crítica de esa idea, vid. Philip Pettit, «Slote on Consequentialism», en *Philosophical Quarterly*, 36 (1986), 399-412, págs. 401-404.

de reglas o de la adopción de motivos o disposiciones de conducta cuya aceptación (por parte del individuo o de todos, lo que dibuja a su vez otra posibilidad de diferenciación¹⁰) conduciría a estados de cosas (¿máximamente?) buenos¹¹.

Finalmente, las diferentes teorías consecuencialistas pueden hacer suyos muy distintos criterios de adscripción de responsabilidad. Una vez sentado qué estados de cosas son buenos (sea cual sea el principio que los define como buenos y la forma en que se conciba la idea misma de «estado de cosas»; y tanto si se da cabida a la relatividad respecto al agente como si no) y, a partir de esa determinación, qué acciones son correctas (exigiendo o no la maximización; estableciéndolo directa o indirectamente), la adscripción de responsabilidad -en un sentido amplio, que cubre la alabanza y el reproche- por la realización u omisión de esas acciones puede o no conferir relevancia a la distinción entre lo que *es* bueno o correcto con arreglo a la teoría y lo que el agente -usando esa teoría como patrón de evaluación, pero con un conocimiento incompleto o erróneo- juzgó como tal. En ese sentido una teoría consecuencialista no tiene por qué considerar moralmente reprochable *cualquier* distanciamiento entre la acción que ella misma identifica como correcta y aquella que el agente realiza. Y, si no lo hace, no por ello se convierte inadvertidamente en una posición deontologista: porque el *criterio*

¹⁰ Sobre la diferencia entre «consecuencialismo individual» y «consecuencialismo colectivo», vid. Parfit, *Reasons and Persons*, cit. págs. 30-31.

¹¹ En este orden de cosas la distinción más discutida -hasta la saciedad- es sin duda alguna la que opone el utilitarismo de actos al utilitarismo de reglas (discusión que incluye, como es de sobra conocido, la cuestión de si uno y otro son o no en realidad extensionalmente equivalentes). Sobre el también bastante transitado «utilitarismo de motivos», vid. Robert M. Adams, «Motive Utilitarianism», en *Journal of Philosophy*, 73 (1976), 467-481. Pero lo que aquí me interesa destacar es que toda esa gama de posibilidades no queda abierta *sólo* para el utilitarismo, sino para *cualquier clase* de consecuencialismo. Entre estas formas indirectas de determinación de la acción correcta por parte de una teoría consecuencialista, resulta sumamente espinosa la cuestión de si cabría pensar incluso en la adopción, por razones consecuencialistas, de una disposición a actuar sobre la base de razones no consecuencialistas (y de si el agregado resultante podría ser aún presentado con sentido como una forma de consecuencialismo); no descarta esa posibilidad D. Parfit, *Reasons and Persons*, cit. págs. 40 y sigs.; en este sentido contrario, vid. Bernard Williams, «A Critique of Utilitarianism», sec. 6, en J. J. C. Smart y B. Williams, *Utilitarianism: For and Against* (Cambridge, Cambridge University Press, 1973) [trad. cast. de J. Rodríguez Marín, *Utilitarismo: Pro y Contra* (Madrid, Tecnos, 1981)]; *Id.*, *Ethics and the Limits of Philosophy* (Londres, Fontana-Collins, 1985), págs. 107-108; y Michael Stocker, «The Schizophrenia of Modern Moral Theories», en *Journal of Philosophy*, 73 (1976), 453-466.

mismo de adscripción de responsabilidad es susceptible a su vez de justificación consecuencialista.

iii) El primero de estos seis puntos -qué es lo que define como «bueno» a un estado de cosas- es, a mi juicio, el que marca las diferencias más radicales entre distintas formas de consecuencialismo. Para trazar un mapa de las diversas posibilidades que quedan abiertas en este terreno puede ser de interés seguir el análisis que nos propone Amartya Sen¹². La estrategia de ese análisis consiste en partir del utilitarismo (como variedad más difundida) e ir determinando cómo serían las estructuras morales que resultarían de ir abandonando y reemplazando por otros cada uno de los elementos constitutivos en los que puede descomponerse la concepción utilitarista de lo bueno.

Sea cual sea la forma en que se interprete la noción de «utilidad» -como felicidad, placer, satisfacción de preferencias de cualquier clase o sólo de un cierto tipo, etc.-, todas las formas de utilitarismo conciben la bondad de un estado de cosas como la suma de las utilidades individuales presentes en él. Ello da pie para distinguir dos componentes que, asociados, integran la concepción utilitarista de lo bueno: por un lado, la idea de que para valorar un estado de cosas *sólo* es relevante la información relativa a qué utilidades individuales están presentes en él («*welfarism*»); por otro, la tesis según la cual el valor de un estado de cosas viene dado por la *suma* de las utilidades presentes en él («*sum-ranking*» o «aditivismo»), de manera que si dos estados de cosas registran la misma cantidad total de utilidad para un conjunto dado de individuos no hay ninguna base para concluir que uno de los dos es mejor que otro (sea cual sea la distribución de la utilidad en cada uno)¹³.

Ahora bien, es posible concebir estructuras consecuencialistas que salgan fuera del espacio utilitarista en la medida en que abandonen en su definición de qué es lo que determina la bondad de un estado de cosas alguno de esos dos elementos o ambos. Entre los teóricos de la economía del bienestar se han construido propuestas basadas en la conservación del primero y el abandono del segundo, que sería reemplazado por un criterio de tipo distributivo, lo que permitiría articular funciones *no lineales* de bienestar social¹⁴. Esas propuestas han de hacer frente a un

¹² En «Utilitarianism and Welfarism», cit. [vid., *supra*, nota 3].

¹³ *Loc. cit.* pág. 468.

¹⁴ Cfr. P. J. Hammond, «Equity, Arrow's Conditions and Rawls' Difference Principle», en *Econometrica*, 44 (1976), 793-804; S. Strasnick, «The Problem of Social Choice; Arrow to Rawls», en *Philosophy and Public Affairs*, 5

buen número de problemas de gran complejidad técnica que en este momento no viene al caso examinar¹⁵. Lo que sí me interesa subrayar, de todos modos, es que las consideraciones distributivas se integran en la estructura resultante precisamente como un elemento de la definición de la bondad para los estados de cosas: es decir, este tipo de estructuras consecuencialistas define como buenos aquellos estados de cosas en los que la utilidad está distribuida *de un cierto modo* (p. ej., en los que es más alta la utilidad del individuo peor situado, como estipula el «principio leximin»¹⁶), no aquellos en los que la suma de utilidades es mayor; y al hacerlo se diferencia tanto del utilitarismo como de las estructuras morales *no* consecuencialistas, en las que la importancia de los criterios distributivos no se insertaría en la definición misma de lo bueno, sino que aparecería de la mano de lo «correcto», esto es, como una restricción a la persecución de lo bueno. Quizá pueda pensarse que lo que hemos alcanzado por esta vía no es en realidad sino deontologismo embozado bajo el ropaje verbal del consecuencialismo¹⁷. No examinaré esa cuestión

(1976), 241-273; *Id.*, «Social Choice and the Derivation of Rawls' Difference Principle», en *Journal of Philosophy*, 73 (1976), 85-99; C. D'Aspremont y L. Gevers, «Equity and Informational Basis of Collective Choice», en *Review of Economic Studies*, 46 (1977), 199-210; R. Deschamps y L. Gevers, «Leximin and Utilitarian Rules: A Joint Characterization», en *Journal of Economic Theory*, 17 (1978), 143-163.

¹⁵ Piénsese, p. ej., que la cuestión de determinar de qué maneras es posible agregar utilidades individuales (y, en concreto, de si cabe o no una agregación no aditiva, de si son viables o no funciones no lineales de bienestar social) depende de la respuesta que demos a la pregunta previa acerca de los modos en que sea posible *medirlas y compararlas* (medición cardinal, escalas ordinales con o sin medidas de intervalo, etc.). Para un tratamiento global de estos problemas, vid. James Griffin, *Well-Being, Its Meaning, Measurement and Moral Importance* (Oxford: Clarendon Press, 1986), caps. VI y VII.

¹⁶ Para una síntesis clara y accesible del significado y las dificultades del «principio leximin» [*lexical maximin*], vid. Damián Salcedo Megales, «La fundamentación normativa de un principio igualitarista», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, 4 (1987), 193-218.

¹⁷ Rawls ha sostenido que «si la distribución de los bienes se cuenta también como un bien, quizá de orden superior, y la teoría nos dirige hacia la producción del mayor bien (incluyendo el bien de la distribución entre otros), lo que tenemos ya no es un punto de vista teleológico en el sentido clásico»: *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971), pág. 25 [trad. cast. de M. D. González Soler, *Teoría de la Justicia* (México/Madrid: F.C.E., 1979), pág. 43]. Ahora bien (y dando por buena la equiparación entre «teleológico» y «consecuencialista»), lo que hay que determinar es hasta qué punto el «sentido clásico» puede ser ensanchado de un modo que siga siendo todavía apreciablemente distinto del deontologismo.

hasta haber analizado las estructuras consecuencialistas que prescinden de *los dos* componentes de la concepción utilitarista de lo bueno (es decir, no sólo del aditivismo, sino también de lo que Sen denomina «*welfarism*»): porque si las teorías que prescinden de esos dos elementos difieren aún en algún rasgo no trivial del deontologismo, por fuerza diferirán también las que prescinden sólo del segundo; y porque me interesan más aquéllas que éstas.

iv) Al abandonar *los dos* componentes que integran la concepción utilitarista de lo bueno quedan abiertas múltiples posibilidades. Puede pensarse, por ejemplo, en estructuras consecuencialistas que a la hora de determinar qué es lo que permite considerar «bueno» a un estado de cosas atribuyan relevancia no a un único factor -como la utilidad-, sino a *varios* (i.e., que hagan suya una concepción de lo bueno *pluralista*, y no *monista*); y que, sobre la base de esa pluralidad, consideren que el estado de cosas mejor es aquel en el que todos esos factores -o alguno de ellos, al que se atribuye prioridad lexicográfica- estén distribuidos de cierta manera, no aquel en el que su adición arroje un agregado total más alto (sea cual sea su distribución).

Incluso dejando al margen la sustitución del aditivismo por un criterio distributivo, una teoría consecuencialista que recurra a *más de un principio* para la identificación de los estados de cosas buenos adquiere un nivel de complejidad considerablemente mayor que el del utilitarismo: corre, de entrada, el riesgo de generar preferencias cíclicas¹⁸; y ha de presuponer además que

¹⁸ Tendríamos una preferencia cíclica siempre que el resultado de evaluar estados de cosas conforme a una cierta concepción de lo bueno ofreciera un resultado de este tipo; el estado de cosas *a* es preferible al *b*, el *b* al *c* y el *c* al *a*. Es lo que sucede, p. ej., con el caso del «*liberal paretiano*» (i.e., quien determina la bondad de los estados de cosas manejando dos principios: el principio débil de Pareto y un principio liberal según el cual la ordenación de preferencias de un individuo resulta decisiva en ciertos ámbitos protegidos frente a la interferencia de terceros) expuesto originariamente por A. K. Sen -en *Collective Choice and Social Welfare* (San Francisco, Holden-Day, 1970), cap. 6 [trad. cast. de F. Elías Castillo, *Elección colectiva y bienestar social* (Madrid, Alianza, 1976)]- y que ha generado ya un aluvión de comentarios, críticas y presuntas soluciones.

En realidad este tipo de problemas pueden surgir cuando alguno de los principios en juego (sea cual sea su contenido) produzca sólo *ordenaciones parciales*, es decir, cuando no sirva para jerarquizar por orden de preferibilidad cualquier par de estados de cosas pensable, sino *sólo ciertos pares*. Mackie ha demostrado concluyentemente que se pueden generar preferencias cíclicas siempre que se combinen dos principios lógicamente independientes y, *a*) uno de ellos produzca sólo una ordenación parcial y se le atribuya prioridad lexicográfica

los diferentes parámetros que definan a un estado de cosas como bueno son conmensurables, lo que para algunos representa un requisito imposible de satisfacer¹⁹. Pero ninguna de esas dificultades me parece insuperable. Y si se acepta que efectivamente no tienen por qué serlo, queda abierta la posibilidad de articular teorías consecuencialistas con concepciones pluralistas de lo bueno de muy diversos tipos (y en cualquier caso profundamente distintas de la del utilitarismo).

Pensemos, por ejemplo, en una teoría moral consecuencialista que en primer lugar considere valiosos aquellos estados de cosas en los que se dé una determinada distribución de la *autonomía*, entendida como asignación a *cada* individuo de ciertas capacidades o situaciones que le permiten un control efectivo sobre aspectos esenciales de su vida (entre las que se cuentan tanto la disponibilidad de ciertos recursos básicos que llenan de contenido su abstracta posibilidad de articular y materializar planes de vida, como el aseguramiento de un ámbito de acción libre de interferencia en el que pueda desarrollarse la opción elegida). En una estructura de este tipo la autonomía (o para ser más exactos, una determinada distribución de la misma, como por ejemplo aquella en la que sea mayor la del individuo peor situado) forma parte de una concepción de lo bueno relativa a estados de cosas. Y puede formar parte de ella como elemento *prioritario* pero no exclusivo: es decir, puede combinarse -aunque atribuyéndole prioridad lexicográfica sobre él- con otro principio que discrimine entre estados de cosas mejores y peores (por ejemplo, con uno que considere tanto más valioso un estado de cosas cuanto mayor sea el nivel de satisfacción de preferencias

sobre el otro; o *b*) al menos uno de ellos produzca sólo una ordenación parcial y no se atribuya prioridad lexicográfica a ninguno de los dos; cfr. John L. Mackie, «The Combination of Partially-Ordered Preferences» [1980], publicado póstumamente en J. L. Mackie, *Persons and Values, Selected Papers*, vol. II (Oxford, Clarendon Press, 1985), págs. 249-253.

¹⁹ Para una crítica del consecuencialismo basada en la idea de la inconmensurabilidad, vid. p. ej., John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford, Clarendon Press, 1980), págs. 113-115; *Id. Fundamentals of Ethics*, cit. [vid., *supra*, nota 4], págs. 86-93; J. Finnis, J. M. Boyle y G. Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism* (Oxford, Clarendon Press, 1987), pág. 252. El análisis más matizado que conozco de la idea de inconmensurabilidad es el de James Griffin, *Well-Being*, cit. [vid. *supra* nota 15], cap. V. Sobre la posibilidad de dilemas morales como producto de la inconmensurabilidad de ciertos valores, vid. la recopilación de Christopher W. Gowans (ed.), *Moral Dilemmas* (Nueva York/Oxford, Oxford University Press, 1987), que a mi juicio contiene los textos fundamentales sobre esta cuestión.

individuales que se da en él). Porque, en efecto, no es preciso considerar que la bondad de un estado de cosas se agota en el dato de que en él la autonomía esté repartida apropiadamente: al decir que la autonomía es el elemento prioritario para apreciar la bondad de los estados de cosas y que consiste en la capacidad de elegir y desarrollar planes de vida (compatible con una capacidad igual de los demás), no está dicho que todos los planes de vida elegidos y desarrollados en esas condiciones y compatibles con el mantenimiento de las mismas sean igualmente valiosos. Lo que se dice es que según la concepción de lo bueno de la que hablamos el mantenimiento de la capacidad de elegir y de un ámbito de acción no interferido para desarrollar la opción elegida es más valioso que el contenido de la elección, no necesariamente que resulte indiferente elegir una cosa u otra. En términos muy gruesos: que aunque el máximo valor radicaría para esa concepción compleja de lo bueno en elegir autónomamente el plan de vida que ella misma defina (con arreglo a un principio complementario del de autonomía) como el mejor, por debajo de ese ideal se atribuye mayor valor a las condiciones de posibilidad de la elección autónoma de planes de vida, aunque los que se elijan resulten ser subóptimos, que a la adopción no autónoma del plan de vida óptimo (y nótese que la libre elección del plan de vida óptimo, siendo máximamente valiosa, en modo alguno puede ser obligatoria: si se postulara una «obligación de elegir libremente» el mejor plan de vida estaríamos en presencia de un auténtico monstruo lógico, ya que la idea de «estar *obligado* a elegir X libremente» es contradictoria).

Lo que tenemos entonces es una concepción *pluralista*, y no monista, de lo que hace bueno a un estado de cosas: en primer lugar, que se dé en él una determinada distribución de la autonomía; y cubierta esa exigencia -y sólo entonces-, que queden satisfechas el mayor número posible de preferencias individuales. Como trataré de mostrar en el próximo apartado, esa articulación pluralista -y con prioridad lexicográfica de uno de sus elementos sobre el otro- de la concepción de los estados de cosas buenos tiene una importancia capital a la hora de determinar la acción correcta dentro de una estructura consecuencialista, ya que permite entender en qué sentido lo correcto puede ser definido dentro de ella sin arbitrariedad como una función no estrictamente maximizadora de lo bueno. Si ello es así, una estructura de este tipo estará en las mejores condiciones para dar cuenta satisfactoriamente de la relación entre lo debido y lo supererogatorio, un punto en el que han tropezado tanto el consecuencialismo de tipo utilitarista (que al considerar exigible cualquier

acto capaz de afectar positivamente al estado del mundo no deja espacio alguno para la categoría de los actos supererogatorios) como muchos críticos del consecuencialismo (que al alegar que todo individuo debe ser dispensado de la obligación de producir el máximo bien, ya que una responsabilidad tan desmesurada minaría su integridad en la medida en que le impediría asignar una atención preferente a *sus* propios proyectos, compromisos y lazos personales, encuentra la dificultad contraria de fundamentar y poner un límite a esa dispensa, si no se quiere que lo supererogatorio se extienda tanto que el espacio de los deberes positivos generales quede reducido a la insignificancia).

Una estructura de este tipo permite además una representación del papel que juegan los *derechos* en el marco de una teoría moral que me parece especialmente sugestiva. Estoy pensando en una concepción como la presentada por Scanlon y Sen²⁰, que nos proponen que entendamos los derechos como metas u objetivos [«goals»]. En ella los derechos se conciben primariamente como capacidades o situaciones de los individuos cuyo aseguramiento para cada uno se considera valioso, de manera que su presencia o ausencia en un estado de cosas determina la mayor o menor bondad del mismo (con prioridad lexicográfica sobre otros posibles factores determinantes también de dicha bondad); y una vez incorporados los derechos a la valoración de los estados de cosas, la selección de la acción correcta toma en cuenta su eficacia causal para producir o mantener esos estados valiosos. Frente a un punto de vista deontológico clásico, que considera los derechos como límites o constricciones referidos directamente a las acciones, y no como elementos incorporados a la valoración de estados de cosas, un «sistema de derechos como objetivos» puede ofrecer ventajas importantes (que aquí no cabe sino mencionar brevemente): al identificar las acciones debidas a través de una evaluación consecuencialista, integrando satisfacciones y violaciones de los derechos en la valoración de estados de cosas, permite tomar en cuenta las interdependencias multilaterales

²⁰ Cfr. T. M. Scanlon, «Rights, Goals and Fairness», cit., y A. K. Sen, «Rights and Agency», cit. [vid. *supra*, nota 7]. Me atrevería a sugerir que F. Laporta no se mueve muy lejos de esta línea cuando caracteriza los derechos como «“bienes” relevantes, es decir, situaciones o estados de cosas a los que el sistema confiere una cierta importancia, un cierto valor...», de manera que el valor atribuido a esas situaciones o estados de cosas proporciona una justificación para articular normativamente su protección a través de técnicas diversas; vid. Francisco J. Laporta, «Sobre el concepto de derechos humanos», en *Doxa*, 4 (1987), 23-46, pág. 30.

de las acciones (es decir, los casos en los que el único medio de satisfacer un derecho es la violación de otro, quizás incluso de menor importancia) y hace posible un tratamiento más adecuado de los «conflictos entre derechos»; y permite entender en qué sentido los derechos no son meramente el correlato de deberes infranqueables que pesan sobre los demás, definidos *a priori* de modo legalista a través de fórmulas rígidas, sino el fundamento de muy diversas técnicas normativas de protección (imposición de deberes, concesión de poderes o inmunidades, etc.), cuya entrada en juego y contenido específico dependerá además de lo que en cada caso exijan -y permitan- las circunstancias para el aseguramiento de aquellos objetivos.

v) Habría que preguntarse si una estructura consecuencialista como la que se acaba de describir difiere o no en realidad de una moral deontológica. Formalmente la diferencia es muy fácil de establecer. Una moral deontológica atribuye valor (o desvalor) *intrínseco* a las acciones: no tiene por qué contar con un criterio de ordenación de estados de cosas por su mayor o menor bondad (o incluso puede considerar que una idea semejante carece de sentido), y en cualquier caso el valor de las acciones no se deriva del de aquello que resulta de ellas²¹. Lo relevante para el deontologismo son las acciones en su dimensión de actividad (*praxis*), no en su dimensión de producción de algo (*poiesis*). Pero lo que interesa saber es si en este caso la diferencia es sólo verbal o aparente: porque podría suceder que a través de sucesivos cambios y acoplamientos hubiésemos llegado a una suerte de deontologismo encubierto, al abandono real del espacio consecuencialista.

Aunque al tratar de marcar los límites de ese espacio podemos embarcarnos en una mera disputa terminológica, me parece posible afirmar que hay al menos un punto en el que esta forma compleja de consecuencialismo difiere aún de lo que suele considerarse típico del deontologismo. Si la satisfacción o violación de los derechos se incorpora a la evaluación de los estados de

²¹ Cfr., p. ej., Philippa Foot, «Utilitarianism and the Virtues», en *Mind*, 94 (1985), 196-209 [ahora en Scheffler, *Consequentialism and its Critics*, cit. -*supra*, nota 2-, págs. 224-260, por donde se cita; esp. págs. 227 y sigs.]. Alfonso Ruiz Miguel expresa la idea con claridad: «[...] las éticas de tipo deontológico ponen el acento en el valor o falta de valor de las acciones en sí mismas consideradas, con especial referencia a las intenciones, disposiciones de carácter de las que el agente pueda ser responsable o rasgos de la personalidad que determinadas acciones *denotan* [...]»; vid. A. Ruiz Miguel, *La justicia de la guerra y de la paz* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988), págs. 145-146.

cosas, parece difícilmente discutible que un estado de cosas será tanto más valioso *-caeteris paribus-* cuanto menor sea el número de violaciones del mismo tipo que se dé en él²². O dicho con otras palabras: que si la violación del derecho D de un individuo es el único modo de evitar la violación del mismo derecho de un número mayor de individuos, una estructura consecuencialista como la que se ha presentado considerará que, como mínimo, dicha violación está moralmente permitida. Podría pensarse que más bien habría de calificarla por necesidad como obligatoria: pero si la autonomía de los individuos se ha integrado con prioridad lexicográfica en la valoración de los estados de cosas, quizás un agente podría invocarla para eximirse de realizar aquello que produciría el mayor bien en las circunstancias del caso (i.e., el menor número de violaciones del mismo tipo). En una genuina teoría moral deontológica, por el contrario, la violación de un derecho, aun en esas circunstancias, no podría calificarse ni tan siquiera como permitida: es decir, no se trata meramente de que las morales deontológicas no consideren obligatorio producir el mayor bien en circunstancias semejantes, es que consideran obligatorio no producirlo (seguramente porque desde su propia óptica no tendría sentido hablar en ese caso de «un mayor bien»). Ese rasgo de las morales deontológicas puede valorarse como un mérito (en la medida en que probablemente coincide con puntos de vista presentes en nuestra «moral de sentido común» a los que no parece fácil renunciar), o un demérito (por cuanto podría ser difícilmente compatible con una idea ampliamente aceptada de racionalidad, tal y como extensa y detalladamente ha sostenido Scheffler)²³: pero sea como fuere

²² Lo discute John M. Taurek, «Should the Numbers Count?», en *Philosophy and Public Affairs*, 6 (1977), 293-316. Pero aunque una violación no sea *menos* mala que varias, será al menos *igualmente* mala; y entonces podría sostenerse, como mínimo, que estará *permitido* ejecutar aquella para evitar éstas, lo que, como se verá, es todo cuanto se precisa para marcar la diferencia con el deontologismo.

²³ Vid. S. Scheffler, *The Rejection of Consequentialism*, cit. *-supra*, nota 7-, en especial cap. 4; *Id.*, «Agent-Centred Restrictions, Rationality and the Virtues», en *Mind*, 94 (1985), 409-419 [ahora en Scheffler (ed.), *Consequentialism and its Critics*, cit. *-supra*, nota 2-, págs. 243-260].

-y no pretendo ahora entrar en ello-, sirve como piedra de toque para demostrar que el tipo de estructura consecuencialista que se ha examinado en último lugar es todavía diferenciable de lo que suele entenderse como deontologismo (aunque seguramente se encuentre más cerca de él en sus contenidos que otras formas de consecuencialismo como las utilitaristas).

vi) La divisoria entre consecuencialismo y deontologismo comienza ya a difuminarse si se da un paso más y se considera a la *acción* productora como *parte* del estado de cosas producido. Aunque algunos rechazan de plano esa posibilidad²⁴, alegando que su admisión convertiría al consecuencialismo en una etiqueta vacía, no falta quien, como Sen, sostenga que ese rechazo carece de fundamento y no es en el fondo sino un residuo de la estrecha asociación histórica (hasta llegar inconscientemente casi a su equiparación) entre consecuencialismo y utilitarismo²⁵. En realidad este paso no representa apenas nada si las acciones se contemplan *desde fuera*, como puros eventos, de manera que la evaluación de los estados de cosas (incluso incorporándoles las acciones productoras) siga efectuándose desde un punto de vista impersonal²⁶. Si en vez de decir que en *p* muere una persona y en *q* mueren diez, se dice que en *p* se mata a una persona y en *q* se mata a diez -incorporando la acción productora al estado de cosas producido-, no deja de ser cierto que si producir *p* es la única forma de evitar *q* lo habrá igualmente en las acciones del mismo tipo que se evitan al realizarla; y, por consiguiente, la incorporación de las acciones productoras a los estados de cosas no ha alterado la valoración relativa de éstos. Lo que sí representa una transformación de envergadura es la contemplación de las acciones *en primera persona* desde el punto de vista del agente: no como un rasgo impersonal de uno entre varios mundos posibles, sino como algo que hago precisamente *yo*. Y si ello es así la evaluación de los estados de cosas deja de ser «neutral respecto al agente» y se convierte en «relativa al agente», por cuanto habrá de reflejar la circunstancia de que éste está implicado en cada uno de esos estados de cosas de distintos modos (en unos precisamente como agente y en otros como espectador). Lo que eso implica es que el valor del estado de cosas *p*, pongamos

²⁴ Por ejemplo, Charles Taylor, «The Diversity of Goods», en A. K. Sen y B. Williams (eds.), *Utilitarianism and Beyond* (Cambridge, Cambridge University Press, 1982), págs. 129-144, pág. 144. No la excluye radicalmente Raz, si bien la califica como una «ficción» que puede provocar innecesarios desacuerdos verbales; cfr. Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford, Clarendon Press, 1986), pág. 270.

²⁵ Cfr. A. K. Sen «Rights and Agency», cit. -*supra*, nota 7-, pág. 212; *Id.* «Evaluator Relativity and Consequential Evaluation», en *Philosophy and Public Affairs*, 12 (1983), 113-132, pág. 118.

²⁶ Cfr. Anselm W. Müller, «Radical Subjectivity: Morality versus Utilitarianism», en *Ratio*, 19 (1977), 115-132 (citado por J. Finnis, *Fundamentals of Ethics*, cit. -*supra*, nota 4-, pág. 114).

por caso, ya no es *el mismo* para aquel que mata y para cualquier otro: para el primero resulta *especialmente* disvalioso -ya que es *su* acción la que queda incorporada al estado de cosas *p*-, de manera que al evaluar *p* y *q* una misma moral consecuencialista podría dar como resultado que *él* no debe realizar *p* ni tan siquiera para evitar *q* y que sin embargo *cualquier otro* no tenga que (o incluso no deba) abstenerse de impedir *q* para impedirle a él que produzca *p* (en uno y otro caso sin violar derechos) cuando sólo le sea posible impedir una de las dos cosas.

Que el consecuencialismo pueda adaptarse de manera que genere razones relativas al agente es algo que las más de las veces no se acepta²⁷. No sólo se suele dar por descontado que es una moral neutral respecto al agente, sino que en ocasiones se ha visto en ello justamente su mayor virtud²⁸. Sea como fuere, lo que habría que preguntarse, una vez más, es si el tipo de teoría moral resultante -una estructura consecuencialista en la que se tomaran en cuenta las acciones productoras de los estados de cosas de manera que su evaluación fuese relativa al agente diferiría aún de lo que suele considerarse como deontologismo. Y creo que sí lo haría: porque un consecuencialismo de este tipo, aun atribuyendo cierto valor o desvalor a la acción productora en sí misma, deriva su concepto de «acción correcta» de la evaluación de los estados de cosas *en su conjunto*, es decir, de la valoración de un todo del que la acción ejecutada es sólo *una parte*. Sólo llegaría a ser indistinguible del deontologismo si dentro de ese todo se atribuye a la acción productora un valor o desvalor de tal magnitud que por principio el resto de sus elementos -lo producido- no pueda nunca desbancar esa valoración. Por supuesto la posibilidad de seguir considerando «consecuencialista» un cierto tipo de teoría moral depende también de la extensión que concedamos al concepto de «deontologismo»: si se acepta que puede seguir calificándose como deontológica una

²⁷ Cfr. T. Nagel, «The Limits of Objectivity», cit. -*supra*, nota 8-, pág. 119; Donald H. Regan, «Against Evaluator Relativity: A Response to Sen», en *Philosophy and Public Affairs*, 12 (1983), 93-112.

²⁸ Es el caso de Parfit, que sostuvo que las morales relativas al agente son «directa y colectivamente auto-refutatorias», un riesgo frente al que sería inmune el consecuencialismo precisamente por ser neutral respecto al agente: cfr. Parfit, *Reasons and Persons*, cit. -*supra*, nota 7-, cap. 4. El argumento de Parfit ha sido lúcidamente criticado por Arthur Kuflik, «A Defense of Common-Sense Morality», en *Ethics*, 96 (1986), 748-803; y Parfit ha aceptado en buena parte la objeción; vid. D. Parfit, «Comments», en *Ethics*, 96 (1986), 832-872, pág. 851.

moral que no excluya de plano la relevancia de las consecuencias, siempre y cuando niegue que la acción correcta sea siempre la que produce el mejor estado de cosas (incluido en él la acción que lo produce)²⁹, entonces los extremos se han aproximado hasta tocarse en un punto del que resulta difícil afirmar si más bien se encuentra aún en el campo consecuencialista o en el deontológico, o si debe por contra considerarse como una suerte de vía media entre ambos. Pero no sólo resulta difícil, sino además estéril: porque no creo que sirva a la clarificación de nuestras ideas el manejo de los conceptos como si fueran lechos de Procusto.

2. Causalidad y consecuencialismo

La idea de causalidad entra en escena al pasar de los juicios acerca de la bondad de los estados de cosas a los juicios relativos a la corrección de las acciones. Pero antes de examinar si trae consigo o no algún problema insalvable para cualquier clase de estructura consecuencialista, me parece oportuno adelantar algunas precisiones en torno al concepto de *omisión* (que servirán para ahorrarnos más tarde algunos equívocos sumamente enojosos).

i) Obsérvese que, en principio, la cuestión de determinar qué *es* una omisión no se confunde con la de establecer qué omisiones son obligatorias y cuáles están permitidas o prohibidas (que dependerá de lo que establezca el sistema normativo -del tipo que sea- que tomemos como referencia). En ese sentido cabría afirmar que en una ocasión «o» un agente omite todas las acciones que no ejecuta y que podría ejecutar en *o*, y ello en el doble sentido de que 1) genéricamente es *capaz* de realizar acciones de ese tipo y 2) la concreta ocasión *o* ofrece una *oportunidad* de realizarlas. Sucede sin embargo, como es bien sabido, que para algunos una definición de este tipo sería excesivamente amplia. Entre los penalistas, por ejemplo, predomina -aunque desde luego no es unánime- la idea de que sólo cabe hablar de omisión si concurre además otra circunstancia: que la acción que no se ejecuta sea una acción *debida*. Desde ese punto de vista, en una ocasión *o* un agente sólo «omite» las acciones que no ejecuta y podía y *debía* ejecutar en *o* (a tenor de lo establecido por algún sistema normativo que se toma como referencia)³⁰.

²⁹ Vid. Sen, «Evaluator Relativity...», cit. -*supra*, nota 25-, págs. 130-132.

³⁰ Vid., por todos, el reciente artículo de Enrique Gimbernat, «Sobre los conceptos de omisión y comportamiento», en *Anuario de Derecho Penal y*

Pero no creo que merezca la pena embarcarse en una disputa como ésta, a mi juicio meramente verbal. De hecho, quienes propugnan un concepto normativo de omisión acaban sintiendo la necesidad de contar con un tercer concepto, intermedio entre el puro no hacer y lo que para ellos constituye una genuina «omisión», que resulta equivalente a lo que llamaría «omisión» quien maneje esta noción en un sentido previo a cualquier clase de calificación deontica³¹. Y este último sentido me parece preferible simplemente porque no nos obliga a explicitar a cada paso las presuposiciones normativas que manejamos implícitamente cada vez que decimos que un sujeto «omite» algo.

Me parece, además, que la insatisfacción que produce a veces el concepto pre-normativo de omisión (y que explica seguramente por qué se llega a postular en su lugar un concepto normativo) admite una explicación sencilla que en modo alguno nos urge a su abandono. La clave reside, según creo, en que, como ha señalado Mackie³², decir que un agente «omite la acción p» es una de las *descripciones posibles* de un suceso que también podría ser descrito como «omite la acción q (o r, o s..., etc.)», o, alternativamente, bien como «ejecuta la acción v (o w, o x..., etc.)» o como «no hace nada en absoluto». El conjunto de acciones -seguramente muy amplio- de las que se puede decir con sentido que el agente omite su realización en o está *limitado* por su capacidad y por las oportunidades presentes en o³³. Pero, aun

Ciencias Penales, 40 (1987), 579-607, y la bibliografía allí citada. La tesis del carácter normativo del concepto de omisión, dominante entre los penalistas, ha sido criticada por Manuel Atienza, «Para una teoría general de la acción penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 40 (1987), 5-14, pág. 7, nota 6. Agradezco a Blanca Mendoza el haberme llamado la atención sobre ambos textos.

³¹ Es lo que le sucede a Gimbernat (*op. cit.*), que distingue el puro no hacer del «comportamiento pasivo», y éste a su vez de -lo que es para él- la genuina «omisión». Quien por el contrario maneje un concepto pre-normativo llamará «omisión» a lo que él denomina «comportamiento pasivo» y «omisión prohibida» a lo que denomina «omisión». No acabo de verle objeto al empeño que pone Gimbernat -que quizá no advierte que lo que anda en juego no son más que definiciones *estipulativas*- en demostrar que sólo el uso que él propugna es «correcto».

³² John L. Mackie, «The Grounds of Responsibility», en P. M. S. Hacker y J. Raz (eds.) *Law, Morality and Society, Essays in honour of H. L. A. Hart* (Oxford, Clarendon Press, 1977), págs. 175-188, págs. 176 y 179.

³³ Nótese que lo que el agente omite en una ocasión dada es la *disyunción* de las acciones posibles y no ejecutadas en dicha ocasión, no la *conjunción* de todas ellas; porque si bien el agente contaba con la capacidad y la oportunidad de realizar cada una de ellas (o ciertas combinaciones limitadas de ellas), no tenía ni la capacidad ni la oportunidad de realizarlas *todas*.

con esa restricción, la gama de descripciones posibles de un suceso (empleando el término en un sentido *ad hoc*, que pretende englobar a la vez la ejecución de una acción positiva y la pura pasividad de un agente en una ocasión dada) sigue siendo considerablemente extensa. Y lo que sucede, simplemente, es que de todas las descripciones lógicamente posibles (positivas o negativas) sólo alguna o algunas resultan interesantes o incluso apropiadas desde el punto de vista pragmático: y cuáles lo sean, y cuáles no, depende obviamente de los propósitos implícitos en las situaciones de comunicación en que se selecciona y usa alguna de esas descripciones.

Una de las situaciones típicas en las que cierto comportamiento activo o la pura pasividad del agente admite ser descrito -sin extravagancia pragmática- como la omisión de alguna de las acciones posibles (y no realizadas) en esa ocasión, es aquella en que la acción cuya omisión se destaca era una acción debida o esperada (según algún sistema normativo -o según expectativas basadas en regularidades de conducta que no obedezcan al seguimiento de normas- que toma como referencia quien habla). De ahí a sostener que el agente sólo «omite» lo que tenía el deber de hacer puede no haber más que un paso. Pero un paso que no creo que tenga que ser dado: porque las expectativas -deónticas o de otro tipo- que determinan qué descripciones en términos de omisión no son pragmáticamente extravagantes pueden ser sumamente cambiantes (dependiendo de los puntos de referencia de quien describe); pero las circunstancias de capacidad y oportunidad, que circunscriben el repertorio de descripciones *posibles* en términos de omisión entre el que habrá que seleccionar las que sean en cada caso pragmáticamente apropiadas, no vienen definidas por presuposiciones normativas de ninguna clase.

ii) Tras estas precisiones, creo que podemos pasar ya a analizar de qué modo entra en juego la idea de causalidad en el marco de una teoría moral con estructura consecuencialista. Adelantaré en primer lugar una explicación global y sólo después pasaré a considerar hasta qué punto dicha explicación resultaría minada por el argumento de Nino.

Utilizaré como apoyo para presentar mi punto de vista algunos elementos tomados -con cierta libertad- de la teoría de la acción de Von Wright³⁴. Supongamos que sólo hay tres estados

³⁴ De la que por supuesto el autor finés ha ido produciendo distintas versiones a lo largo del tiempo. La que tomo como referencia es la contenida en G. H. von Wright, «Norms, Truth and Logic», en Von Wright, *Practical Reason*,

de cosas posibles, p , q y s . El estado de cosas existente (p. ej., p) puede tender a la estabilidad o al cambio: que el estado de cosas p tiende a la estabilidad (simbólicamente, pTp) quiere decir que no se transformará en otro a menos que alguien *produzca* la transformación; que tiende al cambio (por ejemplo, hacia q : pTq), que existen cursos causales en marcha que harán que se transforme en q a menos que alguien *impida* la transformación.

Cuando el estado de cosas existente tiende a la estabilidad ello ofrece una ocasión para acciones *productoras* (de estados de cosas diferentes: p. ej., a partir de pTp , para Prq o para Prs). Qué acciones productoras sean posibles en cada situación es algo que depende de qué estados de cosas sean «causalmente accesibles mediante la acción humana» a partir del existente, lo que obviamente está condicionado no sólo por las leyes de la naturaleza, sino también por la posesión de ciertos conocimientos y el perfeccionamiento de ciertas técnicas. Entre dos estados de cosas, por otra parte, la relación «causalmente accesible mediante la acción humana» no tiene por qué ser *simétrica* (si en p yo estoy vivo y en q muerto -y en todo lo demás ambos estados de cosas son idénticos-, q es causalmente accesible para la acción humana desde p , pero no a la inversa). Por último, cuando existe una ocasión para cierta clase de acción productora (para Prq , por ejemplo) existe al mismo tiempo una ocasión para la omisión de dicha acción (i.e., para $]Prq$).

Cuando el estado de cosas existente tiende al cambio, ello ofrece una ocasión para acciones *mantenedoras* (p. ej., para Mp a partir de pTq o de pTs). Del mismo modo que no todas las transformaciones pueden ser producidas mediante acciones humanas, tampoco todas las que ya están en marcha pueden ser impedidas: no todas las transformaciones en curso constituyen una ocasión para una acción mantenedora. Puede ocurrir, por otra parte, que un estado de cosas que tiende al cambio suponga una ocasión para acciones productoras de otros estados de cosas distintos de aquel en el que se está transformando el existente

Philosophical Papers, vol. I (Londres, Basil Blackwell, 1983), págs. 130-209; vid. especialmente págs. 173-175. Con respecto a la notación original, he reemplazado el operador «B» («*bringing about*») por «Pr» («producir»); y el operador «S» («*sustaining*»), por «M» («mantener»). El símbolo « $]$ », antepuesto a los operadores Pr o M, indica que se *omite* la acción productora o mantenedora correspondiente (pero no debe ser considerado como una conectiva: vid. *ibid.* págs. 193-195). La idea de que pTp o pTq representen *tendencias del mundo* entraña una modificación -en la que sigo a M. Atienza, «Para una teoría general de la acción penal», cit., pág. 10, nota 8- con respecto a la presentación de Von Wright (en la que pTp , $pT-p$, etc, describen *sucesos*).

(i.e., cabe que pTq ofrezca una ocasión para Prs). En cualquier caso, cuando existe una ocasión para cierta clase de acción mantenedora (para Mp) o de acción productora de un estado de cosas diferente de aquel hacia el que tiende el actual (Prs a partir de pTq), existe al mismo tiempo una ocasión para las omisiones correspondientes (\overline{Mp} , \overline{Prs}).

Podemos preguntarnos ahora cuáles de esas acciones u omisiones serían consideradas en cada caso obligatorias o prohibidas por parte de diferentes tipos de teorías morales con estructura consecuencialista. Ello dependerá en primer lugar de cuál sea el estado de cosas actual y cuáles las tendencias del mundo (a la estabilidad o al cambio), de qué estados de cosas sean causalmente accesibles mediante la acción humana a partir del existente y qué transformaciones en curso puedan ser impedidas. A partir de ahí, cada estructura consecuencialista nos llevará por un rumbo distinto según la forma en que ordene por su valor los estados de cosas en juego y según el modo en que articule el paso de los juicios acerca de la bondad de los estados de cosas a los juicios acerca de la corrección de las acciones.

Tomemos, por ejemplo, el utilitarismo de actos. Supongamos que la suma de las utilidades individuales en s es mayor que en q , y en q mayor que en p ($s > q > p$). Sin necesidad de examinar una por una todas las situaciones posibles para determinar cuál sería en cada caso la acción moralmente obligatoria -labor que resultaría demasiado tediosa y que dejo para el improbable y sufrido lector de estas líneas-, es fácil ver cómo se destacan rápidamente algunos rasgos significativos: en general, será obligatorio actuar o abstenerse de actuar de manera que el estado de cosas resultante (producido o mantenido) sea, en términos utilitaristas, el mejor de los posibles. Esa es, sin duda, al margen de otros muchos defectos del utilitarismo que podrían traerse a colación, una exigencia muy fuerte. Apenas habría acciones moralmente indiferentes; y ninguna sería supererogatoria, recayendo sobre las espaldas de cada uno de nosotros la inmensa carga de no dejar de producir ningún cambio posible hacia un estado de cosas mejor.

Es cierto que ese peso ingente podría quedar mitigado si, manteniendo intactos la concepción de lo bueno y el criterio *directo* de determinación de la acción correcta que son propios del utilitarismo de actos, se modulan adecuadamente los criterios de adscripción de responsabilidad. Y más aún si conservando la concepción utilitarista de lo bueno se opta en cambio por un criterio *indirecto* de identificación de las acciones correctas. Pero lo que más me interesa destacar es la transformación, comparativamente

mucho más profunda, que resultaría de articular una estructura consecuencialista con una concepción de lo bueno completamente distinta.

Pensemos en una estructura como la descrita en el apartado anterior, que considera tanto más valioso un estado de cosas cuanto más cercano se halle de un cierto esquema de distribución de la autonomía; y, alcanzada esa distribución idónea -a la que se atribuye prioridad lexicográfica-, cuanto mayor sea el nivel de satisfacción de preferencias individuales que se da en él. Una teoría moral estructurada de este modo no convierte en obligatorias *todas* las acciones u omisiones productoras o mantenedoras del mejor estado de cosas posible: pero la razón de que no lo haga radica en la forma en que está articulada su concepción de lo bueno, no en que con ella hayamos salido fuera del marco consecuencialista. Esta idea merece ser desarrollada con cierto detenimiento.

Llamemos «punto DOA» a aquel que representa la distribución óptima de la autonomía. Si dos estados de cosas - p y q - han alcanzado ese punto o se encuentran a igual distancia de él, de ellos dos es más valioso aquel (p. ej., p) en que se dé un mayor nivel de satisfacción de preferencias individuales ($p > q$)³⁵. Pero lo que eso quiere decir es que las acciones u omisiones productoras o mantenedoras de p son *mejores* que las acciones u omisiones productoras o mantenedoras de q , no que son obligatorias. Serán obligatorias las acciones u omisiones estrictamente necesarias para alcanzar o no abandonar el punto DOA, o para aproximarnos a él tanto como sea posible: pero optar entre todas ellas precisamente por las que aseguran *además* un nivel más alto de satisfacción de preferencias individuales no es obligatorio, sino *supererogatorio*. Sostener lo contrario -como traté de explicar anteriormente- equivaldría a vaciar de contenido el valor de la autonomía, que se realiza cuando el sujeto está en condiciones de elegir y elige *libremente* (de un modo compatible con una igual capacidad de elección libre de los demás), no cuando elige *algo determinado*. De este modo, y en comparación con el utilitarismo de actos, se reduce drásticamente el número de acciones positivas obligatorias (o, lo que es lo mismo, de omisiones prohibidas). Y la moral resultante no

³⁵ Si uno de los dos está más cercano al punto DOA que el otro entonces es necesariamente mejor que él -aunque en este último sea más alto el nivel de satisfacción global de preferencias individuales-, en virtud de la prioridad lexicográfica que dentro de esta concepción pluralista de lo bueno se atribuye a un determinado esquema de distribución de la autonomía.

sólo se desprende de exigencias desmedidas y sofocantes, sino que además da cabida a la idea de comportamientos valiosos pero situados más allá de lo exigible. Tendremos, en definitiva, una estructura consecuencialista en la que lo correcto no se define automáticamente como la maximización de lo bueno: pero es la articulación interna de su concepción de lo bueno, y no un deslizamiento subrepticio hacia el deontologismo, lo que le permite caracterizar lo correcto como una función no maximizadora de lo bueno.

iii) Creo que ya estamos en condiciones de apreciar de qué modo maneja el consecuencialismo la idea de causa y de entender por qué no se ve envuelto en el cuatrilema en el que a juicio de Nino quedaría aprisionado. Cuando una teoría moral consecuencialista -de cualquier tipo- califica deónticamente una acción, lo hace a la vista de su eficacia causal para producir o mantener determinados estados de cosas. Pero el juicio según el cual ciertas acciones son causalmente eficaces para la producción o el mantenimiento de ciertos estados de cosas tiene una naturaleza completamente distinta de la del juicio (de imputación) que individualiza una determinada acción u omisión como *la* causa de un cierto resultado: porque el primero, a diferencia del segundo, no encierra presuposiciones normativas de ninguna clase.

El primer tipo de juicios -sobre la *eficacia causal* de las acciones- descansa tan sólo en nuestro conocimiento parcial de las regularidades causales que se dan en el mundo. Sobre la base de ese conocimiento incompleto, acumulado a través de un proceso inductivo vastísimo y sumamente complejo³⁶, estamos en condiciones de determinar de qué modos sería posible intervenir en el curso de los acontecimientos, manipulándolo de manera que tome una dirección nueva o recupere la que está abandonando. Decir que a partir de pTq hacer ϕ sería una manera de producir el estado de cosas q (o, a partir de pTq , que ϕ sería una manera de mantener p) es adelantar un condicional contrafáctico que, de ser verdadero, deriva su verdad de las regularidades causales del mundo que conocemos de manera incompleta. Y de nada más: que una acción sea causalmente eficaz en unas circunstancias dadas para producir o mantener cierto estado de cosas no depende de que esas circunstancias se correspondan o no

³⁶ Cfr. John L. Mackie, *The Cement of the Universe. A Study of Causation* (Oxford, Oxford University Press, 1974; reimp. con un nuevo Prefacio, 1980), cap. 3.

con el curso usual de los acontecimientos, ni de expectativas deónticas de ninguna clase. Y tampoco depende, aunque a primera vista pudiera parecer lo contrario, de que efectivamente se produzca o mantenga el estado de cosas en cuestión. El juicio sobre la eficacia causal de las acciones es un juicio *ex ante*, en el que se afirma que si en las circunstancias presentes se ejecuta cierta acción resultará tal o cual estado de cosas a menos que ello se evite mediante una nueva acción (a su vez causalmente eficaz en las nuevas circunstancias creadas por la acción anterior).

Quizá pueda pensarse que toda esta explicación no puede extenderse a las omisiones. Pero la calificación deóntica que da el consecuencialismo a las omisiones deriva simplemente de la consideración de la eficacia causal de las acciones omitidas: si ciertas acciones productas o mantenedoras se califican -a la vista de los estados de cosas que son capaces de producir o mantener- como obligatorias, su omisión estará prohibida (y si se califican como prohibidas, su omisión será obligatoria). Como traté de explicar anteriormente, decir que lo que el agente ha hecho ha sido, por ejemplo, $\neg Prp$, no es más que una manera de describir su absoluta pasividad o su realización de una acción positiva distinta de *Prp* -en una ocasión en que disponía de la oportunidad de *Prp*- que resulta especialmente apropiada desde el punto de vista pragmático cuando se considera que *Prp* era en esa situación una acción obligatoria o prohibida (con lo que su omisión se destaca a modo de reproche o alabanza).

A diferencia de los juicios sobre la eficacia causal de las acciones, los juicios de imputación -aquellos que en contextos *atributivos* seleccionan *ex post* cierta acción u omisión como *la* causa de un estado de cosas, que se presenta entonces como su resultado- sí encierran presuposiciones normativas. Porque los juicios de imputación aíslan, entre todas las condiciones necesarias y conjuntamente suficientes para la producción del resultado, aquella -positiva o negativa- que «marca la diferencia» respecto a las «condiciones normales del contexto» (lo que Mackie denomina «campo causal»³⁷); y la identificación de esas «condiciones normales» que operan como trasfondo de los juicios de imputación (es decir, del «campo causal» que ha de tomarse como referencia) incluye entre otras cosas expectativas deónticas, de manera que la selección de *la* causa siempre es

³⁷ Cfr. Mackie, *The Cement of the Universe*, cit., [reimp. 1980], págs. 34-35 y 120.

relativa en parte a un sistema normativo dado. Y no sólo cuando se identifica como *la* causa una omisión, sino también cuando se individualiza como tal una acción: porque en este caso se está presuponiendo que las «circunstancias normales del contexto» no incluyen la ejecución de otra acción causalmente eficaz para cortar o desviar el curso causal en marcha tras la realización de la primera (ya que en caso contrario no se seleccionaría como *la* causa la primera acción, sino la omisión de la segunda). Nótese que al afirmar que cierta acción es en determinadas circunstancias causalmente eficaz para la producción o mantenimiento de un cierto estado de cosas no se está diciendo que, si finalmente ese resultado se produce o mantiene, aquella acción deba ser identificada automáticamente como su causa: eso dependerá del sistema normativo que se tome como referencia para la determinación del «campo causal», que puede llevar a identificar como *la* causa una omisión posterior o incluso otra acción u omisión previa.

Si para calificar deónticamente las acciones u omisiones una teoría moral consecuencialista necesitara saber previamente si son o no *la* causa de determinados estados de cosas, ciertamente quedaría aprisionada en el cuatrima expuesto por Nino (porque en ese caso los juicios de imputación serían un *prius* respecto a la calificación deóntica de las acciones). Pero, por fortuna para el consecuencialismo -en cualquiera de sus formas-, no es ése su *modus operandi*: una vez establecido el valor relativo de los diferentes estados de cosas (que cada teoría consecuencialista fijará de modo diferente según la naturaleza de su concepción de lo bueno), la calificación deóntica de las acciones depende tan sólo de juicios acerca de su eficacia causal; y a la vista de esas calificaciones deónticas -tomadas como base para la definición del «campo causal» correspondiente- podrá realizar juicios de imputación (de manera que éstos dependerán conceptualmente de aquéllas, y no a la inversa). Esos juicios de imputación serán distintos de los que resultarían de seguir el criterio del «sentido común» (o, como dice Nino, el «concepto ordinario de causa»), ya que la definición de las circunstancias normales del contexto o campo causal relevante dependerían en el primer caso de las calificaciones deónticas generadas por la teoría consecuencialista y en el segundo de normas provenientes en parte de la moral positiva. Y por eso toda teoría consecuencialista estaría en condiciones de hacer cualquiera de estas dos cosas: o bien seguir llamando «*la* causa» de un determinado resultado a lo que el sentido común identifica como tal, pero advirtiendo a continuación que usa un criterio de responsabilidad

que no depende en absoluto de esa identificación; o bien realizar los juicios de imputación sobre la base de sus propias calificaciones deónticas, seleccionando entonces como «la causa» de un determinado resultado acciones u omisiones que el sentido común no identificaría *necesariamente* como tales (dependiendo el mayor o menor alejamiento entre ese concepto renovado de causa y el correspondiente al sentido común del tipo de teoría consecuencialista de que se trate).

iv) Ciertamente, algunas propuestas conocidas de ética normativa han quedado atrapadas en algo *parecido* (pero según trataré de demostrar, no idéntico) a la cuarta y a la tercera de las cuatro posibilidades igualmente insatisfactorias entre las cuales, a juicio de Nino, ha de optar el consecuencialismo: pero no creo que ello se deba a su estructura consecuencialista, sino a razones de otro tipo.

El utilitarismo de actos, por ejemplo, extiende nuestra responsabilidad negativa de tal modo que acaba resultando altamente contraintuitivo. Pero ese ensanchamiento desmesurado de los deberes positivos que pesarían sobre nosotros (es decir, del número de omisiones prohibidas) no deriva del empleo de un concepto de causa no restringido por la cláusula «en las condiciones normales del contexto» (en la línea de la cuarta de las posibilidades que compondrían el cuatrilema), sino de su concepción de lo bueno, de la forma específica en que valora la bondad de los estados de cosas, que es la que determina -en conjunción con juicios, no de imputación, sino relativos a la eficacia causal de las acciones- que el número de acciones obligatorias sea más o menos amplio. Con otras palabras: no es que por emplear un concepto de causa impropio o desnaturalizado (en comparación con el que se usa en los juicios de imputación del «sentido común») se obtenga una moral inaceptable por desmesurada, sino más bien al revés, que por postular unos deberes desmesurados se identifica ahora como la(s) causa(s) de un resultado mucho más de lo que el sentido común -que define las circunstancias normales del contexto sobre la base de exigencias normativas mucho más reducidas- estaría dispuesto a seleccionar como tal. Las dificultades del utilitarismo en este terreno no derivan por tanto de sus rasgos genéricos, sino de lo que constituye su diferencia específica: no de su estructura consecuencialista, sino de su concreta concepción de lo bueno.

Otras veces -por ejemplo, con ocasión del debate acerca del alcance de nuestros deberes positivos generales- se han presentado teorías morales consecuencialistas que incurrieran en planteamientos

circulares³⁸ (la tercera de las posibilidades insatisfactorias que enumera Nino). Pero tengo para mí que lo que propiciaba su circularidad no era lo que pudieran tener de consecuencialistas, sino la incorporación del tipo de error que en un contexto diferente (la discusión jurídica relativa a la responsabilidad por daños) Hart y Honoré han denominado «maximalismo causal», esto es, la concepción según la cual «la causación de un daño es condición necesaria y suficiente para la imposición de responsabilidad»³⁹. La estrategia argumental que se sigue por quienes sostienen este punto de vista es a grandes rasgos la siguiente: se parte de la idea de que quien causa un daño mediante su actuar positivo es moralmente responsable del mismo (salvo que concurran circunstancias especiales susceptibles de ser alegadas como excusa), presentándola como intuitivamente correcta y no necesitada de mayor justificación; se añade a continuación que cuando todas las demás características del caso son equivalentes no hay ninguna diferencia moralmente relevante entre hacer algo y no impedir que suceda; y a partir de ahí se concluye que somos moralmente responsables de cualquier daño que pudiéramos haber evitado, lo que supuestamente equivaldría a postular un criterio de responsabilidad negativa tan exigente como el del utilitarismo de actos.

Ahora bien, sin duda algo anda mal en un argumento que conduce a una solución tan controvertida a partir de premisas aparentemente tan débiles y difíciles de discutir. La falacia consiste en lo siguiente: o bien los términos que aparecen en las premisas no tienen ningún contenido normativo, y por consiguiente no pueden servir de apoyo a ninguna clase de propuesta moral sustantiva; o de lo contrario el principio al que se llega

³⁸ Como muestra, cfr. John Harris, «The Marxist Conception of Violence», en *Philosophy and Public Affairs*, 3 (1974), 192-220, y «Williams on Negative Responsibility and Integrity», en *Philosophical Quarterly*, 24 (1974), 267-273.

³⁹ Cfr. el Prefacio a la 2.^a edición de *Causation in the Law* (Oxford, Clarendon Press, 1985), págs. xxxv y lxxiv-lxxvii. Como exponentes de esta postura, surgida como reacción frente al punto de vista predominante entre los partidarios del análisis económico del derecho, vid. Richard A. Epstein, «Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints», en *Journal of Legal Studies*, 8 (1979), 49-102; y John Borgo, «Causal Paradigms in Tort Law», en *Journal of Legal Studies*, 8 (1979), 419-456. Vid. también, como réplica, Richard A. Posner, «The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law», en *Journal of Legal Studies*, 10 (1981), 187-206, especialmente, págs. 193-196.

como conclusión ya estaba dado por supuesto de manera encubierta en las premisas, incurriendo entonces en circularidad. Si por daño se entiende la frustración de un interés (en sentido muy amplio) de quien lo sufre, entonces no es en absoluto obvio que estemos obligados a realizar cualquier acción causalmente eficaz para evitar un «daño» -en este sentido meramente descriptivo a cualquier otro. Sostener que sí lo estamos es asumir una teoría consecuencialista que incorpora una *determinada* concepción de lo bueno: pero desde otra concepción de lo bueno distinta puede considerarse que una exigencia tan fuerte socava el valor de la autonomía, de manera que algunos de los «daños» -en sentido descriptivo- que podemos sufrir caerían dentro de una «esfera de riesgo» de la que los demás no estarían obligados a libramos. Y ello porque la distribución óptima de la autonomía funciona como un criterio delimitador en dos direcciones: marca los límites de lo que se nos puede exigir que hagamos respecto a los demás, y, por ello mismo, también los límites de la protección que de los demás podemos reclamar (la esfera de riesgo de cada uno queda contorneada por las esferas de autonomía de todos los demás). Tenemos entonces que, junto al concepto puramente descriptivo de «daño», podemos manejar también otro de carácter *normativo*: la frustración de un interés que podemos exigir no sufrir (de manera que si algo es un daño para alguien en sentido descriptivo, pero no en sentido normativo, quien se lo evita no se ha limitado a no dañarle, sino que le ha *beneficiado*)⁴⁰. Cada concepción de lo bueno integrada en una estructura consecuencialista determina qué cuenta como «daño» en sentido normativo, qué deberes tenemos y por tanto cuáles son las presuposiciones normativas que en contextos atributivos estarán presentes en la selección de la acción u omisión que identifiquemos como *la causa*. Quienes asumen el «maximalismo causal» pretenden recorrer el camino al revés: parten de la idea de «*la causa de un daño*» como si su significado fuese palmario y pretenden apoyar en ella una opción moral sustantiva. Y como es obvio sólo pueden conseguirlo si ya la han introducido de antemano

⁴⁰ Sobre la distinción entre los sentidos descriptivo y normativo de «dañar», cfr. Joel Feinberg, *Harm to Others (The Moral Limits of Criminal Law)* (Nueva York, /Oxford, Oxford University Press, 1984), págs. 34-36, 105-108 y 130-150. La distinción, desde luego, no tiene nada de novedosa; recuérdese, por ejemplo, cómo al tratar de la justicia correctiva en el libro V, cap. 4. de la *Ética Nicomaquea*, Aristóteles apunta que el deber de rectificación se basa no sólo en que alguien ha resultado perjudicado (*beblaptai*), sino en que ha sido tratado injustamente (*adikeitai*), es decir, en que ha sufrido un perjuicio que podía exigir no soportar.

en su comprensión de qué cuenta como «la causa» y qué cuenta como «daño». Pero la circularidad proviene de una forma espuria de argumentar en favor de una determinada concepción de lo bueno, no de un vicio estructural del consecuencialismo.

En suma: aunque algunas teorías morales consecuencialistas pueden tener implicaciones contraintuitivas o incurrir en circularidad, la razón de ello no sería una presunta incapacidad del consecuencialismo en general para manejar satisfactoriamente el concepto de causa, sino algún otro factor cuya presencia dentro de una estructura consecuencialista es meramente contingente.

Pero si ello es así, el consecuencialismo como tal debería ser absuelto de los cargos que Nino formula contra él. Más aún: hay para preguntarse si no serán por contra las morales deontológicas las que, en razón de su estructura, pueden encontrar algunos problemas en relación con la idea de causa.

3. Causalidad y deontologismo

i) Suele ser habitual definir las morales deontológicas como aquellas en las que lo correcto no está concebido como una función de lo bueno. El sentido exacto de esa idea, no obstante, puede ser interpretado de diferentes maneras. En algunos casos se sostiene que los conceptos mismos de «un estado de cosas bueno» o de «maximización de lo bueno» carecen de sentido -por ejemplo, porque presuponen la posibilidad de agregar y comparar magnitudes heterogéneas-, de modo que sería simplemente absurdo afirmar que la corrección de una acción depende de la bondad de los estados de cosas que resulten de ella⁴¹. Pero una moral deontológica no tiene por qué llegar tan lejos.

Puede considerarse que las nociones de «un estado de cosas bueno» y de «maximización de lo bueno» no sólo son perfectamente inteligibles, sino incluso indispensables para la articulación de *un segmento* de la moralidad al que, sin mayor afán de precisión, cabe denominar «benevolencia»: pero siempre a condición de que lo correcto -ese otro segmento de la moralidad al que cuadraría el nombre de «justicia»- se presente no como una variable dependiente de lo bueno, sino al contrario, como un conjunto de límites infranqueables definidos previa e independientemente que precisamente constriñen o enmarcan el espacio en el que es lícito perseguir la maximización de lo bueno.

⁴¹ Cfr. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, cit. [*supra*, en nota 19], págs. 112-113.

Esa caracterización provisional puede descomponerse en dos niveles, uno que remite al plano último de la *fundamentación* de la moralidad y otro que alude meramente a la forma en que una teoría moral organiza o *estructura* su contenido⁴². Cuando se habla de deontologismo en el primero de esos niveles, lo que se trata de subrayar es que lo correcto es previo a lo bueno no sólo en el sentido de que sus demandas son prioritarias, sino también y sobre todo en el sentido más profundo de que los principios de lo correcto no presuponen ninguna concepción particular de lo bueno, ni la adopción de ninguna clase de fines, ya que derivarían de alguna instancia -las exigencias de la racionalidad práctica, la idea de un sujeto trascendental, la capacidad misma de elegir fines... -previa a toda concepción del bien y regulativa respecto a ellas. Pero lo que aquí me interesa no es este nivel de la fundamentación, sino el más superficial de la estructura. En este otro plano se puede calificar a una teoría moral como deontológica atendiendo meramente a la concurrencia en ella de algunos rasgos *formales*, haciendo abstracción del tipo de fundamentación que invoca para adoptarlos. Desde este punto de vista estructural el principal rasgo diferenciador de las morales deontológicas sería el siguiente: los límites no franqueables en la persecución de lo bueno se presentan como algo de valor *intrínseco* y que se refiere *inmediatamente* a acciones, no como componentes de estados de cosas a producir (lo que haría que la acción correcta fuese en cada caso la capaz de producir aquel estado de cosas en el que se diera el menor número posible de transgresiones de aquellos límites). Las morales deontológicas, por consiguiente, califican deónticamente *clases de acciones* (es decir, «actos genéricos») como incondicionalmente obligatorias o prohibidas, sin que ello dependa en cada caso de un juicio previo acerca del diferente nivel de deseabilidad de distintos estados de cosas (para cuya producción resultaría causalmente eficaz la acción que se enjuicia).

Por otra parte, en una teoría moral con estructura deontológica los límites a la persecución de lo bueno pueden estar concebidos *primariamente* como un conjunto de deberes (de manera que la idea de que alguien tiene un derecho sólo tendría sentido como *reflejo* o correlato del deber que pesa sobre otro) o como un conjunto de derechos (que operarían entonces como *justificación* para la imposición de deberes, la atribución de poderes o

⁴² Sobre la distinción entre estos dos sentidos o niveles, cfr. Michael J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* (Cambridge, Cambridge University Press, 1982), págs. 2-3.

inmunidades, etc.). No creo en modo alguno que la discusión acerca de la prioridad conceptual de los deberes o de los derechos carezca de interés, ya que lo que está en juego en ella es el sentido mismo que haya de atribuirse dentro de una teoría moral a la idea de «tener un derecho»⁴³. Pero en este momento no es necesario examinar los posibles méritos y deméritos de cada opción: lo que quiero sostener es que el deontologismo encuentra en la idea de causalidad unas dificultades de las que sólo puede librarse deslizándose hacia el consecuencialismo; y a esa conclusión se llega, si no me equivoco, tanto si consideramos como *prius* conceptual un conjunto de derechos o un conjunto de deberes.

ii) Consideremos en primer lugar una teoría moral deontológica que asigne prioridad conceptual a los derechos. Lo que una teoría moral de este tipo exige, evidentemente, es que se actúe siempre de manera que ninguno de los derechos que se postulan resulte violado (por «buenas» que pudieran ser las consecuencias de esa violación, incluida la reducción del número total de violaciones del mismo tipo que se producirían en caso contrario). Los derechos imponen por consiguiente ciertas restricciones infranqueables sobre la conducta de los demás. Pero, ¿qué restricciones exactamente? ¿Qué es lo que los demás deben incondicionalmente hacer o abstenerse de hacer para que los derechos en cuestión no resulten violados? Para determinar con precisión qué acciones u omisiones son violatorias de derechos tenemos que conocer el *alcance respectivo* de éstos; pero para determinar ese alcance no hay más salida, si estoy en lo cierto, que desarrollar un tipo de razonamiento que acaba resultando similar al de algunas versiones complejas de consecuencialismo que se examinaron anteriormente.

Pensemos, por ejemplo, en cuáles de nuestras omisiones deben considerarse violatorias de los derechos de otros. En principio podría construirse una respuesta de este tipo: si un derecho queda satisfecho desde el punto de vista de su titular («A») cuando a éste se le asegura -o no se le priva de- cierta capacidad o situación (en sentido muy amplio), *toda* acción de un tercero

⁴³ Compárese John L. Mackie, «Can There Be a Right-Based Moral Theory?», en *Midwest Studies in Philosophy*, 3 (1978), 350-359 [ahora en Mackie, *Persons and Values*, Selected Papers, vol. II, cit. -*supra*, en nota 18-, págs. 105-119], donde se defiende el papel primario de los derechos dentro de un sistema moral, con Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford, Clarendon Press, 1986), cap. VIII [«Right-Based Moralities», págs. 193-216], donde se discuten una serie de dificultades de ese punto de vista.

(«B») causalmente eficaz para colocar al titular en esa situación cuando no estaba en ella o para evitar que la perdiera debe considerarse moralmente obligatoria (y su omisión, como una violación del derecho en cuestión). Pero una moral deontológica *no puede* proceder de esa manera. La primera objeción radica, simplemente, en que la calificación deóntica de la omisión *también* tiene que tomar en cuenta los derechos de B: A sólo tiene derecho a que B actúe si B no tiene a su vez derecho a abstenerse de actuar (el alcance del derecho de cada uno marca el límite del derecho del otro). Esta primera objeción podría salvarse refinando la respuesta que se acaba de ofrecer: se puede afirmar, por ejemplo, que de lo que se trata es de asegurar una cierta distribución para todos de esas capacidades o situaciones, de manera que B habría de hacer todo lo que fuese causalmente eficaz para que A consiga o no pierda las que le corresponden según dicha distribución y que *además* no suponga el menoscabo de las que le corresponden a él mismo (y viceversa). Me parece que en algunos textos anteriores -si es que no los interpreto abusivamente- Nino ha sostenido una posición de este tipo al ofrecer una solución a la aparente circularidad que lúcidamente advierte que podría producirse entre los principios de autonomía e inviolabilidad de la persona (circularidad que nos impediría fijar el *alcance* de los derechos), y que consistiría en «maximizar la autonomía de cada individuo por separado en la medida en que ello no implique poner en situación de menor autonomía comparativa a otros individuos», es decir, en «una directiva de expandir siempre la autonomía de aquellos cuya capacidad para elegir y materializar planes de vida esté más restringida»⁴⁴.

Pero me parece que ni aun así se escapa a una segunda y más seria objeción: que razonando en esos términos la presunta moral deontológica se ha transmutado inadvertidamente en una forma de consecuencialismo, ya que no ha hecho otra cosa que partir de la valoración previa de estados de cosas y calificar luego deónticamente las acciones a la vista de su eficacia causal para producir dichos estados. Los derechos no han determinado *directamente* los juicios relativos a las acciones -como se supone que ha de ocurrir en una estructura deontológica-, sino que su satisfacción (la de todos en su alcance respectivo, que no otra cosa significa hablar de una distribución equitativa de la autonomía)

⁴⁴ C. S. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, cit. [*supra*, en nota 4], pág. 212; cfr. también su artículo «Liberty, Equality and Causality», en *Rechtstheorie*, 15 (1984), 23-38, sec. 5.

se ha incorporado en primer lugar a la valoración de estados de cosas y ha determinado después la calificación deóntica de las acciones a la vista de su eficacia productora o mantenedora de dichos estados. Cuando los derechos son considerados como capacidades, posiciones o situaciones de los individuos que se consideran valiosas por el control que les confieren sobre importantes aspectos de sus vidas, y a partir de ahí se identifican las acciones u omisiones obligatorias o prohibidas como aquellas causalmente eficaces para asegurar un estado de cosas en el que se dé cierta *distribución* de esas capacidades o situaciones (con prioridad lexicográfica sobre cualquier otro factor determinante de su bondad), el esquema resultante coincide con lo que anteriormente, siguiendo a Scanlon y a Sen, denominé «sistema de derechos como objetivos» (que no es sino una forma de consecuencialismo, aunque, eso sí, todo lo compleja o refinada que se quiera y desde luego bien distinta del utilitarismo)⁴⁵.

Quizá se pueda replicar que una moral deontológica no tiene por qué proceder de esa manera. Más aún, que no es en absoluto, así como procede, y que por tanto no ha de verse abocada al resultado al que artificialmente yo la habría conducido. Que lo distintivo de las morales deontológicas es precisamente el calificar ciertas acciones genéricas (*act-type*) como incondicionalmente obligatorias o prohibidas *al margen* de cuáles sean sus consecuencias, de manera que cada acción individual (*act-token*) toma su calificación deóntica de la de la acción genérica de la que pueda ser descrita como caso -lo que, dicho sea de pasada, puede generar arduos problemas en forma de conflictos de deberes cuando pueda ser descrita como caso de diferentes acciones genéricas con calificaciones deónticas incompatibles-, no en función de su eficacia causal para mantener o producir estados de cosas en los que concurren determinadas características. Según el criterio kantiano, por ejemplo, las consecuencias buenas o malas de una acción debida no pueden ser imputadas al sujeto, aunque sí las malas consecuencias de una acción ilícita⁴⁶: y ello

⁴⁵ Esta conclusión podría rechazarse si, como Rawls -cfr. *supra*, nota 17-, se entiende que al prescindir del *aditivismo* se sale fuera del marco consecuencialista. Me atrevería a conjeturar que eso es lo que está presuponiendo Nino: cfr. su examen del «liberalismo agregativo» y el «liberalismo igualitario» en *Ética y Derechos Humanos*, cit. págs. 209-214. Para una afirmación tajante de la diferencia entre un «sistema de derechos como objetivos» y el genuino deontologismo, vid. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, cit. (*supra*, nota 7), págs. 28-30 [trad. cast., págs. 40-42].

⁴⁶ «Die guten oder schlimmen Folgen einer schuldigen Handlung -imgleichen die Folgen der Unterlassung einer verdienstlichen- Können dem Subject

implica, sin duda, que la calificación deóntica de la acción es previa a la toma en consideración de sus consecuencias. Ahora bien, al empezar a reflexionar de esta manera la prioridad conceptual en el sistema bascula desde los derechos hacia los deberes: porque si los derechos no son vistos como capacidades o situaciones que se han de asegurar (y que justifican la exigencia en cada caso de las acciones individuales causalmente eficaces para ese aseguramiento), sino que se considera que quedan satisfechos meramente en la medida en que los demás cumplan un conjunto tasado de deberes (es decir, realicen o se abstengan de realizar ciertas acciones genéricas), entonces son éstos los que definen el contenido de aquéllos.

iii) Consideremos por tanto una moral deontológica que asigne prioridad conceptual a los deberes, es decir, que califique directamente ciertas clases de acciones como incondicionalmente obligatorias o prohibidas (y en la que los derechos, por consiguiente, no sean más que el correlato de esos deberes). Hay desde luego muchas formas posibles de describir acciones. Una de ellas -de la que por cierto pueden encontrarse ejemplos en todos los sistemas morales más conocidos que hacen suya una estructura de este tipo- es la que las describe como *acciones de resultado*. «Matar», pongamos por caso, es una acción de resultado. Supongamos una moral deontológica que incluye la prohibición incondicionada de «matar» (o de «matar al inocente», o de «matar no concurriendo las circunstancias C_1, C_2, \dots, C_N »). El problema, cuando se prohíbe una acción genérica descrita como acción de resultado, consiste en determinar qué acciones u omisiones pueden ser calificadas como «caso» de esa acción genérica: porque esa calificación exige que se las pueda

nicht zugerechnet werden (*modus imputationis tollens*). Die guten Folgen einer verdienstlichen -im gleichen die schlimmen Folgen einer unrechtmäßigen Handlung- können dem Subject zugerechnet werden (*modus imputationis ponens*); *Metaphisik der Sitten*, Einleitung, en *Werke*, Akad., vol. VI, pág. 228 [trad. cast. de Felipe González Vicén, *Introducción a la Teoría del Derecho* (Madrid, C.E.C., La ed. 1954, reimp. 1978), pág. 75: «Las consecuencias buenas o malas de una acción debida, así como las consecuencias de la omisión de una acción meritoria, no pueden ser imputadas al sujeto (*modus imputationis tollens*). Las buenas consecuencias de una acción meritorias, así como las malas consecuencias de una acción ilícita, pueden ser imputadas al sujeto (*modus imputationis ponens*)»]. En este sentido similar, escribe la filósofa católica Anscombe: «[...] yo sostendría que un hombre es responsable de las malas consecuencias de sus malas acciones, pero no contrae mérito alguno por las buenas; y a la inversa, que no es responsable de las malas consecuencias de las buenas acciones»; cfr. «Modern Moral Philosophy», cit. [*supra*, en nota 5], págs. 35-36.

identificar como *la* causa del resultado en cuestión. y si no me equivoco una moral con estructura deontológica encuentra en este punto un problema de envergadura.

En el consecuencialismo la calificación deóntica de las acciones *precede* a los juicios de imputación (que seleccionan una acción u omisión como *la* causa de un estado de cosas, que se presenta entonces como *su* resultado). Pero en el caso que ahora estoy considerando es el juicio de imputación el que precede a la calificación deóntica. Una acción u omisión puede ser descrita como un caso de «matar» (y por lo tanto ser calificada como prohibida) si cabe identificarla como *la* causa de la muerte de alguien, no meramente cuando se cuenta entre las condiciones necesarias -positivas o negativas- de ese resultado: pero lo que eso implica es que -salvo que la acción u omisión en cuestión pueda ser considerada además como caso de otra acción genérica obligatoria o prohibida que el sistema no describa como acción de resultado- el juicio de imputación es un *prius* conceptual respecto a la calificación deóntica de las acciones u omisiones. Y cuando la prioridad lógica se da en ese sentido, y no en el inverso, el problema radica en determinar de dónde surgen las presuposiciones normativas que identifican el «campo causal» o «condiciones normales del contexto» por referencia a las cuales se efectúa la selección de *la* causa, es decir, del factor que «marca la diferencia». Si provienen de la moral positiva -i.e., si se selecciona como *la* causa sólo lo que el «sentido común» identifica como tal-, entonces la moral crítica con estructura deontológica que estamos considerando se convierte en esclava de aquélla. Si provienen del propio deber de abstenerse de matar que la moral crítica establece, se incurre en circularidad.

Podría pensarse que provienen de otros deberes diferentes que la propia moral (crítica) deontológica establece, como por ejemplo de un deber de asistencia o ayuda mutua (de manera que una omisión podría ser vista como *la* causa de la muerte, es decir, como un caso de «matar», cuando lo omitido fuese la acción salvadora que prescribe la moral en cuestión). Pero el problema radica en precisar la extensión de este nuevo deber: y no veo fácil determinarla si no es desembocando en una directiva de realizar las acciones causalmente eficaces para asegurar un estado de cosas en el que se dé una determinada *distribución* de ciertas capacidades o situaciones (con lo que las presuposiciones normativas incorporadas a la delimitación del campo causal provendrían en última instancia de un principio consecuencialista).

iv) La única forma de escapar a esta encerrona, según creo,

pasaría por tomar un rumbo completamente distinto. Cabría pensar que lo que identifica a una acción u omisión como caso de «matar» (o de cualquier otra acción de resultado genérica) no es tanto que pueda ser vista como *la* causa de ese resultado, con las dificultades que ello supone, sino más bien la *intención* del agente, puesta de manifiesto en su actuar (positivo o negativo). Tomando en préstamo términos corrientes en la dogmática jurídico-penal, lo decisivo sería entonces el «desvalor de acción», no el «desvalor de resultado». Por consiguiente las acciones u omisiones del agente habrían de ser individualizadas e identificadas con arreglo al modo en que él mismo las caracteriza en el razonamiento práctico que precede y guía su actuar.

Ahora bien, esta propuesta no está exenta de dificultades, y para hacerles frente no parece haber otro recurso que acudir a las distinciones establecidas por la vieja doctrina del doble efecto. Si, como dice Tomás de Aquino, «los actos morales reciben su especie de lo que está en la intención y no de lo que es ajeno a ella»⁴⁷, una acción u omisión podrá ser calificada como caso de cierta acción genérica de resultado (p. ej., de «matar») cuando el agente busque dicho resultado como fin o como medio para otro fin, pero no cuando -sin buscarlo como fin ni como medio meramente prevea, incluso con certidumbre plena, que su acción producirá ese resultado (o que la acción que omite lo evitaría). Esa distinción permite justificar por qué no cabe transgredir una prohibición incondicional ni siquiera para evitar un mal mayor o un número mayor de transgresiones del mismo tipo (porque la transgresión sería imputable al sujeto al quererla como medio para otro fin, mientras que el mal mayor no lo será al ser una consecuencia prevista pero no querida), o por qué en determinadas circunstancias es lícita la realización de acciones causalmente eficaces para producir el resultado prohibido (si el sujeto las realiza previendo ese resultado pero buscando un fin distinto).

Lo que sucede es que la doctrina del doble efecto, como se ha señalado con frecuencia, tiene una base muy controvertible⁴⁸. Cuando el agente forma su intención no puede ignorar sin más las leyes causales que rigen el mundo, no puede desentenderse de la dimensión instrumental de su actuar, como si no tuviera nada

⁴⁷ T. Aquino, *Summa Theologiae*, II^a-II^a, q. 64, a.7.

⁴⁸ Vid., p. ej., H. L. A. Hart, «Intention and Punishment», en *Oxford Review*, 4 (1967) [ahora en H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law* (Oxford, Clarendon Press, 1968), págs. 113-135, por donde se cita], págs. 122-125; y J. L. Mackie, *Ethics: Inventing Right and Wrong*, cit. [*supra*, en nota 7], pág. 166.

que ver con él lo que prevé como consecuencia inevitable de su acción, y resulta como mínimo discutible qué debe entenderse que queda abarcado por su «intención»⁴⁹. Por otra parte la distinción entre lo querido como un medio y lo meramente previsto como una consecuencia necesaria, aunque puede parecer clara desde un punto de vista formal, en el fondo depende muchas veces de la aplicación de distintas descripciones verbales a casos entre los que no siempre es fácil detectar diferencias relevantes que justifiquen una distinta calidad moral, con lo que resulta demasiado artificial como para considerarla un criterio seguro dentro de una teoría moral viable. Ahora bien, por más discutible que sea la doctrina del doble efecto (y a mi juicio lo es en muy alto grado), difícilmente podría funcionar sin ella una moral deontológica que califica como incondicionalmente obligatorias o prohibidas ciertas acciones de resultado. Por una razón muy sencilla: de no dar relevancia a las distinciones en las que insiste la tesis del doble efecto, habría casos en los que cualquiera de las acciones posibles para el agente (incluida la absoluta pasividad) podría ser calificada como transgresión de una prohibición incondicional, y en los que por consiguiente la teoría en cuestión quedaría irremisiblemente bloqueada.

v) En conclusión: una moral deontológica deriva inadvertidamente hacia una estructura consecuencialista cuando los derechos se consideran como capacidades o situaciones de las que se ha de asegurar una determinada distribución; cuando por el contrario parte de la postulación de un catálogo de deberes, es decir, de acciones genéricas calificadas incondicionalmente como obligatorias o prohibidas, o bien no describe ninguna de ellas como acción de resultado -algo que hacen todos los ejemplos más conocidos de morales deontológicas-, o de lo contrario, alternativamente, a) tropieza con todos los problemas que dimanen de atribuir a los juicios de imputación prioridad lógica sobre la calificación deóntica de las acciones (dependencia de la moral positiva; o de un principio consecuencialista; o circularidad); o b) su viabilidad depende enteramente de la discutible doctrina del doble efecto.

⁴⁹ Sobre este punto, vid. Gilbert Harmann, «Rational Action and the Extent of Intentions», en *Social Theory and Practice*, 9 (1983), 123-141.

RESPUESTA A BAYÓN

Las muchas páginas que Juan Carlos Bayón dedica a contestar mi nota de página y media «El cuatrilema del consecuencialismo» están justificadas plenamente: el análisis que hace acerca de cómo juega el concepto de causa en el marco de teorías morales consecuencialistas y deontológicas es extraordinariamente agudo e iluminador.

Adhiero plenamente a una de las tesis de Bayón: el deontologismo parece enfrentar problemas similares a los que yo señalé con referencia especial al consecuencialismo. Así lo adelanté en la segunda edición de *Ética y derechos humanos*¹, cuando aclaré, después de presentar el cuatrilema, que éste parece aplicarse también a una ética deontológica: ésta necesariamente usa el concepto de causa en la mayoría de las descripciones de las acciones que califica como prohibidas o permitidas y así se enfrenta a las alternativas de depender de la moral positiva, de volverse circular, de incurrir en un regreso al infinito (lo que aquí reemplaza a la aceptación de presupuestos deontológicos por parte del consecuencialismo) o de usar un concepto de causa que lleva a implicaciones morales contraintuitivas.

Debo agregar que veo un inconveniente adicional al señalado por Bayón contra una de las salidas más obvias que podría tener el deontologismo frente a esta dificultad crítica: la de valorar a las acciones sobre la base no de los resultados causales tomados en cuenta por la descripción relevante sino de la *intención* del agente. No parece que las intenciones sean significativas para la valoración de las acciones si no es como reflejo de rasgos de carácter o disposiciones del agente. Por lo tanto, un sistema ético cuyos juicios básicos valoran a las acciones por las intenciones con que son realizadas, es un sistema moral que tiene como elementos primitivos las *virtudes* de carácter. Cuando ese sistema

¹ Buenos Aires, 1989, pág. 337.

moral se aplica al campo político tiene implicaciones perfeccionistas, ya que no nos permite formular juicios sobre la corrección o incorrección de acciones, a los efectos de delimitar la coacción estatal, que no dependan de valoración del carácter moral de las personas².

No creo, sin embargo, que el consecuencialismo escape tan fácilmente, como Bayón supone, del cuatrima. En primer lugar, me parece -aunque tal vez esto sea una cuestión verbal que pondría el límite entre consecuencialismo y deontologismo en un punto distinto del continuo que Bayón traza con tanta sutileza. No parece plausible sostener que «en una genuina teoría moral deontológica... la violación de un derecho, aun en esas circunstancias [en que es el único medio de evitar la violación de otro derecho], no podría calificarse ni siquiera como permitida...» Una vez que se acepta que los derechos tienen un alcance amplio, al advertir que éstos pueden ser violados tanto por acción como por omisión, una posición semejante haría al deontologismo absolutamente inaplicable: permanentemente llevaría a situaciones en que tanto la acción A como su omisión -A resultan prohibidas. Mi propuesta frente a estas situaciones de conflictos de derechos es que, una vez que se descartan diversas maneras de resolver o de disolver el conflicto, el principio de inviolabilidad de la persona prescribe el curso de acción que lo infringe en menor medida al implicar el sacrificio de un bien menor -*tomando sólo en cuenta comparaciones entre pares de personas y sin prestar atención al número de gente que pueden sufrir el sacrificio de ese bien menor o beneficiarse con la preservación del bien de menor entidad*. Sólo cuando los bienes en conflicto son de igual entidad (en términos del valor de autonomía) el principio de inviolabilidad de la persona se vuelve inaplicable, ya que cualquier comportamiento del agente lo infringe en igual grado, y entonces se aplica sin restricciones el principio de autonomía, que valora la maximización de la autonomía personal; tal maximización toma en cuenta, por supuesto, el número de personas que se benefician agregativamente con esa autonomía personal³.

Esto quiere decir que la posición que defiende no es *aditiva* en un primer nivel del tratamiento de los conflictos de derechos. Entiendo, efectivamente, que tal rasgo es distintivo de una posición

² Ver estos problemas en *op. cit.*, cap. X y en *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, 1980, cap. IV.

³ Véase *Ética y derechos humanos*, citada, cap. VIII, pág. 313.

deontologista. Es posible un consecuencialismo que adopte un tratamiento maximizador de la distribución: por ejemplo, si permite que la autonomía de ciertos individuos se restrinja a niveles más bajos que la de los demás para que la autonomía de un *mayor* número de otros miembros menos autónomos de la sociedad se expanda, disminuyéndose la diferencia con la autonomía de los miembros más autónomos de la misma sociedad (muchas revoluciones sociales cruentas se han hecho con este objetivo). Pero si el principio de distribución que se adopta no permite políticas de esa índole, creo entonces que la posición se confunde con una deontológica, puesto que desaparece la posibilidad de adicionar transpersonalmente el goce del bien en cuestión -aunque ese bien incluya una dimensión de distribución.

No me parece que una posición consecuencialista con una concepción del bien compleja y cuyos elementos están ordenados lexicográficamente, como la que defiende Bayón, evite los problemas de una ética tan exigente que lleva a borrar la diferencia entre obligación y supererogación moral. En primer lugar, el hecho de que una parte del bien sea lexicográficamente prioritaria sobre la otra no quiere decir que esta segunda sea opcional sino que el deber de satisfacerla sólo surge cuando se han satisfecho los deberes relacionados con la primera dimensión del bien. Claro está que Bayón replicaría que cuando esa primera dimensión está constituida por la autonomía, el deber de satisfacer otros aspectos del bien no surge si esa satisfacción puede afectar la autonomía del agente. Sin embargo, el problema de la sobre-exigibilidad se produce en relación a la misma dimensión de autonomía: la obligación de no restringir, por acción u omisión, y aun de promover la autonomía de los menos autónomos implica una enorme dedicación de tiempo, energía y recursos que amenaza con reducir la autonomía del agente a un nivel apenas superior a la de aquellos miembros menos autónomos. Esta dificultad -que muestra una tensión entre los rasgos de imparcialidad, autonomía y supremacía de una ética liberal⁴ - no es propia del consecuencialismo sino que afecta por igual a una ética deontológica igualitaria. La única sugerencia que puedo dar frente a este problema consiste en que se tome en cuenta que lo que debe distribuirse igualitariamente es autonomía personal y que, por lo tanto, no podemos llevar esa distribución tan lejos que terminemos distribuyendo una cosa diferente a tal autonomía de la personal⁵.

⁴ Véase *idem*, cap. IV, pág. 185.

⁵ Véase *ibidem*, cap. IV, pág. 192.

Pero el punto crucial de la salida que Bayón propone frente al cuatrima consiste en distinguir la *eficacia causal*, que sería lo único necesario para los juicios éticos de corrección o incorrección moral, de la selección de una acción como *la* causa de un cierto estado de cosas, que sólo sería necesaria para juicios ulteriores de imputación tendentes a responsabilizar al agente por su acción. Mientras la eficacia causal sería puramente fáctica, la selección de *la* causa a los fines de la imputación tendría así presupuestos normativos. Por lo tanto, el consecuencialismo se vería libre del cuatrima, ya que sus juicios básicos de corrección o incorrección moral no presuponen pautas normativas, y sólo lo hacen los juicios de imputación moral que se pueden apoyar cómodamente en los juicios básicos del consecuencialismo.

Sin embargo, creo que esta salida del cuatrima no es tal sino que implica caer en el cuarto de sus términos: el de usar un concepto de causa tan amplio que tiene consecuencias contra-intuitivas. En efecto, el concepto de causa usado para formular juicios de corrección o incorrección moral sería el de condición necesaria o el de condición suficiente (primero Bayón parece inclinarse por este último pero luego explícitamente abraza el primero), sin la restricción referida a *las circunstancias normales del contexto*. Aun tomando en cuenta que en este nivel de evaluación moral no estamos reprochando o responsabilizando a un agente, un concepto tan amplio de causa sería inservible para formular juicios de corrección o incorrección moral. Con un principio normativo consecuencialista que se apoye en el concepto de condición necesaria prácticamente todo comportamiento activo o pasivo que realizamos es potencialmente incorrecto, puesto que probablemente sin él se evitarían daños más o menos remotos a otros individuos (esto es obvio cuando consideramos que prácticamente todo lo que hacemos lo podríamos reemplazar por alguna acción de ayudar a alguien). También es probable, que esos daños se vean compensados por beneficios más o menos remotos. Pero dado que no hay límites a las cadenas de fenómenos sobre los cuales nuestras acciones y omisiones tienen «eficacia causal», lo cierto es que prácticamente nunca podríamos saber si una acción u omisión es correcta o incorrecta (aun un homicidio pudo haber impedido que la víctima, o algunos de sus descendientes potenciales, cometiera un genocidio en el tiempo de vida del que lo hemos privado). Si concebimos a la eficacia causal en términos de condición suficiente, la situación sería todavía peor, ya que sólo sería correcto o incorrecto el *conjunto* de condiciones que no se daría si no se hubiera dado el resultado, con lo que no habría posibilidad de discriminar a los

efectos de esta evaluación moral entre el disparar al corazón de la víctima y el haberse movido inocentemente de una posición que se interponía en la trayectoria del disparo.

Los juicios objetivos de corrección o incorrección moral, si bien no sirven para reprochar al agente, puesto que no toman en cuenta sus intenciones y motivos, cumplen otras funciones en el discurso moral que no se satisfarían si se apoyaran en concepto tan amplio de eficacia causal. En primer lugar, son el presupuesto necesario de tales juicios de reproche: si la acción no es incorrecta no es posible reprochársela al agente y, además, para reprochársela al agente es generalmente necesario que él haya querido realizarla sabiendo que es incorrecta o al menos sabiendo que satisfacía la descripción que la hace incorrecta. Si bien puede parecer a primera vista que para todos estos efectos basta que la acción sea causalmente eficaz de un resultado prohibido o disvalioso, esto no es así: aun cuando, por ejemplo, al encender una luz que permite al asesino visualizar a su víctima y matarla, yo haya sabido y querido producir ese efecto, hay una importante diferencia en el valor moral objetivo de mi acción y la del asesino, y es a diferencia sólo se atenúa si yo había concertado ayudarlo de ese modo y mi acción de prender la luz no es, supongamos, la que hago regularmente a esa hora como funcionario encargado del alumbrado público. Esto quiere decir que el reproche no surge de juicios de incorrección moral basados en la mera eficacia causal de las acciones una vez combinados con juicios acerca de las intenciones y motivos del agente. El reproche requiere, además de la consideración de circunstancias subjetivas del agente, juicios de incorrección moral basados en una discriminación causal más fina que la mera condicionalidad suficiente o necesaria.

Por otra parte, los juicios de corrección o incorrección moral objetiva también son relevantes a otros efectos, como, por ejemplo, determinar cuándo es lícito que un tercero impida o promueva el comportamiento en cuestión⁶. También aquí si tales juicios se apoyaran en el mero concepto de eficacia causal se tornarían inservibles: es obvio que no es objetivamente legítimo impedir todas las condiciones necesarias de los resultados prohibidos o disvaliosos (piénsese en las infinitas condiciones que hicieron posible que Hitler desencadenara el Holocausto- por ejemplo, todos los innumerables hechos sin los cuales la concepción

⁶ Véase este punto en *Los límites de la responsabilidad penal*, citada, cap. V.

de Hitler por sus padres no se hubiera producido -y pregúntese si tiene sentido, a los fines prácticos de nuestro discurso moral, sostener que todas esas condiciones podrían ser legítimamente impedidas).

Por cierto que nada impide contar con un concepto de corrección o incorrección moral objetiva basado en la noción de eficacia causal. Creo, sin embargo, que ese concepto sería inoperante en el marco del discurso moral y que necesariamente debemos contar con otro que, sin tomar en cuenta las intenciones y motivos del agente que determinan su acción, la singularicen como el factor que no se habría dado si un resultado prohibido o disvalioso no se hubiera producido en las circunstancias *debidas o esperables del contexto*.

Claro está que esto nos coloca de nuevo frente al cuatrima, sea que partamos de una posición consecuencialista o deontologista. Este que podríamos rebautizar como *el cuatrima fundamental de la ética crítica* parece ser bastante resistente a intentos de superarlo, como los que ha desplegado lúcidamente Bayón en el artículo que comento.



E N T R E V I S T A

ENTREVISTA A ULRICH KLUG

1.

Cómo era la universidad alemana en su época de estudiante? ¿Quiénes fueron los profesores que más influyeron en usted? Si hubiera que establecer etapas en el desarrollo de su pensamiento, ¿cuáles serían ellas?

Estudí derecho y filosofía en la Universidad de Berlín. Cuando ingresé, en el semestre de invierno de 1933, los problemas de la vida universitaria eran graves. Entre los estudiantes había muchos nazis, aunque también un número no menor de opositores al dictador Hitler, que acababa de llegar al poder. La mayoría de los profesores no eran nazis militantes, pero sí conservadores -los llamados «alemanes nacionales»- que no habían prestado su apoyo a la República de Weimar y, por lo tanto, eran también responsables de la implantación del régimen nazi.

Sorprendentemente, había todavía profesores judíos en actividad, como Ernst Rabel, el famoso romanista, y Martin Wolff, el no menos conocido civilista.

Con ambos tuve contacto después de haber concluido mis estudios de derecho en octubre de 1936, como asistente y hasta la emigración de ambos poco antes del estallido de la Segunda Guerra Mundial (Wolff en 1937 y Rabel en 1938).

Pero ya muy pronto fueron designados profesores nazis, como Carl Schmitt y Reinhard Höhn (quien más tarde fuera general de la SS); ambos prestaron su criminal contribución intelectual al terror nacionalsocialista. Especial rechazo provocaron en mí las descaradamente antisemitas lecciones de Carl Schmitt, a quien Hitler, en señal de agradecimiento, había nombrado consejero de Estado.

Sus reiteradas difamaciones de Hans Kelsen y de otros científicos judíos -provocadas por un notorio sentimiento de envidia y odio- carecían de todo fundamento

medianamente discutible. A pesar de la tortura que significaba escuchar sus primitivos comentarios, desprovistos de toda espiritualidad, como estudiante no había más remedio que asistir a sus clases, ya que Schmitt integraba a menudo los tribunales de examen. En aquellos años, dispuso que, en la biblioteca del Seminario, los libros de Kelsen, al igual que los de otros autores judíos, llevaran en la tapa pegado como advertencia un círculo amarillo.

Como estudiante de derecho positivo, me impresionaron fuertemente las lecciones de Rabel y Wolff. A la filosofía del derecho me introdujeron las lecciones de Carl August Emge. Era el sucesor en la cátedra de Rudolf Stammler y procedía del campo de la tradición intelectual del neokantismo. Su *Historia de la Filosofía del Derecho*, publicada en 1931, fue la primera obra de filosofía del derecho que estudié. Su seminario, en el que conocí al joven Theodor Viehweg, era un verdadero oasis intelectual en la Universidad de Berlín, que día a día se volvía más nazi. Todavía hoy puede percibirse esto leyendo los aforismos que Emge publicara en 1942 bajo el título *Aquende y allende la injusticia*. Dedicó esta obra a Georg Christoph Lichtenberg. Su génesis está vinculada con las discusiones en los seminarios.

También tengo que agradecerle a Emge el interés por la investigación moderna de la lógica. No obstante no haber recorrido él mismo este camino, me señaló la importancia del «Círculo de Viena» y de la «lógica». Así conocí las obras de Rudolf Carnap, Bertrand Russell, Alfred Tarski, Ludwig Wittgenstein, David Hilbert, Joseph M. Bochenski y Heinrich Scholz. Emge estimuló mi creciente interés por este campo de la filosofía y mi intento de aplicarlo a la filosofía del derecho. En 1938, conjuntamente con Eduard Kohlrausch, un penalista procedente de la tradición de Franz von Liszt, se puso a mi disposición para mis trámites de habilitación. En 1939, presenté ante la Facultad de Derecho de la Universidad de Berlín mi trabajo de habilitación *Lógica jurídica*, con los votos positivos de Emge y Kohlrausch. A pesar de este apoyo, mi trabajo fue rechazado por razones políticas. Sólo después de la guerra, en 1950, pude concluir mi habilitación, en Heidelberg, con el apoyo del ya entonces internacionalmente conocido filósofo del derecho Karl Engisch.

2. *Su forma de entender la lógica jurídica constituyó una vía distinta, tanto en relación con la lógica deóntica como con las teorías de la argumentación, al estilo de la tópica de Viehweg o de la nueva retórica de Perelman. ¿Podría precisar en qué consiste la diferencia entre su enfoque y el de las teorías de la argumentación?*

¿Cuáles cree que han sido los principales logros de su concepción de la lógica jurídica en tanto lógica formal aplicada al derecho? ¿Qué opina sobre el auge que en los últimos tiempos ha adquirido el tema de la argumentación jurídica, tal como está presente en la obra de Aulis Aarnio, Robert Alexy, Neil MacCormick o Aleksander Peczenik, entre otros?

El enfoque de las teorías de la argumentación al estilo de la tópica de Viehweg o de la nueva retórica de Perelman se diferencia del de mis intentos en el ámbito de la lógica jurídica por lo que respecta a la ordenación de diferentes grados de análisis de las tesis jurídicas y en sus fundamentaciones. Esto puede demostrarse con el modelo de la fundamentación jurídica axiomática y cuasi axiomática:

De toda fundamentación de un fallo judicial se exige «coherencia», es decir, coherencia lógica. Si en la fundamentación de un fallo se descubre una falacia, por ejemplo, una demostración circular (*circulus in probando, petitio principii*), entonces, según el Derecho procesal alemán, procede la revisión de la sentencia.

En el escrito de revisión se aduce la «violación de leyes del pensamiento». En tales casos se presupone la aplicabilidad del método axiomático, tanto en la estructura formalizada como en la no formalizada, del lenguaje ordinario. Se examina siempre si de las premisas correspondientes -los presupuestos del derecho legislado o consuetudinario- se infiere coherentemente la decisión del tribunal. Un fallo judicial opera con conclusiones a partir de presupuestos; es, por lo tanto, en cada caso, un sistema axiomático que -recurriendo a un ordenador- puede ser formalizado y que -si se utiliza el lenguaje ordinario- contiene un sistema cuasi axiomático. Pero también en el caso de esta última estructura nos encontramos con un sistema cerrado de derivación, con las premisas dadas de antemano por la ley y a las que he propuesto llamarlas cuasi axiomas porque no están exactamente formalizadas con la ayuda de un cálculo lógico. Pero esto no cambia en nada el hecho de que las conclusiones formuladas en el lenguaje ordinario pueden ser examinadas por lo que respecta a su precisión lógica y mostrarse la existencia de errores lógicos. La clásica silogística aristotélica resulta ser aquí un instrumento perfectamente utilizable. Esta es la perspectiva de la lógica jurídica.

Las teorías de la argumentación al estilo de la tópica de Viehweg o de la nueva retórica de Perelman tienen una función no menos importante. Son métodos que pueden ser utilizados adecuadamente en una grada previa del análisis, es decir, en la

búsqueda de los axiomas (premisas). En esta medida, han logrado un interesante progreso científico en la teoría jurídica. Pero la exacta subsunción lógica -debido a la necesidad de coherencia en la fundamentación de la decisión judicial- sigue siendo irrenunciable, a menos que se quiera renunciar a la seguridad jurídica, es decir, a uno de los fundamentos del Estado de derecho.

Como es sabido, también Alexy parte de las dos gradas de análisis y distingue entre la derivación lógica de la sentencia judicial a partir de las premisas presupuestas en la fundamentación (justificación interna) y la averiguación de las premisas (justificación externa).

Me parece que algo similar vale para las tesis analíticas de Aarnio, MacCormick y Peczenik, que han proporcionado importantes impulsos y sugerencias para el desarrollo de la teoría jurídica, pero cuyo análisis superaría los límites de esta entrevista.

3. *Usted publicó su muy conocido libro Lógica jurídica en 1951, es decir, en el mismo año en que apareció el famoso artículo de Georg Henrik von Wright «Deontic logic», que suele ser considerado como el origen de la lógica deóntica. ¿Podría precisar el alcance de sus tesis? ¿Cómo valora el desarrollo de la lógica deóntica?*

Como he dicho, ya en 1939 estaba lista la primera versión de la *Lógica jurídica*. Cuando entró en prensa, en 1950 y apareció la primera edición, en 1951, todavía no conocía la investigación para mí extraordinariamente sugestiva «Deontic Logic» de Georg Henrik von Wright, publicada en 1951 en la revista *Mind*. En la segunda edición de la *Lógica jurídica*, publicada en 1958, pude ya referirme a este trabajo. Llegué entonces a la conclusión de que para la formalización de enunciados acerca de formas de comportamiento permitidas o prohibidas, tales como se dan dentro del marco de las estructuras lógicas de los enunciados proposiciones jurídicos en las leyes de un ordenamiento jurídico, un cálculo deóntico era quizás posible pero no necesario para la lógica jurídica. En la cuarta edición de la *Lógica jurídica*, publicada en 1982, analicé más de cerca la importancia de los cálculos de la lógica deóntica para la presentación, análisis y examen lógicos de las conclusiones jurídicas. Aquí presupuse que -de acuerdo con el uso ordinario del lenguaje alemán- las disposiciones legales acordadas por el legislador -el Parlamento- y publicadas en el *Boletín Oficial* pertenecen a la clase de las normas. Ello responde a una convención semántica de los juristas en el ámbito de lengua alemana. La discusión de estas normas en

los comentarios y tratados jurídicos se lleva a cabo como un discurso sobre normas en un metanivel semántico.

En la *Lógica jurídica*, mis esfuerzos se centran en el desarrollo de primeros puntos de partida para métodos lógicos con los cuales ha de ser posible examinar la corrección lógica (no contradicción, independencia, completitud y decibilidad) de sistemas normativos (leyes, disposiciones legales particulares, etc.). Aquí pensé también ya en trabajos analíticos previos para las decisiones judiciales con la ayuda de la informática. El hecho de que sólo pudiera tratarse de comienzos está vinculado con la dificultad de la utilización de ordenadores para la obtención de decisiones jurídicas, a pesar de que ya existen algunos éxitos en la praxis de la aplicación de las leyes (cfr. al respecto Herbert Fiedler, Thomas Barthel y Gerhard Voogd, *Untersuchungen zur Formalisierung im Recht als Beitrag zur Grundlagenforschung juristischer Datenverarbeitung* [UFORE] Opladen, 1984).

En este contexto, me parece que hasta ahora la aplicación de los cálculos de la lógica deóntica no ha tenido éxito, por más interesantes que ellos sean desde el punto de vista científico, sobre todo desde la perspectiva de la teoría jurídica. Habrá que observar atentamente si nuevos desarrollos de las teorías de la lógica deóntica abren nuevas posibilidades, especialmente desde puntos de vista pragmáticos.

4. *Eugenio Bulygin, en la página 22 de su Estudio preliminar a Normas jurídicas y análisis lógico (Madrid, 1988), libro en el que se publica la correspondencia que usted mantuviera con Hans Kelsen entre 1959 y 1965 sobre las relaciones lógicas entre las normas en general y las jurídicas en especial, le reprocha no admitir la necesidad de una lógica específica de las normas. Esto traería como consecuencia «una confusión inadmisibles de dos niveles del lenguaje»: el de las normas y el de las proposiciones normativas. ¿Considera usted válida la objeción de Bulygin?*

Esta crítica de Eugenio Bulygin es una de las contribuciones más importantes a la discusión de las tesis sobre el análisis de las normas que sostuviera en mi intercambio epistolar con Kelsen. Desde la perspectiva actual, coincido en muchos puntos con Bulygin. Por ello es deseable una continuación de la discusión.

Especialmente importante me parece el hecho de que es necesario indicar más claramente, en mis intentos de análisis, cuándo se trata de un análisis semántico y cuándo de uno sintáctico. Naturalmente, esto requiere una exposición más exacta. Aquí deseo referirme sólo a los siguientes puntos de discusión:

a) Por lo pronto, conviene reflexionar sobre el aspecto sintáctico. Como se sabe, por sintaxis de un lenguaje se entiende la estructura de las oraciones derivables, formalmente correctas, determinada a través de las reglas de un lenguaje, sin hacer referencia a su significado (la semántica). De enunciados de normas ya dados -es decir, no de enunciados acerca de normas- es posible, por lo pronto, obtener sintácticamente otros enunciados. Así se procede, por ejemplo, en los lenguajes programados de la informática. Tal como lo ponen de manifiesto las aplicaciones prácticas de la informática hasta ahora realizadas, en el caso de las normas no resultan dificultades sintácticas insuperables para llegar a conclusiones normativas y, de esta manera, someter a prueba la coherencia de un sistema normativo dado. Así, por ejemplo, con respecto al derecho penal de la República Federal de Alemania puede comprobarse -sin que para ello sea necesario recurrir a interpretaciones deónticas o de algún otro tipo del contenido de significado- que las normas del § 211, párrafo 1 («El asesinato será castigado con prisión perpetua») y el § 212, párrafo 1 («Quien mate a una persona, sin ser asesino, será castigado con prisión no inferior a cinco años») no se contradicen.

b) Tanto desde el punto de vista sintáctico como semántico, es necesaria una separación exacta y claramente reconocible de los niveles del lenguaje, tal como lo exige Bulygin, ya que en el análisis de sistemas de enunciados no pocas veces hay que considerar estructuras de varios niveles. Así, por ejemplo, cuando en un trabajo jurídico se estudia una sentencia judicial, estamos por lo general, frente a tres niveles lingüísticos. El primero -la base- es la norma; el segundo, es el del grupo de enunciados interpretativos de la fundamentación de la sentencia; y en el tercer nivel lingüístico nos encontramos con las consideraciones valorativas de la sentencia judicial. Por lo tanto, los enunciados que figuran en el trabajo jurídico son miembros de un meta-meta-lenguaje. Desde luego, el que en esta estructura haya que presuponer diferencias sintácticas, es algo que todavía merece reflexión y discusión.

5. En su trabajo *«El derecho de resistencia como derecho humano universal»*, incluido en su libro *Problemas de la filosofía y la pragmática del derecho (Barcelona, 1989)*, insiste en la importancia de los principios jurídicos suprapositivos de valor hipotético y sostiene una posición de neutralidad valorativa. En la página 51 del mencionado libro afirma: *«Partiendo de esta actitud filosófico-jurídica básica y abierta, no se encuentran vinculaciones*

con opiniones filosóficas, religiosas o ideológicas ni en la Carta de las Naciones Unidas de 1945, ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948...» ¿Piensa usted que esta Declaración está aislada del proceso histórico de la Ilustración o de la experiencia con la dictadura nazi? Y si tal no es el caso, ¿no es entonces esta Declaración justamente la expresión de una actitud filosófica y de una ideología política determinadas?

Efectivamente, la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, al igual que la Carta de las Naciones Unidas de 1945 -a las que habría que agregar los dos pactos de derechos humanos de 1966- tienen que ser vistas en el proceso histórico como vinculadas con la Ilustración, por una parte, y con las experiencias de la dictadura nazi, por otra. La referencia a la apertura filosófico-jurídica ha de ser vista como vinculada a los mismos factores. Con esto se hace referencia a la pluralidad esclarecida, de acuerdo con la cual los derechos humanos no dependen de ningún presupuesto filosófico, religioso o ideológico. Por lo tanto, debe estar prohibida la exclusión del goce de los derechos humanos a los «infeles», a los «enemigos ideológicos», «adversarios filosóficos» u otros «disidentes». Con esto se quiere indicar, sobre todo, el rechazo de premisas irracionales y la aceptación de la estructura hipotética de las suposiciones básicas, tal como lo subrayara la Ilustración. En cambio, no queda excluida la profesión subjetiva de fe en la humanidad, en el sentido más amplio de la palabra. En esta medida, la fundamentación jurídica mundial y la incorporación en el derecho internacional de los derechos humanos son expresiones de una actitud filosófica y de una ideología política, a la vez que una implicación de la Ilustración y de la experiencia con la dictadura nazi.

6. A lo largo de toda su vida, ha puesto usted de manifiesto su rechazo de las dictaduras y su vocación democrática. La República Federal de Alemania acaba de cumplir cuarenta años de existencia. ¿Piensa usted que en estas cuatro décadas su país ha mantenido un desarrollo lineal de afianzamiento de la democracia o considera que se produjeron fisuras que, en algún momento, significaron una amenaza para el ordenamiento democrático en libertad? La reforma de la Ley Fundamental de 1968 y la inclusión de disposiciones sobre el estado de excepción, ¿no constituiría una de estas fisuras?

En el desarrollo de la República Federal de Alemania ha

habido, en mi opinión, realmente fisuras que perjudicaron el fortalecimiento continuado de la todavía relativamente joven democracia y que constituyeron una amenaza para el orden básico de democracia en libertad. Sin embargo, antes de entrar a considerar este proceso, quisiera señalar algunos «defectos de nacimiento», que se produjeron al entrar en vigencia la Ley Fundamental en 1949.

Ya del patético Preámbulo resulta una carga ideológica irracional y problemática con previsibles posibilidades de interpretación nacionalista. Este preámbulo reza:

«Consciente de la responsabilidad ante Dios y los hombres, animado de la voluntad de defender su unidad nacional y política y de servir a la paz del mundo, integrado en una Europa unida sobre la base de la igualdad de derechos, el pueblo alemán de los Estados federados de Baden, Baviera, Bremen, Hamburgo, Hesse, Baja Sajonia, Renania del Norte-Westfalia, Renania-Palatinado, Schleswig-Holstein, Wurtemberg-Baden y Wurtemberg-Hohenzollern, con el propósito de dar un nuevo ordenamiento a la vida política durante un período de transición, en virtud de su poder constituyente, ha acordado la presente Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, *actuando también en nombre de aquellos alemanes a quienes estaba vedada la colaboración, y manteniendo en pie la invitación para que todo el pueblo alemán, en libre autodeterminación, consume la unidad y libertad de Alemania.*» (Subrayado de U. K.)

Se podría haber ahorrado el Preámbulo. La Constitución de la Paulskirche de Francfort, del año 1849, que desgraciadamente fracasara como proyecto democrático porque en la Alemania dividida en pequeños Estados monárquicos no fue posible imponer la democracia, no incluía ningún preámbulo. El de la Constitución de Weimar del año 1919 era breve y relativamente concreto:

«El pueblo alemán, unido en sus diferentes etnias y animado del deseo de renovar y afianzar su Estado en libertad y justicia, servir la paz interna y externa y promover el desarrollo social, ha acordado la presente Constitución.»

Hubiera sido más inteligente atenerse, por lo menos, al modelo de Weimar. Se hubieran evitado así muchas polémicas ideológicas como la vinculada con el *mandato de reunificación* de la República Federal de Alemania con la RDA.

Un error fue también incluir la prohibición de la pena de muerte en el artículo 102, en la Sección VIII a de la Ley Fundamental,

dentro del marco de la regulación de las «tareas de la comunidad». Debido a la gran importancia de esta prohibición y teniendo en cuenta su -en mi opinión- indiscutible carácter de derecho fundamental, hubiera sido más correcto incluirla en la Sección 1 de la Ley Fundamental a fin de que, en caso de una discusión acerca de una eventual reunificación, la pena de muerte quedara expresamente excluida de la misma.

Finalmente, fue también un «error inicial» no distanciarse más claramente, con formulaciones adecuadas, del pasado nacionalsocialista. Como consecuencia de ello, se acumulan fatales continuidades, tanto en lo material como en lo personal, en la administración pública y en la justicia. Así pudo suceder, entre otras cosas, que de los «jueces» del «Tribunal del Pueblo» -aquel instrumento del terror nazi, que impusiera ilegalmente más de 5.000 penas de muerte- ni uno sólo fuera sometido a proceso penal y condenado en la posguerra.

Efectivamente, la reforma de la Ley Fundamental a través de la legislación sobre el estado de excepción en 1968 constituyó también una fisura. En ese año, se reformó la Ley Fundamental en un punto esencial. Hasta ese momento existía una garantía general de la vía judicial, ya que en el artículo 19 de la Ley Fundamental se decía desde 1949 hasta 1968: «Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial.» Es decir, cualquiera podía recurrir ante los tribunales cuando se sintiera lesionado en sus derechos. Hasta 1968 no existía ninguna limitación a la posibilidad de defenderse frente al Ejecutivo a través del Poder Judicial. Este era un principio de gran importancia desde el punto de vista del Estado de derecho y de la democracia. Lamentablemente, en 1968 este principio fue lesionado y limitado en el sentido de que la garantía de la vía judicial quedaba eliminada por medidas que se realicen como control de la correspondencia postal y de las telecomunicaciones y que, como se dice en el artículo 10 -al cual remite ahora el artículo 19-, «tengan como fin proteger el régimen fundamental de libertad y la democracia o la existencia o seguridad de la Federación o de un Estado federado». De esta manera se confiere a los servicios secretos métodos de espionaje y de vigilancia contrarios al Estado de derecho, ya que queda excluido el control posterior por parte de los tribunales.

Otra quiebra en el desarrollo de la República Federal de Alemania para el afianzamiento de la democracia fue la reforma de la Ley Fundamental con el objeto de posibilitar la creación de tribunales penales militares para los miembros de las Fuerzas Armadas. A pesar de que la jurisdicción penal militar fue permitida

sólo para el «caso de defensa», ya poco después de la reforma de la Ley Fundamental, en el Ministerio Federal de Justicia «se habían realizado amplios trabajos previos para la introducción de una jurisdicción penal militar», tal como se dijo por parte del Ministerio Federal de Justicia en una interpelación parlamentaria en 1984. Sólo a raíz de una fuerte crítica en la opinión pública parece que se dieron por terminados estos «trabajos previos». Pero, al mismo tiempo, no se modificó para nada la macabra situación jurídica en la Ley Fundamental. En verdad, el 40 aniversario de la República Federal de Alemania hubiera sido una buena oportunidad para la eliminación de éste y de los otros puntos oscuros aquí mencionados. Pero para ello faltan los presupuestos políticos.

7. En reiteradas oportunidades usted ha señalado la ineficacia de los tribunales de la República Federal de Alemania para castigar a jueces y juristas que jugaron un papel decisivo en la implantación del régimen nazi. Por otra parte, usted es defensor incondicionado de un derecho penal «humano», opuesto desde luego a la pena de muerte y también a la imposición de la prisión perpetua. ¿Considera usted que debió haberse procesado a todos los culpables principales de la barbarie nazi y, en su caso, cuál debería haber sido la pena que en justicia merecían?

También dentro del marco de un derecho penal humano existe la obligación de someter a juicio y condenar no sólo a unos cuantos, sino a todos los culpables principales de la barbarie nazi. Una privación de la libertad de largos años, conjuntamente con un trabajo de reparación en beneficio de las víctimas del nazismo y sus deudos, hubiera sido la correcta medida de resocialización; y quizás en algunos casos particulares con aspectos especialmente humanos, podría haberse pensado excepcionalmente en indultos, con reducción condicional de la pena y adecuadas medidas de reparación para las víctimas.

8. Uno de los temas ético-jurídicos más discutidos en la actualidad es el vinculado con la prohibición de la producción y comercialización de las drogas. Como es sabido, existe, por una parte, una fuerte corriente de opinión que aboga por la despenalización de estas actividades; por otra, los gobiernos de los países afectados propician más bien una política jurídico-penal que tiende a reforzar las medidas de control con miras a la erradicación total del consumo de drogas. ¿Cuál de estas dos posiciones considera usted más adecuada desde el punto de vista ético-penal?

Actualmente la problemática de las drogas es uno de los ámbitos más difíciles de la ética jurídico-penal. Pero me faltan los conocimientos necesarios para poder dar una respuesta no superficial a esta grave cuestión. Puedo sí señalar sin reservas que, en principio, la aplicación del derecho penal sólo puede ser considerada como medida de *ultima ratio*, ya que las normas del derecho penal son poco sensibles.

B I B L I O G R A F Í A

- 1 9 8 8

Daniel González Lagier, Juan Antonio Pérez Lledó y Ángeles Ródenas Calatayud (coords.)

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN ESPAÑA (1988)

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

ACKERMAN, Bruce A.

Del realismo al constructivismo jurídico (trad. de J. G. López Guix).

Ed. Ariel, Barcelona, 1988, 153 págs.

«Al afirmar que vivimos en un Estado intervencionista -escribe el autor-, pretendo resaltar una característica especial de nuestro comportamiento: una conciencia de que la estructura misma de nuestra sociedad depende de un continuo flujo de decisiones voluntarias realizadas por funcionarios políticamente responsables (...). Es en este contexto de percepción social -un contexto que alcanzó su realidad histórica durante la administración de Franklin Roosevelt- donde pretendo situar la evolución de la cultura legal (...). El crecimiento del Estado intervencionista no sólo ha forzado a los juristas a razonar sobre nuevos modelos objetivos, sino que también los está conduciendo a revisar el mismo modelo de un «fundamento de hecho» profesionalmente competente. La profesión no sólo se ha visto obligada a reconocer la legitimidad de nuevos valores; los juristas están también empezando a concebir de modo novedoso la misma controversia sobre los valores (...). En realidad, lo que estamos presenciando es el nacimiento de una forma diferente de discurso jurídico: una retórica profesionalmente estabilizada que un número cada vez mayor de abogados estará obligado a dominar si espera traducir los agravios de sus clientes a un lenguaje que aquellos que detentan el poder han de encontrar convincente, un nuevo lenguaje de poder basado en un conjunto diferenciado de actitudes hacia el hecho y el valor que llamaré «constructivismo legal» (...). Por ello, mi primera tarea será inducirles a suspender la incredulidad naturalmente provocada por mi tesis y explicar por qué nuestra generación ha sido puesta a prueba por la historia para que se comprometa en un raro acto de creación colectiva: construir un nuevo lenguaje de poder que satisfaga las aspiraciones de nuestros ciudadanos. Para ello, será necesario que empecemos mirando hacia atrás, hacia los esfuerzos de una generación anterior de juristas por comprender el New Deal y sus consecuencias (...). Por tanto, el capítulo 2 presenta una reinterpretación del movimiento jurisprudencial que alcanzó su punto culminante con el New Deal: el realismo jurídico. Durante la década de los treinta, los realistas se presentaron a sí mismos (y fueron considerados de modo general) como los *enfants terribles* de la profesión, dedicados a desenmascarar con efecto apreciados mitos legales (...). A medio siglo de distancia, el realismo se nos presenta como un movimiento de lo más conservador y en absoluto tan radicalmente iconoclasta (...). En lugar de transformar el discurso jurídico tradicional (...), en vez de impulsar a los juristas a enfrentarse a los claros retos planteados por el surgimiento de un Estado intervencionista, el realismo permitió que la profesión los eludiera con buena conciencia.»

«El capítulo 3 pretende precisamente hacer hincapié en estas evasivas, trasladándose de la reflexión histórica a una forma de análisis más conceptual. Mi propósito es explorar, en términos generales, el modo en que la legitimidad de un Estado intervencionista remodela de modo fundamental el lenguaje familiar de la agenda del jurista y obliga a la profesión a plantear nuevas preguntas de un modo también nuevo dentro de un marco institucional cambiante. Sólo entonces estaremos en posición de entender cómo las formas nacientes de constructivismo desestabilizan la adaptación realista al New Deal y permiten una comprensión más profunda del mundo legal intervencionista en el que nos encontramos. El capítulo 4 describe el modo en que el nuevo discurso jurídico redefine la noción

misma de un «fundamento de hecho» competente. El capítulo 5 trata de las perplejidades generadas por la nueva forma de discusión sobre el valor legal. El ensayo finaliza con algunas visiones del futuro debate jurídico.»

(Josep Aguiló Regla)

ALARCÓN CABRERA, Carlos.

El Derecho como tipo de ordenamiento social en Theodor Geiger.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 225-242.

Este artículo se estructura en cinco apartados. En el primero de ellos (*Concepto de interdependencia y causas de aparición de los ordenamientos sociales*) se analiza la relación que según Geiger existe entre la noción de sociedad humana y el hecho de que, en su existencia, los hombres «se adaptan unos a otros jerárquicamente y dependen unos de otros (...). La tarea de la sociología no es, por tanto, para Geiger, estudiar el porqué de la naturaleza social del hombre, sino partir de ese hecho para comprender el origen de los ordenamientos sociales».

En efecto, en la vida en comunidad se suceden las acciones sociales y las reacciones sociales. «Ante ello, el individuo programa su conducta según piense que le responderán los demás, creando modelos de conducta. El conjunto de las implicaciones recíprocas entre los individuos que se producen como consecuencia de los modelos de conducta conforman, para Geiger, la coordinación de la conducta, que es la base del ordenamiento social. El ordenamiento y la forma de vida social en la que dicho ordenamiento posee vigencia se condicionan entre sí y nacen simultáneamente (...).»

En el segundo apartado (*Significado y caracteres de un ordenamiento social*) el autor se centra en dos principios que, a juicio de Geiger, son definitorios de los ordenamientos sociales: el principio de no identidad de las conductas y el principio de no regularidad de las acciones. Respecto del primero señala que la concurrencia en los ordenamientos sociales de la relación constante entre una serie de relaciones y los correlativos modelos de conducta «conlleva que todo individuo perteneciente a un grupo espere determinadas conductas de los demás. Pero esta expectativa no significa que el comportamiento de todos los individuos sea siempre idéntico ante las mismas situaciones (...). Ahora bien, para que el hecho del desigual comportamiento no contradiga el ordenamiento social, éste debe haber regulado cuando existe una diferencial entre las personas, cuando es relevante una diferencia (...).»

El principio de no regularidad de las acciones implica que, a diferencia de lo que ocurre con las leyes de la naturaleza, en las normas sociales no siempre una determinada situación se relaciona con su correlativo modelo de conducta, por que, si una conducta que se introduce como modelo a seguir fuera regularmente seguida ante una determinada situación, no haría falta ordenarla.

En el tercer apartado (*Significado de la norma de un ordenamiento social; la noción de vinculatoriedad u obligatoriedad*) el autor sostiene que «frente a las teorías sociológicas del derecho, que, críticas con la representación del ordenamiento social como sistema de normas, se centran en la realidad social y en el ordenamiento considerado en su totalidad, Geiger propone una vuelta atrás para recoger y readaptar el concepto de norma, de forma que ésta se asuma como una realidad por sí misma y no como simple integrante del mecanismo global del ordenamiento social (...).»

En el cuarto apartado (*El Derecho y los demás ordenamientos sociales*) se exponen las diferencias, nunca nítidas, entre el ordenamiento jurídico y los demás ordenamientos sociales, haciendo hincapié, fundamentalmente, en que en el primero existe un aparato especial y unos órganos propios que lo respaldan.

Finalmente, en el último apartado (*Conclusiones*), se mencionan las principales consecuencias que se

deducen de la diferencia cualitativa que, según Geiger, distingue al derecho de los ordenamientos sociales, para finalmente tratar de extraer algunas conclusiones generales.

(Ángeles Ródenas Calatayud)

ALCHOURRÓN, E., y MARTINO, A.

Lógica sin verdad.

Theoria, San Sebastián, núms. 7-9, 1987-1988, págs. 7-43.

«Si la implicación lógica tiene lugar entre enunciados verdaderos o falsos y los directivos no tienen valores de verdad habrá que concluir que una lógica de normas no es posible. Por lo tanto, o las relaciones lógicas se dan entre enunciados susceptibles de verdad o falsedad y entonces no existe una lógica normativa o las relaciones lógicas se aplican también a las normas, pero entonces la lógica no se ocupa sólo de inferencias entre enunciados verdaderos o falsos.» Partiendo de este dilema -que es conocido como el dilema de Jorgensen- los autores analizan las diversas alternativas para la solución del mismo. Estas son las siguientes: *a)* aquellas posturas que sostienen la validez del primer cuerno del dilema y, por tanto, niegan que sea posible una lógica de las normas; *b)* las posturas que aceptan que las normas no tienen valor de verdad o falsedad pero, o bien sus relaciones lógicas pueden ser explicadas por medio de proposiciones normativas que describen normas, o bien son susceptibles de otro tipo de valores, distintos de la verdad o falsedad, pero también incompatibles entre sí y necesariamente adscribibles a cada norma (estos valores serían de validez e invalidez, según la posición más extendida); *c)* las posturas que reconociendo la condición a-lógica de las normas pretenden reconstruir su racionalidad y los comportamientos deónticos adecuados a partir de la racionalidad del legislador; *d)* la postura que niega la afirmación según la cual las normas no son susceptibles de verdad o falsedad (es decir, no aceptan la validez del primer cuerno del dilema); para estos autores (como son los cognocitivistas éticos) las normas son verdaderas o falsas porque describen hechos normativos particulares, como tener un deber; y *e)* la postura de quienes pretenden desarrollar la teoría semántica de los mundos posibles «para explicar en qué mundos las normas pueden decirse verdaderas o falsas, en el sentido específico en que se habla de verdad o falsedad con respecto a un mundo». A continuación, los autores proponen una nueva solución al dilema. Para ellos la tradición de la lógica ligada a las condiciones de verdad no agota la noción de lógica. La solución consistiría, entonces, en sostener «que las normas tienen una lógica y que para caracterizarla no es necesario apoyarse en las nociones de verdad y falsedad», sino que «basta con partir de una noción abstracta de consecuencia» y definir las nociones semántica y sintáctica a partir de ella, en lugar de definir la noción sintáctica de consecuencia partiendo de la noción semántica.

Para los autores la noción abstracta de consecuencia -que toman de Tarski- puede definirse como «una operación que se hace sobre conjuntos de enunciados en un lenguaje cualquiera sea éste, y que da como resultado un conjunto de enunciados del lenguaje».

A partir de aquí se pueden definir los operadores lógicos «del mismo modo como se puede dar sentido a los enunciados, simplemente dando las reglas para su uso» en el contexto en el que se los quiera introducir (lo que equivale a dar las reglas para introducir y eliminar las proposiciones en las que figuran esos signos lógicos).

Una vez superado de esta forma el dilema «la lógica no se refiere, exclusivamente, a las proposiciones que son verdaderas o falsas, sino a todas aquéllas de las cuales se consigue dar reglas precisas sobre el uso dentro de un contexto», por lo que queda abierto el campo para la lógica deóntica y otras

«expresiones que desde Aristóteles habían sido colocadas fuera» de ella.

(Daniel González Lagier)

ALEXY, Robert.

Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica.

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 139-151.

Este artículo parte de la pregunta: «¿Existe para todo caso jurídico una única respuesta correcta?» Como es sabido la respuesta de Dworkin es afirmativa, al contraponer al modelo de sistema jurídico compuesto por reglas propio del positivismo jurídico un modelo que incluye tanto reglas como principios; éstos, según Dworkin, permiten la existencia de una respuesta correcta aun en aquellos casos en los que no es proporcionada por las reglas.

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

Para el autor el núcleo de la diferencia entre reglas y principios radica en que mientras los principios son mandatos de optimización, es decir, normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible y que, por tanto, pueden ser cumplidas en diversos grados, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno, en un grado determinado. Para que se cumpla la tesis de la única respuesta correcta debería establecerse un orden estricto entre los principios, es decir, un orden que expresara una escala de prioridades. Sin embargo, «el programa de semejante orden cardinal fracasa ante los problemas de una medición del peso y de la intensidad de realización de los principios jurídicos o de los valores jurídicos, que sea más que una ilustración de un resultado ya encontrado». No obstante, cabe establecer un orden débil que considere los siguientes elementos: 1) un sistema de condiciones de prioridad bajo las que un principio prevalece sobre otro, condiciones que pueden establecerse con ocasión de las decisiones para casos concretos; 2) un sistema de estructuras de ponderación, como los principios de adecuación y necesidad y la siguiente «ley de ponderación»: «cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro», y 3) un sistema de prioridades *prima facie*.

Pero con un orden débil tampoco cabe afirmar la tesis de la única respuesta correcta. Para ello, opina el autor, hay que tener en cuenta que un modelo adecuado de sistema jurídico debe incluir, además de reglas y principios, «una teoría de la argumentación jurídica, que dice cómo, sobre la base de ambos niveles, es posible una decisión racionalmente fundamentada». Una teoría de la argumentación jurídica conduce a la cuestión de la posibilidad de fundamentar racionalmente juicios morales, debido a que los principios exhiben un contenido moral. A través de una teoría del discurso práctico racional podría llegarse a afirmar la existencia de una única respuesta correcta para cada caso, pero sólo, según el autor, dadas ciertas condiciones ideales. Por ello, la tesis de la única respuesta correcta es una idea

regulativa que «presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta».

(Daniel González Lagier)

ÁLVAREZ, Norberto.

De la necesidad de aceptación social al sentimiento de justicia: un intento de explicación psico-sociológica de los valores.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 427-439.

En este artículo se ofrece una perspectiva de la justicia distinta de la de aquéllos que la consideran «como algo objetivo, como captable por la razón y, en consecuencia, nunca reducible a una mera sensación psicológica». En palabras del autor: «El problema que yo plantearía inicialmente es el de si la justicia, que se nos presenta como valor dotado de objetividad y existencia autónoma está en realidad dotado de objetividad y existencia independiente del sujeto que lo aprecia, o queda, por el contrario, reducido a una sensación del sujeto. Si esto fuera así, no sólo la justicia, sino también, y antes, la dignidad humana, como precedente lógico que es de la misma quedarían reducidas a una sensación con pretensiones de realidad. Es decir, no una mera sensación de la que se sabe su mera existencia mental, semejante al caso del número, sino una sensación, como tal psicológica, pero que se siente como reflejo de la realidad exterior.»

En este sentido el autor sostiene que «la captación de la justicia no consiste, pues, en una apreciación racional, ni intelectual, ni en una intuición sentimental, que, aunque por medio del sentimiento, descubre algo -el valor- objetivamente existente. Según la postura aquí defendida -continúa-, la justicia, como los demás valores, son siempre una sensación de agrado (no cualquier sensación de agrado es un valor) recibida por el sujeto. Y en el caso de la justicia tiene, entre otros motivos, la consideración de que la práctica de tales conductas (tenidas como justas) motiva la aceptación social.» De esta forma, la justicia «queda reducida a un sentimiento» que se caracteriza por resultar una sensación agradable referida a una conducta y derivada «de pensar que la conducta justa motiva la aceptación social». Además se requiere, según el autor, que «se capte también un valor en los sujetos sociales», es decir, que se tenga aprecio por el grupo social en el que se produce la aceptación. Este aprecio «puede consistir en mera consideración social o puede constituir una manifestación de amor». A continuación el autor intenta delimitar el ámbito de la moralidad y el de la justicia, admitiendo que ésta se enmarca en aquélla. Como notas centrales de la conducta moral establece las siguientes: *a)* su carácter altruista; *b)* «que los sujetos favorecidos por la conducta sean aquellos que, de alguna manera, la sociedad valora o quiere», y *c)* «la idea de cumplimiento moral se piensa como conducta que vence tendencias contrarias a ella». Pero para que una conducta moral sea también justa, además de estas notas, ha de darse la nota de exigibilidad -es decir, «que la conducta merecida pueda ser pretendida por el beneficiario de la misma»-, «en un sentido no sólo actual, sino también potencial».

(Daniel González Lagier)

ÁLVAREZ, Norberto.

Derecho y moral: anotaciones críticas al criterio de diferenciación.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 411-422.

«Este será el objetivo principal de nuestro estudio -dice el autor-: saber por qué debe existir Moral frente a Derecho; y unido a esto acercarnos, si bien superficialmente, a lo que deben ser los contenidos de tales normativas.»

En primer lugar, el autor repasa algunos puntos que considera más conflictivos de la «caracterización Moral- Derecho» y hace notar «cómo incluso la concepción positivista del Derecho defiende la vinculación del concepto del mismo a la ley moral, aunque llamándola «norma fundamental» y concediéndole, como se ve, el carácter de hipotética». Como criterio de identificación entre moral y Derecho el autor propone en este artículo el siguiente: «el Derecho busca la paz social, un orden de convivencia en el cual sea posible la realización personal; la moral busca el perfeccionamiento ético del propio individuo». Entre uno y otro ordenamiento, así diferenciado, puede darse un «continuo paso de normas», que puede explicarse dada la variabilidad de la escala de valores vigentes. «A mayor valoración de la libertad personal -entendida como «libertad de» y, en consecuencia, como conducta no dirigida por el Estado- más amplio será el margen de moralidad.» Tras realizar esta «justificación de las normativas Derecho-Moral desde perspectivas axiológico-objetivas» el autor sostiene que «la aparición y evolución de la normativa moral frente a la jurídica tiene una explicación puramente sociológica, unido al hecho (...) de que los valores éticos están constituidos por sentimientos agradables, en tanto y en cuanto, por medio de las conductas a las que están referidos (conductas valiosas), nos sentimos aceptados por la sociedad».

(Daniel González Lagier)

ANUARIO VASCO DE SOCIOLOGÍA DEL DERECHO

Ed. Laboratorio de Sociología Jurídica, San Sebastián, núm. 0, 1988, 114 págs.

La Introducción del Anuario recoge los siguientes apartados: I. Creación del Laboratorio de Sociología Jurídica en San Sebastián. II. Actividades docentes. III. Investigaciones empíricas. IV. Cursos monográficos. V. Participación en congresos internacionales. VI. Publicaciones del laboratorio. VII. Organización de jornadas y simposios. VIII. Personal del laboratorio. IX. Financiación.

ESTUDIOS:

1. Aproximación sociológica a la aplicación de la justicia en el País Vasco. Sumario: 1. Objeto de la investigación y cuestiones del Estado. 1.1 Obtención de datos y evaluación por el Instituto Vasco de Criminología (IVAC). 1.2. Marco de referencia teórica para el análisis secundario de datos referentes a los procesos crimino lógicos. 2. Instituciones de control social formal. 2.1. Justicia. 2.1.1. Competencias de los Juzgados. 2.1.2. Mayoría de edad penal. 2.1.3. Análisis de la justicia española. 2.2. Policía. 2.2. 1. Análisis de términos. 2.2.2. Relación de los vascos con la policía. 3. Análisis empírico de las sentencias en materia penal. 3.1. Evaluación de los datos. 3.2. Estructuración por «delinquentes» y «delitos». 3.3. Relevancia social de la criminalidad enjuiciada. 3.4. Puntos de referencia para una explicación alternativa del resultado y de las consecuencias del control social formal. 3.5. Análisis esquemático de la «delincuencia juvenil». 3.6. Prisión preventiva. 3.7. Penas privativas de libertad. 4. Problemas de la representación oficial de la delincuencia derivada de las condiciones socioeconómicas e institucionales del control social en Euskadi. 2. Desde las cofradías de pescadores vascos. ¿Un ordenamiento alternativo? Sumario: Preliminares. -Introducción. -Origen histórico y características de las cofradías. A) Origen histórico. B) Características actuales. Estructura del sector. -Comisiones y criterios de resolución. -Ubicación geográfica del sector. -Aproximación sociológica. -Procedimientos alternativos. 1. Clases de conflictos. 2. Cantidad de conflictos. 3. Cantidad del uso del conflicto. 4. Cualificación de las personas o institución que interviene. 5. Su orientación normativa. 6. Procedimiento de resolución del conflicto. I.A). Conflictos. I.B). Órganos de resolución. I.C). Sanciones. 2. Rotura de redes. 2.A). Conflictos. 2.B). Órganos de resolución. 2.C). Decisiones de la comisión y sanciones. 3. Artes y zonas de pesca. 3.A). Conflictos. 3.B). Órganos de resolución. 3.C). Sanciones. 7. Éxito de la intervención. 8. Efecto generalizador. Jurisdicción e instancias jurisdiccionales o que han desempeñado esta función. La pesca, los arrantzales y sus cofradías: su regulación jurídica.- El informe COMINMAR.- Aproximación a una valoración del sistema.- Los arrantzales y su autonomía.- Intereses de los armadores.- Intereses de los tripulantes. 3. Sobre la función de los procedimientos extrajudiciales de resolución de controversias. Sumario: I. Los procedimientos judiciales como instrumento de equiparación social. 2. El procedimiento judicial como justicia de clase. 3. El procedimiento judicial como mitificación. 4. El procedimiento judicial como mecanismo de eliminación de protestas. 5. El procedimiento judicial como instrumento de regulación central.

COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO

Reflexiones acerca de la obra: «Sociología de las innovaciones jurídicas.» Sumario: A) La creación de nuevas formas de empleo. Introducción. a) El desempleo laboral. b) Nuevas formas de creación de empleo: concepto, características y causas. c) Organismo de asesoramiento y financiación.

Resumen-conclusión. *B)* Las nuevas formas de resolución de conflictos matrimoniales. Introducción.
a) La conciliación concepto, origen y requisitos. *b)* Ventajas de la conciliación. *c)* Experiencia en Alemania. Resumen-conclusión.

AÑÓN, M. J.; BEA, E.; LÓPEZ, C.; DE LUCAS, J.; y VIDAL, E.

Las asociaciones profesionales en el ámbito de la Administración de Justicia (jueces, magistrados y fiscales).

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 155-193.

«Nuestro trabajo -dicen los autores- pretende ofrecer una modesta muestra de cómo el objetivo prioritario para la Sociología del Derecho -la comprensión de las condiciones bajo las que se desarrolla el trabajo del jurista- es una condición previa para el conocimiento y la crítica - por ende, para la pregunta acerca de la justificación- de la función judicial hoy, lo que constituye tarea irrenunciable del filósofo del Derecho.»

El artículo se compone de los siguientes apartados:

I. Sociología judicial y estudios sobre asociacionismo. Antecedentes.- I.1. Introducción.- 1.2. *La sociología judicial y los estudios sobre asociacionismo en Italia. Treves.*- 1.3. *Sociología de la magistratura: un problema por estudiar en España.*

II. El asociacionismo judicial en España, hoy.- II.1. *Antecedentes: de justicia democrática a las asociaciones actuales.*- II.2. *La evolución desde 1987.*- II.3. *El papel del Consejo General del Poder Judicial en relación con las asociaciones judiciales.*

III. Asociacionismo en el ámbito fiscal.- III.1. *La peculiaridad del ámbito fiscal.*- III.2. *El desarrollo de las asociaciones de fiscales en España. Una introducción.*

(Daniel González Lagier)

ATIENZA, Manuel.

L'analogie en droit.

Revue Interdisciplinaire d'études juridiques, Bruselas, núm. 21, 1988, págs. 33-56.

Este artículo parte de la constatación de que «la noción de analogía es de difícil o de imposible definición, en cuanto que 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» y parecen compartir, al menos, un mismo rasgo: la idea de semejanza o similitud». En este sentido, el autor distingue tres nociones de analogía: *a*) como relación de semejanza, esto es, como atributo que se predica de ciertos términos que no son ni unívocos ni equívocos (la analogía de atribución de los escolásticos); *b*) como proporción, es decir, como semejanza de relaciones; y *c*) como argumento que permite pasar de lo particular a lo particular. El objeto central de este trabajo lo constituye el razonamiento por analogía (noción *c*) 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 analiza una serie de concepciones (las «más características del último medio siglo») sobre el razonamiento jurídico por analogía, como son las de Bobbio, Klug, Alchourrón, Alexy, Perelman y la elaborada por Reisinger utilizando la teoría de los subconjuntos borrosos.

Finalmente, el autor incluye quince conclusiones relativas, no a los autores analizados, sino al tema objeto de estudio. Entre estas conclusiones pueden destacarse las siguientes: 4.^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, deontica, inductiva, de probabilidad o de lo borroso; 6.^a la analogía permite resolver uno de los problemas básicos de cualquier ordenamiento jurídico: la innovación del sistema conservando su estructura; 8.^a el uso de la analogía implica creación o innovación del Derecho, pero la analogía no es fuente del Derecho; lo que aquí puede considerarse fuente es la norma o principio que se crea a través del procedimiento analógico; 9.^a el recurso a la analogía no supone necesariamente la existencia de una laguna, y 14.^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.

(Daniel González Lagier)

ATIENZA, Manuel.

Teoría y técnica de la legislación.

Theoria, San Sebastián, núms. 7-9, 1987-1988, págs. 435-447.

«Los estudios de la legislación -opina el autor- parecen enfrentarse, en esta fase incipiente de su desarrollo, con tres tipos de problemas distintos, a los que debe hacerse frente de una u otra forma. El primero es el de buscar una unidad o, al menos, una cierta articulación entre saberes tan heterogéneos como los aquí implica dos, evitando la apelación a esquemas vagamente interdisciplinarios. El segundo es el de definir el estatuto epistemológico de este tipo de estudios precisando, quizá, la distinción entre *técnica* y *teoría*. Y el tercero es el de evitar el uso de ambas como *ideologías* destinadas no a *superar* la crisis, sino a enmascararla; me parece que una actitud de este tipo es la que asumen quienes pretenden que la crisis actual del Derecho, la *crisis de la legislación*, es una crisis “de crecimiento” que se corrige simplemente *mejorando la calidad técnica de las leyes*.» El autor propone, para hacer frente a este triple desafío, partir de la idea de *racionalidad* o *racionalización*. En este sentido distingue «cinco modelos, ideas o niveles de racionalidad: una *racionalidad comunicativa* o *lingüística* (R1), en cuanto que el emisor (edictor) debe ser capaz de transmitir con fluidez un mensaje (la ley) al receptor (el destinatario); una *racionalidad jurisdiccional* (R2), pues la nueva ley debe insertarse armoniosamente en un sistema jurídico una *racionalidad pragmática* (R3), pues la conducta de los destinatarios tendrá que adecuarse a lo prescrito en la ley; una *racionalidad ética* (R5), pues las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética». A continuación el autor desarrolla un breve análisis de tipo interno de cada uno de estos niveles, llegando a las siguientes conclusiones:

a) En el nivel R1 «cabe decir que una ley es *irracional* (o, no racional, o no plenamente racional) si y en la medida en que fracasa como acto de comunicación». Incrementar la racionalidad en este nivel requiere (da utilización de conocimientos procedentes de la lingüística, la lógica, la informática o la psicología).

b) En el nivel R2 «puede decirse que la ley es irracional si y en la medida en que la misma contribuye a erosionar la estructura del ordenamiento jurídico». Incrementar la racionalidad en este nivel supone mejorar lo que usualmente se llama «técnica legislativa», lo que debe hacerse adecuando los conocimientos de la dogmática jurídica al contexto de producción de las leyes y ampliándolos con un amplio uso del Derecho comparado de la teoría general del Derecho (...) o de la lógica jurídica.

c) En el nivel de la racionalidad pragmática (R3) «si y en la medida en que fracasa como directiva, esto es, en su propósito de influir en el comportamiento humano (...). Las técnicas para reducir la irracionalidad en el nivel R3 tendrán que provenir de disciplinas como la ciencia política, la psicología y, sobre todo, la sociología».

d) «En el nivel R4, cabe decir que una ley es irracional si y en la medida en que no produzca efectos o produzca efectos no previstos y que no puedan tampoco considerarse como deseados o deseables. Para evitar estas situaciones habrá que acudir a la sociología de la organización, al análisis económico del Derecho, a las teorías de la implementación.»

e) Por último, «en el nivel RS, una ley es irracional si no está justificada éticamente, bien porque la

haya dictado quien carece de legitimación ética, bien porque prescribe comportamientos inmorales (o porque no prescribe lo que moralmente sería obligatorio que prescribiese), bien porque persiga fines ilegítimos. En el estudio de los problemas de la racionalidad ética, el papel rector debe cumplirlo la filosofía del Derecho, de la moral y de la política, pero existen muchas otras disciplinas (por ejemplo, la sociología) que juegan aquí un papel auxiliar, aunque imprescindible.»

(Daniel González Lagier)

ATIENZA, Manuel. *Discutamos sobre paternalismo*.

GARZÓN VALES, Ernesto: *Sigamos discutiendo sobre el paternalismo*.

DIETERLEN, Paulette: *Respuesta a M. Atienza*.

CAMPS, Victoria: *Sigamos discutiendo*.

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 203-225.

En estos artículos se recoge una polémica acerca del concepto y la justificación del paternalismo que comienza con el texto de M. Atienza, en el que este autor hace algunas consideraciones en relación con los artículos sobre el mismo tema de Ernesto Garzón Valdés (*¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*), Paulette Dieterlen (*Paternalismo y Estado de Bienestar*) y Victoria Camps (*Paternalismo y bien común*), publicados también en el número 5 de Doxa.

Atienza propone una definición de paternalismo «que incluya (por tanto, no que coincida exactamente) con las sugeridas, explícita o implícitamente por los tres» (...): «Una conducta (o una norma) es paternalista si y sólo si se realiza (o establece): *a*) con el fin de obtener un bien para una persona o grupo de personas y *b*) sin contar con la aceptación de la persona o personas afectadas (es decir, de los presuntos beneficiarios de la realización de la conducta o de la aplicación de la norma).»

Esta definición de paternalismo, a su vez, «sugiere la siguiente definición de paternalismo justificado éticamente: Una conducta o una norma paternalista está justificada éticamente si y sólo si: *a*) está realmente encaminada hacia la consecución del bien objetivo de una persona o de una colectividad; *b*) los individuos o la colectividad a quien se aplica o destina la medida no pueden prestar su consentimiento por poseer algún tipo de incapacidad básica -transitoria o no-, y *c*) se puede presumir racionalmente que estos prestarían su consentimiento si no estuvieran en la situación de incapacidad indicada en *b*) y por tanto, conocieran cuál es realmente su bien». En definitiva, la concepción de este autor sobre el concepto y la justificación del paternalismo «consiste en combinar una definición amplia -lo más amplia posible- de paternalismo, con un criterio estricto -lo más estricto posible- de justificación ética de acciones o normas paternalistas».

Garzón Valdés objeta a la propuesta de definición común que realiza Atienza el que se haga referencia en ella a la obtención de un bien-él habla de evitar un daño- y considera, además, respecto al concepto de consenso racional (que Atienza entiende que no ha sido suficientemente tomado en cuenta por los otros tres autores como criterio para la determinación de cuáles son los bienes primarios y quienes son los incompetentes básicos), que este concepto se encuentra reflejado en algunos casos de incompetencia básica citados en su artículo y, por tanto, ha sido tenido en cuenta.

Paulette Dieterlen centra su réplica en la aclaración de la ambivalencia que Atienza le objetaba -al igual que a Victoria Camps- en la distinción entre buen y mal paternalismo, en «el problema de las preferencias» (Atienza opina, en contra de ella, que hay casos de paternalismo en los que no se consideran las preferencias de una persona) y en la cuestión de la pluralidad de criterios para justificar una acción paternalista. Para Atienza esto suponía actuar de manera oportunista en el terreno de la ética, mientras que esta autora prefiere hablar de «justificación pragmática».

Victoria Camps, por último, centra su respuesta, por un lado, en la definición de paternalismo en términos de libertad negativa y positiva, que considera válida para «los ejemplos que hablan de personas sanas, fuertes, normales, o con capacidad para llegar a serlo», y, por otro, en su opinión de que «no es posible dar un criterio seguro a partir del cual sea fácil decidir no sólo cuáles son los bienes básicos indiscutibles, sino las prioridades que debe haber en ellos y la forma en que deben ser administrados» y de que habrá que partir de los bienes primarios que señalan las teorías éticas contemporáneas y de los derechos fundamentales.

(Daniel González Lagier)

BARATTA, Alessandro.

La vida y el laboratorio del Derecho. A propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal.

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 275-295.

El Derecho, en cuanto que es el resultado de una producción consistente en la reelaboración de la realidad y del significado social de la acción (es, en este sentido, una «construcción de segundo grado»), se encuentra en una relación de abstracción respecto de lo real que pone de manifiesto la existencia de una distancia entre lo abstracto y lo concreto.

En el proceso penal esta distancia se hace más evidente porque constituye un «laboratorio de transformación teatral» en el que se transcriben las situaciones conflictivas concretas a puestas en escena preordenadas y los actores comprometidos a roles estandarizados. Igualmente, la imputabilidad y la culpabilidad son meros juicios «atributivos» -no descriptivos- que se hacen derivar no de hechos, sino de tipos de hecho (figuras delictivas). Por otra parte, señala el autor, «no se ve cómo la culpabilidad, de la que no es posible medir objetivamente su grado en el proceso, pueda ser un límite de la responsabilidad penal y cumplir una función de garantía a favor del procesado en relación con formas subjetivas, intuitivas y presuntivas de determinación de ella».

De este modo, entre la investigación extraprocesal de la verdad y la averiguación de la verdad procesal se abre un abismo motivado por la trasposición de las variables, situación y comportamiento individual en la función que opera en la realidad -comportamiento individual = f (situación) - y que se toma como referente -inverso- en el Derecho -situación = f (comportamiento individual). Así, en el proceso penal «los conflictos no pueden ser arreglados o resueltos, sino únicamente reprimidos». Pero la técnica del proceso como representación debe ser mantenida porque resulta indispensable para la limitación de la responsabilidad penal. Ahora bien, para proporcionar una respuesta preventiva y retributiva -no represiva-, la interpretación se ha de centrar sobre el contexto, no sobre el acto. Para ello se propone la adopción de una actitud de conciencia, por parte de los juristas, acerca de la distancia que separa el aparato jurídico de la realidad («opción crítica», no ideológica). Se trata de la participación de los actores y del público en la obra de reforma de los mecanismos de la justicia; se trata de la ironía («vivir viéndose vivir») y para alcanzarla, la escuela que se propone no es nueva: la historia, la ciencia social y la sabiduría popular existen ya y pueden traer consigo la transformación en el teatro de la crítica de la realidad, en un lugar de emancipación.

(Antonio Doval)

BARRAGÁN, Julia.

A propósito de «El concepto de estabilidad de los sistemas políticos», de Ernesto Garzón Valdés.

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 331-335.

Este texto recoge unos apuntes sobre el trabajo de Ernesto Garzón Valdés «El concepto de estabilidad en los sistemas políticos» (hay reseña en la sección bibliográfica de Doxa, núm. 5, 1988). «En el tema de las relaciones entre la legitimidad y la estabilidad -dice la autora-, los filósofos contemporáneos han asumido dos posiciones: un grupo piensa que estos conceptos están estrechamente asociados, al punto que resulta casi imposible establecer diferencias claras entre ellos. Otro grupo, postula la necesidad de una clasificación rígida y exacta, que distinga, definitivamente, entre uno y otro.» Garzón Valdés, por su parte, en opinión de la autora, «inaugura una posición diferente de ambas corrientes: mientras sostiene la tesis de que la legitimidad no es una condición suficiente, ni necesaria para la estabilidad, acepta, de cara a la realidad política de nuestro tiempo, las dificultades instrumentales y las ambigüedades que conlleva la empresa de diferenciarlas analíticamente».

El trabajo de Garzón Valdés se apoya en la tesis de la independencia entre legitimidad y estabilidad. La estabilidad se configura como una propiedad previsible; ahora bien, la autora considera que Garzón Valdés minusvalora la importancia de la legitimidad para la predicción de la estabilidad de un sistema. Si la legitimidad es un elemento a tener en cuenta para esta predicción (lo que se desprende de que una circunstancia a tener en cuenta para ella sea la capacidad de rendimiento del gobierno a fin de no frustrar las expectativas, ya que «tanto las expectativas como la capacidad de rendimiento del gobierno están animadas de un valor ético», lo que las introduce en la esfera de legitimidad) «algún vínculo tiene que ligar a la legitimidad, o a su falta, con la estabilidad, ya que no hay predicción posible entre condiciones totalmente independientes».

Por último, la autora considera que cabría definir una nueva relación entre legitimidad y estabilidad, la de «formar parte de la función predictora de», y observar que, «bajo ciertas circunstancias, la legitimidad tiene una presencia mayor en la función de predicción de la estabilidad, mientras que otras veces prácticamente desaparece».

(Daniel González Lagier)

BARRAGÁN. Julia.

El control automatizado de la coherencia de los sistemas de normas.

Theoria, San Sebastián, núms. 7-9, octubre 1987-septiembre 1988, págs. 515-526.

Partiendo -en primer lugar- de que toda decisión racional, a la vez que se apoya en la información proporcionada por los datos, sirve para incrementar el contenido informativo de los mismos y -en segundo lugar de que el sistema de normas constituye el dato fundamental en el proceso de toma de decisiones jurídicas, la autora se ocupa en este artículo de los medios de control y mejora de la coherencia de los sistemas normativos, dado que ésta es una de las características necesarias para «una improblemática derivación de consecuencias». En opinión de la autora «para hacer uso de los métodos más eficaces en el logro de estos propósitos, es necesario asumir una actitud realista que permita la correcta caracterización del problema y de las dificultades que el mismo entraña».

«Una primera dificultad -continúa- surge del hecho de que cualquier recorrido que quiera hacerse por las redes del sistema de normas, especialmente teniendo en cuenta la temporalidad de las leyes, supone árboles de un volumen y complejidad tal, que no es posible manejar bajo las actuales condiciones de la técnica. Esto lleva a restringir el universo mediante procedimientos de reducción que permitan trabajar con órdenes parciales. Las estrategias metodológicas más aptas para atacar esta dificultad son las que se apoyan en la crítica racional con base en la intuición jurídica estructurada con categorías lógico-jurídicas, y tienden a producir una selección y ordenamiento desde el plano de los requerimientos reales de un decisor jurídico.»

Otra cuestión a tener en cuenta es que «la naturaleza del problema de detectar inconsistencias reclama prevalentemente de métodos que se apoyan en el aprovechamiento de los medios automatizados». La selección de los más adecuados habrá de hacerse teniendo en cuenta «el carácter blando del orden en el sistema de normas, y en consecuencia, la forma no secuencial de las soluciones posibles» (en opinión de la autora, los juristas entienden «orden» no en un sentido estricto que implica plenamente las propiedades de asimetría, transitividad y conexión, sino en un sentido más débil «en el que sólo la asimetría y la reflexividad se encuentran preservadas»).

Una vez que la inconsistencia ha sido «descubierta» es necesario «decidir el grado de relevancia que la misma tiene para el sistema, y luego decidir qué se hace con tal inconsistencia». «En este punto -afirma la autora- se convierte a las relaciones del sistema en un lenguaje objeto, y a la propiedad de inconsistencia del sistema en un asunto acerca del cual se propondrá una tesis. Esta tesis acerca de la propiedad del sistema es metasistemática y sólo puede ser expresada en un lenguaje acerca del lenguaje objeto. No hay dudas que ese lenguaje estará muy cerca de la intuición de juristas y lógicos del Derecho.»

La autora concluye afirmando que «los procesos automatizados de control de coherencia de un sistema de normas se inhiben como un importante recurso para facilitar las decisiones jurídicas y servir de apoyo a la creación legislativa. Sin embargo, su real y eficaz implementación requiere de importantes esfuerzos teóricos y organizativos que sólo son viables si se produce la interacción creativa de los planos que se han señalado».

(Daniel González Lagier)

BEA, Emilia; LÓPEZ TERRADA, Carmen; LUCAS, Javier De; y VIDAL, Ernest.

El asociacionismo judicial en España. Notas para un trabajo de sociología de los jueces.

«Sociología del diritto.» Milán, núm. 2, 1988, págs. 89-103.

La primera parte de este artículo ofrece una breve aproximación histórica al movimiento asociativo en la administración de Justicia española, distinguiendo cuatro etapas:

1. *Hasta la Constitución de 1978*, Justicia Democrática es la única organización que, desde 1970, actúa en la clandestinidad «como reacción al conformismo, a la discriminación y a la fuerte jerarquización que dominan la vida de la administración de Justicia, pero también y, sobre todo, frente a la realidad política española». La vía sindical promovida por esta asociación se ve truncada con su prohibición expresa en la Constitución.

2. *La gestación de la Asociación Profesional de la Magistratura (APM)*. Durante 1979, los sectores conservadores de la judicatura diseñan una asociación estatal en la que predomina la orientación «profesional pura», partidaria de un modelo de juez técnico y apolítico. En la APM, con mayoría conservadora, se integrarán todos los grupos existentes hasta entonces, incluso los antiguos miembros de Justicia Democrática, pues la Ley Orgánica del Consejo del Poder Judicial de 1980 hacía inevitable una única asociación, dado el carácter restrictivo en que configura el sistema de asociacionismo.

3. *La aparición de «corrientes organizadas»* dentro de la APM. El III Congreso de la APM admite su existencia. Aparece «Jueces para la Democracia» (JPD), que reúne al sector progresista (sobre todo, procedente de Justicia Democrática) y «Francisco de Vitoria», de carácter «moderado» y «centrista», y menos numeroso.

4. *La escisión de 1984*. En el IV Congreso de la APM el sector conservador, mayoritario, intenta impedir la elección proporcional de los miembros del Consejo General del Poder Judicial que le corresponden, lo que lleva a la escisión total de las dos mencionadas «corrientes». La pérdida de funciones de las asociaciones tras la Ley de 1985 explica, según los autores, «un cierto absentismo o frustración» en la actualidad, y «una cierta tendencia a una, tal vez no muy lejana, reunificación». La segunda parte del artículo presenta un análisis comparativo de los programas y perfiles ideológicos de las asociaciones judiciales, centrándose en tres grupos temáticos:

1. *Dimensión constitucional del poder judicial*. JPD defiende la apertura «en clave progresiva» del juez a la sociedad y el control democrático de la judicatura a través del Parlamento y de otras formas complementarias de legitimación democrática (justicia de paz electiva, jurado, libre crítica pública de la actuación de los jueces), y rechaza la pretendida neutralidad política del Poder Judicial, el restrictivo régimen asociativo y la existencia de la Audiencia Nacional. «Francisco de Vitoria» insiste en la independencia del Poder Judicial y en la «lucha por la eficacia del servicio público de la justicia». La APM aparece como asociación profesional «pura», expresándose de forma genérica y concisa sobre estos temas.

2. *Organización de la Administración de Justicia y estatuto del juez*. JPD aboga por la igualdad dentro de la judicatura frente a la jerarquización, por la intervención del juez en los mecanismos de calificación, por el «Cuarto turno» y por la potenciación del Centro de Estudios Judiciales frente a las capacidades memorísticas de la tradicional oposición. «Francisco de Vitoria» admite el «cuarto turno»

y denuncia la deficiente dotación presupuestaria de la Administración de Justicia. La APM define al juez como sacerdote y apoya el carácter jerárquico de la «carrera judicial», rechazando el «cuarto turno» (como agravio corporativo y atentado a la independencia y apoliticidad de la judicatura) y la policía judicial.

3. *Asociacionismo judicial*. JPD desea colaborar con las asociaciones de otros cuerpos de la Administración de Justicia, y promover la creación de un marco asociativo europeo; admite, además, el derecho de huelga. «Francisco de Vitoria» exige que las asociaciones judiciales sean oídas en cuanto al incremento y aprovechamiento de las dotaciones presupuestarias. La APM postula una única asociación judicial de carácter estrictamente profesional, jerarquizada, regida por el principio mayoritario (sin «corrientes») y que reafirme la independencia judicial entendida como autogobierno, «con evidentes connotaciones corporativas», según los autores.

(Juan Antonio Pérez Lledó)

BELLO REGUERA, Gabriel.

La ética de la alteridad en la escena contemporánea (Notas sobre E. Levinás).

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 469-486.

Este artículo se estructura en tres apartados. En el primero de ellos (*Cuestiones metódicas: el contexto hermenéutico y la continuidad de la tradición*) el autor expone su intención de «seguir la orientación metodológica de H. G. Gadamer, claramente enfrentada a la hermenéutica romántica en la interpretación de los textos históricos, en este caso los de Kant y Levinás». Para ello es preciso atenerse a dos reglas básicas: a) «La primera establece que todo sujeto hermenéutico está condicionado por su propio contexto individual», y b) «La segunda regla establece la continuidad de la tradición entre el sujeto y el objeto hermenéutico.»

En relación con estas reglas, el autor se pregunta si es posible identificar algún prejuicio, creencia o valor, que sea común a las diversas apariciones de Levinás, que constituya un rasgo definitorio de nuestro presente contexto cultural y que, a la vez, sea el eslabón que garantice la continuidad de tradición entre Kant y Levinás, imprescindible para que ambos puedan ser objeto de la misma relación hermenéutica. «Tal prejuicio, creencia o valor -opina- es la relación de alteridad». A las distintas direcciones de la alteridad -la del otro histórico, la del otro cultural, la del otro sociológico, la del otro familiar- subyace, según el autor, una connotación cultural común: «en todas ellas podemos apreciar la tensión entre la versión hobbesiana y la roussoniana, cuya difícil síntesis he creído ver (...) en Kant y que, como espero mostrar, constituye el foco de significación de la filosofía de Levinás, en un sentido que podríamos calificar de transkantiano». Seguidamente, el autor señala el desplazamiento del problema de la alteridad. En Kant se había pasado del medio natural al transcendental y de éste al histórico. En el ámbito de la hermenéutica, el desplazamiento se produce «de las versiones economicistas o ideologistas del medio histórico-cultural a una versión comunicacional generalizada». La relación de alteridad se inserta hoy, pues, en el fenómeno que puede denominarse «giro lingüístico», al expresarse en términos de comunicación.

En el segundo apartado (*Levinás en la escena contemporánea*) el autor precisa la postura de Levinás: «El compromiso total, sin fisuras, de Levinás con la categoría ética de *alteridad* desafía abierta y frontalmente el compromiso kantiano, no menos categórico, con la individualidad ética.» «Levinás está a favor de la descentración de la subjetividad. Tal como queda reflejado en el texto anterior, desafía el monarquismo del yo, resultado de la radicalización burguesa de la subjetividad cristiana cuya paradigma es, sin duda, Kant. En este frente, Levinás se podría alinear no sólo con los postmodernos, sino en el movimiento *dialógico* en su conjunto, alejándose, por otro lado, de unos y otros en aspectos singularmente relevantes», en cuanto que, para Levinás, «lo que descentra al yo de su subjetividad monocentrada en la conciencia es el otro y su alteridad».

En el último apartado (*La ética de la alteridad y su significado cultural*) el autor contrapone «el individualismo bioético» heredero de Hobbes y Spinoza -que se manifiesta en los principios de supervivencia individual, de individualismo posesivo y de expansión ilimitada de la personalidad o maximización del propio valor- a las posturas de Levinás, quien sugiere «la exigencia de *modificar* nuestra apropiación cultural de la ley de supervivencia y sus derivados». Para este autor, «el egoísmo

biológico no implica, inevitablemente, egoísmo psicoético: cabe, en principio, entre la biología y la psicología, la cuña de una cultura moral no egoísta». En definitiva, «la cuestión nuclear, aquí, es la sustitución de la naturaleza, tanto externa como interna, en la definición del predicado “moral” y, por tanto, en la constitución de su significado, por el otro, y, por tanto, la sustitución de la naturaleza en la relación con el *otro* como fuente y origen de todos nuestros significados»

(Daniel González Lagier)

BERGALLI, Roberto.

El control penal en el marco de la sociología jurídica.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 109-124.

El autor plantea la necesidad de analizar la complejidad y la articulación del sistema de control penal (medio de control reactivo), en los niveles de las normas jurídico-penales y de las instancias de su aplicación, desde perspectivas metanormativas.

Señala que la teoría de las normas penales, en el nivel de creación de la norma penal (delito y pena), no ha aportado aún respuestas decisivas. La dogmática penal no puede proceder -por razón de su objeto de estudio- a realizar una individualización de los intereses sociales que impulsaron la creación de la norma y continúan sosteniendo su vigencia, pero las valoraciones jurídicas realizadas por el legislador han de compatibilizarse con la realidad social. La definición del delito como ente jurídico (exclusivamente) debe someterse a examen. Las posturas críticas entienden ya el bien jurídico como configuración de relaciones sociales concretas e históricas que exigen una constante revisión para la limitación de la tarea represiva del Estado y la incidencia de esta caracterización del bien jurídico permite también la adecuación a los cambios sociales de otros elementos esenciales de la definición del delito.

Sin embargo, en el ámbito de la teoría de la pena tan sólo se han percibido hasta la fecha algunas tentativas de relegitimación de esta reacción del sistema. Se ha ofrecido una fundamentación de la pena desde un planteamiento sistémico-funcional que desplazaría el Derecho penal de la culpabilidad para dejar paso a un Derecho penal basado en la exigencia de restablecer la confianza en el Derecho y que se regiría por el criterio normativo simbólico de la violación de las expectativas de comportamiento para la aplicación de las penas.

Por otra parte, la aplicación de la norma penal (segundo nivel de realización de un sistema de control social), que atañe a la eficacia de la norma, precisa de una sociología jurídico-penal empírica abierta a los conocimientos suministrados por una sociología de las profesiones y una sociología de las organizaciones.

En este marco propuesto, resulta interesante señalar que el análisis materialista dialéctico desarrollado por la cultura marxista permitió comprender cómo el Derecho penal era el principio irradiador de ideologías sobre todo el sistema de control penal, al tiempo que advirtió de la transmisión por la vieja criminología de una visión ideológica de la criminalidad.

El abolicionismo escandinavo, el Derecho penal mínimo y el realismo de izquierda británico «se presentan como las posiciones más salientes de la criminología crítica que coinciden con una sociología del control penal en una revalorización de todos los niveles del sistema», pero resulta, en opinión del autor, que hasta la actualidad las tentativas humanizadoras han sido desatendidas.

(Antonio Doval)

BONAFE SCHMITT, J.P.

Las justicias de lo cotidiano (trad. Fco. Javier Caballero Harriet y A. I. Irizar Gómez).

Ed. Laboratorio de sociología jurídica, San Sebastián, 1988, 225 págs.

Este libro se estructura en tres partes. En la primera, que reza: «Un movimiento de desjuridización», se trata sobre el proceso de desjuridización y de deslegalización que se produjo en los años setenta así como de la desconfianza respecto al funcionamiento del aparato judicial.

Este movimiento se produce por iniciativas estatales, principalmente, en Estados Unidos y Francia, y por iniciativas sociales donde nos encontramos con: El Community Board Program; El Community Board Model y Las «Boutiques de Droit.»

En su segunda parte este libro se ocupa:

I. Del Tribunal de Instancia de Villeurbanne que convertido en una jurisdicción formal, en gran parte «colonizada» por profesionales que lo utilizan de manera instrumental, como medio de recuperación de sus créditos. El acogimiento de este tribunal representa la fase última de un procedimiento de regulación de los litigios que, en la mayoría de los casos, ha sido iniciado por una negociación directa entre las partes.

II. Las «Small Claims Court» creadas al comienzo de este siglo para permitir un mejor acceso a la justicia de las clases menos favorecidas de la población americana. Pero las SCC han sido afectadas por los mismos males que sufre el sistema judicial en su conjunto: sobrecarga de los casos inscritos, problema de la efectividad de las decisiones dadas... Se introducen, por ello, reformas en los años 70 para dar a las partes la posibilidad de ver sus litigios regulados por la vía de la mediación o del juicio.

III. La Boite Postale 5.000: Experiencia alternativa mantenida por el Estado que padeció, en sus comienzos, un boicot de las grandes organizaciones de consumidores. Tras sus diez años de funcionamiento no ha logrado su conversión social, y se ha quedado como una superestructura enteramente dependiente de los destinos de los eventuales poderes.

IV. La Unión Federal de Consumidores del Ródano: Esta institución ha demostrado una gran vitalidad en el ámbito de la conciliación, así como la capacidad del movimiento de consumidores para promover las formas alternativas de los litigios y para constituirse como actor que dispone de una legitimidad en el campo del consumo.

V. El «groupement d'action judiciaire»: Su existencia y longevidad, existe desde 1967, ponen de manifiesto una parte de las carencias y disfunciones de un sistema judicial en plena crisis e incapaz de reformarse por sí mismo, así lo demuestra la existencia de una «clientela» vinculada a su servicio.

VI. Milwaukee Mediation Center: Organismo de mediación surgido en los Estados Unidos dependiente de la financiación pública de ahí que el logro de estas iniciativas informales esté directamente ligado a la política seguida por las autoridades judiciales, acompañada por un movimiento de desjuridización.

En su tercera y última parte rubricada: «La resolución de los conflictos: Un proceso social», se trata sobre los sistemas de regulación social, sobre el proceso de transformación de los conflictos (el agravio, la reclamación y el litigio) y sobre el sistema de mediación.

BONETE PERALES, Enrique.

La noción de «persona moral» en la teoría ético-política de Rawls.

Sistema, Madrid, núm. 85, 1988, págs. 63-86.

En este artículo se analiza una noción apenas estudiada, pero clave, de la teoría ético-política de Rawls: se trata del concepto de «persona moral», el cual, en opinión del autor, unifica la evolución del proyecto teórico rawlsiano, determina las características de la posición original, condiciona la elección y aplicación de los dos principios de justicia, explica el rechazo del utilitarismo clásico y posibilita la interpretación kantiana de su teoría.

Tras examinar cómo se configura la noción de «persona moral» en los escritos de Rawls anteriores a *A Theory of Justice*, así como en esta misma obra, el autor llega a la conclusión de que la idea principal de la que Rawls parte para la construcción de su teoría es la noción de «persona moral» que Kant defendió en la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, - por lo que implícitamente está admitiendo toda una tradición de pensamiento iusnaturalista racional, pues «es tal la importancia que en ella se concede -explícita o implícitamente- a la noción de «persona moral» y a sus atributos «naturales» que aunque Rawls procure en sus últimos artículos desconectar totalmente su teoría ético-política de cualquier tradición filosófica iusnaturalista, será la misma noción kantiana de «persona moral» la que dificultará esta búsqueda de la independencia respecto del pasado filosófico».

(Isabel Lifante Vidal)

BRUFAU PRATS, Jaime.

Estudios histórico-jurídicos.

Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1988, 127 págs.

«La perspectiva histórica -dice el autor- es fundamental al querer entrar en el tratamiento de los temas propios de la filosofía jurídica. A este menester hemos dedicado parte de nuestra labor de profundización en el ámbito del saber iusfilosófico. Presentamos, aquí reunidos, siete estudios de desigual extensión, que responden a esta preocupación por hallar, en quienes nos precedieron, respuesta a interrogantes que inquietan y estimulan. Están ordenados según la cronología de los autores estudiados.

Con ello esperamos contribuir a un mejor conocimiento de planteamientos señeros en la temática filosófico-jurídica.» Los trabajos incluidos en el libro son los siguientes:

1. *Influencia de Suárez en la Ilustración.*
2. *Derecho y libertad en Kant y Hegel.*
3. *Contribución al estudio del positivismo jurídico en Italia.*
4. *Durkheim. Nota sobre su perspectiva metodológica en Sociología.*
5. *Realidad moral y actividad práctica en Giovanni Genale.*
6. *Aporías de una ética existencialista: Jean-Paul Sartre.*
7. *Martín Heidegger y la incidencia de las corrientes existencialistas en el ámbito jurídico.*

(Daniel González Lagier)

CALVO GONZÁLEZ, José.

Equidad jurídico-positiva: análisis teórico y metateórico.

Revista General de Derecho, Madrid, núm. 531, 1988, págs. 6675-6687.

En el propósito de determinar cuál sea la naturaleza y significado jurídico-positivo de equidad (teoría del concepto) y establecer el alcance de su ejercicio y aplicación práctica (metateoría del concepto), imbricando pues interpretación del significado con análisis de la relación teoría-praxis, la exposición del trabajo se estructura en tres recorridos. 1) Equidad en el derecho positivo español. Funciones interpretativa y creativa, donde considerando que aquélla halla justificación a través de la estructura dialéctica conflictual socio-jurídica, por el hecho de que junto al procedimiento habitual de los modelos jurídicos de racionalidad formal que instituyen códigos fuertes, también existen criterios materiales prescritos por los llamados códigos débiles, se entiende la equidad como un expediente de autorización del derecho formal para derogar el derecho estricto (Hegel), que cuando opera sobre el contenido de la materia, regulada por éste, es conocida en su función interpretativa y creativa cuando lo hace sobre la forma en que aquél ha regulado la materia jurídica, de donde es, por ello mismo, posible considerar esta última vía funcional como un proceso de producción de normas jurídicas excepcional y distinto a los previstos para la disciplina general en el sistema de fuentes. Sobre la incidencia práctica y concreta de ambas dimensiones, interpretativa y creativa, se hace un examen de la expresión a nivel sintáctico gramatical, semántico y pragmático, así como de los sentidos que quepa atribuir a «autorización» en tanto que «incensurabilidad», además de precisar el alcance de «excepcionalidad» de la aplicación (Hart). 2) Subjetividad decisional y arbitrariedad judicial en la sustanciación procesal de la equidad, donde se pasa a estudiar la relación entre «inapelabilidad», «discrecionalidad» y «sistema de recursos» (recurso de nulidad y recurso de revisión) por error *in procedendo*. 3) Equidad y Derecho de los particulares, donde en orden a señalar referencias de objetivación jurídica para la interdicción de arbitrariedad, se indica cómo dentro de la experiencia jurídica, el derecho de los particulares en su realidad normativa puede suministrar, siempre sin derivar de aquí conclusión de coincidencias, un espectro importante de soluciones que cabría aprovechar residenciándolas por vía jurisprudencial en el cuerpo del sistema jurídico-positivo estatal.

CALVO GONZÁLEZ, José.

Giménez Fernández y Málaga. Documentos y, noticias políticas: 1934-1936.

JABEGA. Revista de la Diputación Provincial de Málaga, Málaga, núm. 59, 1988, págs. 48-56.

El trabajo se dedica a rescatar y ordenar, catándolas en su circunstancia precisa, cuantas ocasiones entre 1934 y 1936 relacionan la responsabilidad y actuación política de Manuel Giménez Fernández con personas y entidades malagueñas. Se aportan a este fin documentos inéditos procedentes del archivo político del personaje y noticias hemerográficas extraídas de publicaciones diarias y periódicas editadas en Málaga. De tales elementos compuesto, el panorama resultante revela dos importantes datos de interés para la reconstrucción de la historia política de la II República en Málaga. Primero, la existencia en esa provincia -dentro del modelo hegemónico de comportamiento político conservador y derechista de la CEDA- de una corriente crítica fuertemente sensible a preocupaciones sociales, de clara orientación socialcristiana (democrisiana), que vio en Giménez Fernández a su más válido y notable exponente. La comunicabilidad de inquietudes entre éste y aquél sector, principalmente, integrado por miembros de las Juventudes de Acción Popular, antiguos dirigentes de agrupaciones políticas locales fusionadas en la Confederación y afiliados de base en diferentes municipios, arranca de las discusiones que en junio de 1933 se suscitan en el seno de la Minoría Popular Agraria en torno a la necesidad de proceder a una declaración oficial de «republicanismo», se afianza poco después, privadamente, como sintonía de pensamiento y, al cabo, pasa a explicitarse como abierta y común discrepancia, por encima de típicos «pleitos de familia», con motivo de los resultados electorales de febrero de 1936, en plena coincidencia con la actitud defendida por Giménez Fernández en los órganos de dirección nacional a últimos de marzo de aquel año sobre el precedente de junio de 1935. Segundo, respecto de la filosofía política postulada por Giménez Fernández, Málaga constituye, especialmente a finales de 1935, una palestra de excepcional difusión y manifestación definitiva en materias clave como política legislativa, agraria, reforma electoral, involucionismo político y golpismo militar, supervivencia del Estado y las instituciones republicanas, etc.

CALVO GONZÁLEZ, José.

Iconografías políticas fantásticas: el «Leviathan hobbesiano».

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 455-473.

Examina el autor el sentido y alcance del Estado en la simbolización icónica que muestra como Leviathan el frontispicio de la edición londinense de 1651. Aplicando a tal representación las claves de análisis semiótico de U. Eco, entiende que allí surge un modo de producción de funciones semióticas y/o signos dando lugar a un retículo de actos comunicativos cuyo núcleo de información tiene a la base una composición figurativa preternatural y fantástica. Atendiendo al valor de la representación heteromórfica en el mundo antiguo y en la tradición y cultura judeo-cristiana, pasa a aislar por su contrastación los elementos ideológicos que respecto a lo maravilloso e inusual dan en presentar lo monstruoso y ambiguo, en tanto que, indeterminación de identidad y panteísmo personalista, como la transgresión aberrante de las leyes y parámetros estables de la naturaleza y negación escandalosa de la razón revelada de un hombre creado a semejanza divina. Desde aquí, se ocupa en plantear la dimensión significativa «monstruosa» que para el Estado Hobbes quiso transmitir con la referencia a Leviathan. Discrepa el autor de la tesis de Schmitt en cuanto a la no conexión entre el espectro semántico vehiculado por el nombre de Leviathan y la sustancia de la obra de Hobbes. Para el autor, la relación iconológica e ideográfica del frontispicio y las referencias que en la obra se dan de Leviathan y del Estado como Leviathan se utilizaron por Hobbes para sugerir, valiéndose precisamente de esa simbolización icónico-fantástica de un ser monstruoso en composición figurativa preternatural, la idea de «artificio innatural» y, en tanto que, producto convencional de la concertación entre los individuos, resultado de la inversión de las condiciones del modelo de «estado de naturaleza». Termina el trabajo proponiendo la posible existencia de tres mensajes de connotación «benéfica» en la elección de la portada.

CALVO GONZÁLEZ, José.

Literatura histórico-jurídica. Fernando Belmonte Clemente (1842-1890).

Cuadernos informativos de derecho histórico-público, procesal y de la navegación, Barcelona, núm. 8, 1988, págs. 1.731-1.740.

En el presente estudio se recupera la noticia bio-bibliográfica del personaje, cuya trayectoria vital e intelectual hace prueba de una clara evolución que, desde iniciales preocupaciones de orientación krausista, perfectamente acomodadas al ambiente académico y círculos culturales de la Universidad y ciudad de Sevilla, le conducirá progresivamente al terreno propio de las repercusiones originadas por la recepción del positivismo -krausopositivismo o filopositivismo- para al cabo desembocar, con arreglo a la dirección metodológica y selección temática de sus investigaciones históricas y culturales, de lleno en el área de lo que se ha dado en llamar «positivismo folklorista». Trabajos de diverso género, entre ellos una traducción parcial de los Estudios sobre religión, de G. Tiberghien, se registran bajo la firma de Belmonte Clemente en la «Revista mensual de filosofía, literatura y ciencias de Sevilla», fundada y dirigida por F. F. de Castro y A. Machado, así como en la «revista la Ilustración bética», igualmente nutrida de colaboraciones de krausistas, positivistas y reconvertidos al movimiento folklorista. Belmonte Clemente ocupó entre los años 1868 y 1872 la Cátedra de Legislación Comprada en la Facultad de Derecho de la Universidad Hispalense. Muy apreciable resulta, además, su labor investigadora y documental en el Archivo General de Indias, donde ha quedado la conocida recopilación de fondos «Colección Belmonte.»

CAMPS, Victoria.

Ética, retórica, política.

Alianza Editorial, Madrid, 1988, 139 págs.

«En los capítulos que siguen -dice la autora-, intento acotar el espacio de la ética como el lugar de la tensión entre la perfección y la armonía, que desconocemos, y el desorden y desconcierto en que nos encontramos. Que la ética se constituye en esa tensión significa que el deber ser absoluto es, tal vez, nombrable, pero vacío: conocerlo supone irlo realizando. La libertad, la justicia, la felicidad son nombres del deber ser cuyo significado sólo entendemos si conseguimos vivir la práctica -la pragmática de esos conceptos. Por eso, la ética se produce en el diálogo, ha de ayudarse de una argumentación retórica y no lógica, tiene que dignificar los medios.»

«El primer capítulo, *Del monólogo al diálogo*, trata de situar al pensamiento actual como el adiós a la edad moderna y sus prejuicios teóricos. Básicamente, el anclaje de esa época pasada en un discurso monológico, y en una teoría del conocimiento como prolegómenos de cualquier otra cosa (...).»

«*Ética y retórica* es el texto de la conferencia que presenté en la primera semana de ética, en 1979 mi fervor de entonces por la argumentación retórica se inserta perfectamente en el discurso provisional y precario que veo ahora como el propio de la ética(...).

La idea de libertad, más allá de los fines y los medios y Ética y política, ¿qué podemos esperar?, son, con tenues variaciones, sendas conferencias dadas durante los veranos de 1985 y 1986 en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. La primera es una crítica de una noción de libertad demasiado «negativa» y demasiado frecuente en la teoría moral y política contemporánea. La misma idea que lleva a apostar por un estado «mínimo», mero protector de las libertades individuales, y por una sociedad civil atomizada e individualizada. En *Más allá de los fines y los medios desarrollo la hipótesis de que la ética carece de fines últimos en el sentido en que puede tenerlos la economía o la medicina. Es cierto que la ética ha de proporcionarnos unos objetivos últimos, válidos por sí mismos, pero éstos son de naturaleza tan borrosa, tan abstractos, que sólo se van definiendo y concretando a través de los medios que ponemos para realizarlos. La diferencia entre fines y medios -o la prioridad de unos u otros- es, pues, en ética, bastante inútil. Por fin, el texto *Ética y política, ¿qué podemos esperar?*, es una reflexión sobre la pregunta kantiana unida a la convicción de que hoy esa pregunta ha de tener otra respuesta. No la solución trascendente del reino de los fines, sino la afirmación de que la actitud ética es, en efecto, una esperanza que se basta a sí misma y no precisa de una satisfacción ulterior. En *¿Qué consecuencias?* me planteo una vez más la distinción de Max Weber entre una ética de la convicción y una ética de la responsabilidad. Apuesto por esta última siempre y cuando la responsabilidad -o las consecuencias- no se reduzca al mantenimiento del orden, la seguridad, el sistema; es decir, no se reduzca a la mera eficacia.*

Entre la felicidad y la justicia señala las fronteras entre la vida justa y la llamada vida buena o feliz. Son dos ideales distintos, sometidos a lealtades también diversas. La ética descubre la insuficiencia de una y otra vistas de forma exclusiva, y también la necesidad de tenerlas en cuenta a ambas (...).

Para acabar, en *La felicidad es frecuente* celebro la frase del insuperable Borges. La felicidad, ese valor, de contenido más que confuso, corre siempre el riesgo de ser malentendido por los distintos

sistemas éticos, bien porque se lo sitúa en un lugar demasiado central, bien porque se pretende ignorarlo. Dejar de hablar de él, no hacer el esfuerzo por descubrir su gramática es, sin embargo, perder la dimensión de la ética que más ha de importarnos: la ética como *ethos*, formación del carácter, dotación y exigencia de sentido.»

(Daniel González Lagier)

CAMPS, Victoria.

Paternalismo y bien común.

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 195-201.

Partiendo de que el término «paternalismo» es un término peyorativo y de que, no obstante, «hay casos en los que no es sólo lícito, sino una obligación el proteger o ayudar», este artículo se propone «aportar algunas ideas para aclarar la distinción entre el paternalismo justo y el injusto».

«Es paternalista -entiende la autora-: 1) la acción de inmiscuirse en la libertad de otra persona, 2) con la intención de defender su bien.» El paternalismo tiene, pues, un aspecto positivo y un aspecto negativo que la autora relaciona con la distinción entre libertad positiva y libertad negativa. En este sentido, «hemos de preguntarnos, hasta qué punto es lícito restringir la libertad negativa -impedir o inmiscuirse en ciertas acciones- a fin de educar y adiestrar en el ejercicio de la libertad positiva».

En opinión de la autora «el paternalismo en principio y por definición se autojustifica: se limita la libertad de alguien con vistas a su bien. Lo cual permite suponer que ciertas personas poseen un saber o competencia que les autoriza a intervenir en una felicidad que no es la suya». «La relación entre competencia y paternalismo -continúa más adelante- nos permitirá distinguir entre el paternalismo justo y el injusto, de acuerdo con los siguientes criterios:

1. No hay propiamente paternalismo, porque se trata de un paternalismo justificado, cuando existe un deber de protección al otro (...).

2. Hay «paternalismo», en el sentido peyorativo, común, no justificable, del término, cuando bajo la apariencia de que se está protegiendo a un individuo o grupo, de hecho se está persiguiendo el propio bien, defendiendo el propio interés (...).»

Un concepto que hay que determinar en relación con el de paternalismo es el de incompetente. La autora lo identifica «con el que no sabe o no puede procurarse por sí mismo los bienes primarios básicos, para lo cual necesita ayuda parcial o total». Dado que «proporcionar los bienes básicos o los medios para acceder a ellos- a los desposeídos, es el primer *deber de justicia*» «el paternalismo se legitima cuando lo que busca es hacer justicia (...). El paternalismo se justifica cuando su ejercicio promueve la distribución de los bienes primarios». Por el contrario, «no se justifica cuando se inmiscuye en la distribución de otro tipo de bienes no regulables colectivamente porque depende de opciones personales no generalizables». Y desde el punto de vista de la noción de libertad positiva «hay que decir que el paternalismo estará justificado siempre y cuando vaya dirigido a hacer posible el autogobierno. No cuando por libertad o autogobierno se entienda la realización de un cierto tipo de persona o sociedad».

(Daniel González Lagier)

CAPELLA, Juan Ramón.

Falacias de la «ética de la responsabilidad».

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 313-317.

En este texto el autor desarrolla una argumentación en contra de la ética de la responsabilidad, mostrándose partidario de una ética de principios. Para ello utiliza como ejemplo la relación entre tortura-confesión-evitación de un mal, analizando las combinaciones posibles que permite esta relación; de esta forma pone de manifiesto que no se trata de una relación de tipo causal, es decir, que la evitación de un mal a través de una confesión obtenida por medio de la tortura es una posibilidad remota entre muchas. Por ello afirma que «cuando se está en la situación de *decidir*, las posibilidades de que un crimen *responsable* evite otro *irresponsable* son tan bajas que no podría hacerlas suyas ninguna compañía de seguros».

A continuación, el autor afirma que la ética de la responsabilidad «contiene una *petitio principii*, y no precisamente ética. Pues ha de recurrir necesariamente a “La situación hipotética”, y ésta, por definición, no puede producirse sola y quien podría producirla la excluye con su conducta “responsable”. Así pues, «“La situación hipotética” es el flogisto de esta ética o el ogro de los cuentos», opina Capella.

(Daniel González Lagier)

CARACCIOLO, Ricardo A.

El sistema jurídico, Problemas actuales.

Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, 94 págs.

«Es notorio -escribe el autor- que la idea según la cual el material normativo, constitutivo de un orden jurídico, tiene que ser reconstruido en términos de la noción de “sistema” es todavía un marco conceptual básico aceptado en la teoría del Derecho contemporánea. Ello, a pesar de los desacuerdos existentes acerca no sólo de la manera de entender esa noción en los contextos jurídicos, sino, además, acerca de la naturaleza de las normas. En lo que sigue me propongo someter a discusión dos tipos de problemas asociados con el concepto de “sistema jurídico”, a los que denomino, siguiendo con la terminología usual, “problemas de identidad” y “problemas de estructura”»

«El hilo conductor del análisis será el interrogante concerniente a la función de ese marco conceptual en el conocimiento supuestamente teórico del Derecho» (pág. 11).

El libro se estructura en las cuatro siguientes partes: I) *El Derecho como sistema* (1. Introducción. 2. Esquema de discusión. 3. Orden jurídico y sistemas normativos. 4. Modelo teórico y modelo normativo). II) *Problemas de identidad* (1. Identidad y concepciones de las normas. 2. Normas independientes y normas dependientes. 3. Norma básica. 4. Reconocimiento de normas). III) *Problemas de estructura* (1. Modelos de pertenencia. 2. Cuestiones de reconstrucción. 3. Un modelo de orden jurídico. 4. Sistema y decisiones. 5. Pertenencia y justificación. 6. Una paradoja en el concepto de legalidad). IV) *Bibliografía*.

(Josep Aguiló Regla)

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco.

La modernidad jurídica y los católicos.

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 383-410.

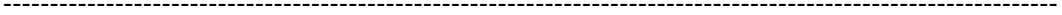
El autor se ocupa en este artículo del estudio del cambio producido en la cultura europea en los siglos XVI y XVII. La totalidad de la cultura heredada de la baja Edad Media se puso en cuestión en la Europa -del siglo XVI. tras romperse la unidad hasta entonces existente en la imagen del hombre europeo. La cultura tradicional se había basado en Aristóteles y en el Derecho romano; pero frente al Derecho natural escolástico-católico aparece un nuevo Derecho natural, llamado «racionalista» o «moderno», que surgió como una creación del protestantismo y en abierta polémica con la cultura establecida hasta el momento. Se delimitan de esta forma dos bloques culturales: «el aristotélico y romanista, patrimonio católico, y la ciencia iusnaturalista protestante».

Tras un apartado de introducción el autor se ocupa en el segundo apartado *-La tradición católica según el Derecho natural moderno-* de comentar las opiniones que los autores representantes del derecho natural racionalista vierten sobre el derecho natural de los católicos, llegando a la conclusión de que «el tono que adoptaron los iusnaturalistas para “explicar” la historia de la filosofía moral y del Derecho natural entre los católicos, desde los orígenes de la Iglesia hasta el siglo XVII, es estrictamente maniqueo: no existió entre los católicos nada positivo, nada valioso, nada, en definitiva, de interés (...)». Aunque dentro de este comentario general ha de comprenderse también a los teólogos españoles de la «Segunda Escolástica», en el apartado tercero *-Los juicios de los iusnaturalistas sobre la segunda escolástica-* el autor expone aquellos juicios realizados por los nuevos iusnaturalistas sobre estos teólogos-juristas.

En el apartado cuarto *-Los orígenes de la sabiduría. Hugo Grocio-* se comenta la obra de Grocio, que fue considerado por los iusnaturalistas como «el restaurador de la ciencia moral y del Derecho natural». Sin embargo, pronto se considero que Grocio no rompía suficientemente con la ciencia escolástica de los católicos, ruptura que sí se llevó a cabo con Pufendorf (a quien el autor dedica el quinto apartado: Pufendorf la guerra entre dos culturas). «La contraposición entre Pufendorf y Grocio -dice el autor- determinó la existencia de dos líneas de pensamiento dentro del movimiento iusnaturalista moderno. Por un lado, permanecen los seguidores de Grocio autores moderados por lo general (...). De otra parte, surgen pronto numerosos seguidores de Pufendorf que, en general, a lo largo de la primera mitad del siglo XVIII radicalizan las tesis del maestro hasta caer en actitudes que recuerdan a Hobbes.» De la mano de Pufendorf el estudio del *ius naturae* se impuso en Centroeuropa, desplazando el estudio del Derecho romano y del *ius commune*.

En el último apartado *-La reacción de los católicos-* se expone la actitud que tomaron los católicos ante el iusnaturalismo. Ésta fue, en un natural, entendiendo «que el “Derecho natural” protestante, con sus “estados de naturaleza”, “contratos sociales”, etc., poco tenía que ver con la idea tradicional, milenaria, del Derecho natural». Se impuso entonces la necesidad de elaborar un Derecho natural distinto al de los protestantes, «más dependiente de lo concreto, de lo real existente». De esta forma, aparece a mediados del siglo XVIII una nueva doctrina sobre el Derecho natural, superando la pretensión racionalista.

(Daniel González Lagier)



CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco.

Una introducción a la ciencia jurídica.

Ed. Civitas, Madrid, 1988, 374 págs.

En este libro, el autor, teniendo en cuenta especialmente la teoría ética y la filosofía del Derecho elaborada desde la Edad Moderna, emprende en esta obra la tarea de diseñar una explicación de la justicia que comprenda tanto el plano puramente jurídico como aquel otro que se desarrolla en la organización de la sociedad mediante el poder. Así pues, este estudio toma como hilos conductores dos temas fundamentales: las relaciones entre libertad y Derecho, por un lado, y las existentes entre actividad política y realización de la justicia, por otro.

El libro se divide en los siguientes capítulos: I) *Sobre la formación del pensamiento jurídico contemporáneo* (A. *Algunos rasgos de la escuela del Derecho natural moderno*; B. *La reacción contra el pensamiento jurídico moderno*; C. *Los orígenes de la mentalidad jurídica contemporánea*). II. *Las actitudes fundamentales del pensamiento jurídico contemporáneo* (A. *Los iusnaturalismo y la metafísica en el Derecho* B. *Propuestas sin metafísica*). III. Una descripción del Derecho y de la justicia: (A. «*Ius oritur ex facto*», B. *Problema y sistema en la razón jurídica*; C. *Derecho, historia, justicia*; D. *Legislación, Derecho y política*; E. *Ideología, justicia, Derecho*; F. *El deber de obediencia a las leyes*; y G. *Derecho, Estado, coacción. El estatuto normativo de la ciencia jurídica*).

(Daniel González Lagier)

CORTINA ORTS, Adela.

El contrato social como ideal del Estado de Derecho. El dudoso contractualismo de I. Kant.

Revista de Estudios Políticos, Madrid, núm. 59, 1988, págs. 49-64.

La autora parte de la tesis de W. Kersting según la cual «en el contrato originario no ve Kant una fundamentación del Estado, sino un ideal del Estado de Derecho y, con ello, una idea práctica de la razón que obliga al soberano. Se convierte así en un principio constitucional que trata de domesticar la omnipotencia estatal; omnipotencia que tiene por fundamento su necesidad jurídica. La fundamentación kantiana del Estado no es, pues, contractualista, sino que se basa en el concepto *a priori* del Derecho».

«De este dudoso contractualismo kantiano -dice la autora- nos ocupamos en el presente trabajo, en el que, partiendo de la noción kantiana del pacto de unión civil, intentaremos desentrañar la realidad que a semejante noción cabe y cuál es su misión en el seno de la problemática política.» El artículo aborda, en primer lugar, los conceptos de pacto de unión civil y estado de naturaleza en Kant, destacando su afirmación Kant de que el *pactum unionis civilis* no se trata de un hecho, sino «de una *mera idea* de la razón, que tiene, sin embargo, su indudable realidad (práctica)». En segundo lugar, se intenta responder a la cuestión acerca de qué significa esta afirmación de que el pacto constituye una idea racional con realidad práctica.

Para ello, estudia las opiniones de Vlachos y Philonenko y, por último, aporta su propia interpretación. El primero entiende la idea de contrato como una idea regulativa; en palabras de la autora: «dado que tal idea no está destinada a un uso constitutivo de la experiencia, sino a uno regulativo, no sirve como criterio para legitimar regímenes políticos concretos. Sin embargo, firme en la idea de que Kant pretende mantenerse entre el utopismo y el tradicionalismo, piensa Vlachos que la idea de contrato puede utilizarse como criterio negativo para frenar posturas tradicionalistas. Kant se enfrentaría a los utopistas, que bosquejan ideas a las que no proporcionan raíz alguna en la realidad, pero también a los reaccionarios -tipo Hume, que hacen de su relativismo una consagración de las instituciones y regímenes ya existentes». Philonenko, por su parte, afirma que «el contrato social constituye para Kant el momento ético en la constitución jurídica del Estado: *gobernar tiene que ser obrar por deber* (...). En este sentido, la idea de contrato posee realidad práctica en cuanto compromete *moralmente* al soberano a legislar teniendo en cuenta la posibilidad de que el pueblo concuerde con ello, es decir, haciendo uso del “como si” en perspectiva moral».

El artículo concluye con la opinión de la autora de que «la idea de *pactum unionis civilis* sería, pues, la idea de un procedimiento que, de igual modo que el imperativo categórico, pretendería garantizar la corrección de las decisiones tomadas desde él y, a la vez, prestaría a tales decisiones un halo sagrado: el de ser intocables por haber emanado de la voluntad racional no de la voluntad efectiva de un pueblo». «En este sentido -continúa más adelante-, las actuales teorías morales procedimentales se pretenden herederas del contractualismo kantiano, en la medida en que la noción de imparcialidad constituye el núcleo de una razón práctica, que se expresa en la moral, el derecho y la política.»

(Daniel González Lagier)

CORTINA, Adela.

La moral como forma deficiente de Derecho.

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988. págs. 69-85.

La autora estructura su trabajo en tres apartados. En el primero de ellos (*¿Un resto de metafísica en el Derecho positivo?*) se refiere a la tesis central de Habermas con respecto a la estructura del ámbito práctico. Este autor defiende que moral posconvencional, Derecho positivo y estado democrático son ciertamente tres ámbitos *diferentes* en el aspecto práctico, pero que a la vez resultan *inseparables*, no sólo por *complementarios*, sino también por hallarse inevitablemente *entrelazados*. El análisis habermasiano del impulso de la juridificación, propio del estado social, le lleva a concluir que está ligado a una moralización del Derecho y que el proceso es irreversible.

Por otro lado, sostiene la autora que, en el mundo jurídico, en la medida en que no esté, únicamente, en manos de la racionalidad cognitivo-instrumental, sino que dependa de la pretensión de corrección normativa, «muestra su núcleo una racionalidad a la par inmanente y trascendente, que contrae en el Derecho positivo la doble perspectiva del idealismo trascendental: la instrumentalidad de los imperativos propios de la perspectiva fenoménica y la categoricidad de las leyes morales, propias de la perspectiva fenoménica, que Kant aún distribuía en un mundo jurídico entre el Derecho positivo y el racional, se contraen en el Derecho positivo».

«Podemos decir -concluye la autora en este apartado-, que la legitimidad es posible por la legalidad, porque un *resto de metafísica* -del que tanto Habermas como Rawls abjuraban abiertamente- anida en el concepto de racionalidad y, consecuentemente, en el Derecho autónomo. Pero, por otra parte, si hacer del Derecho un modo deficiente de la moral atenta contra su autonomía, también cabe preguntar si las éticas de tradición kantiana no han tendido más bien a hacer de la moral una forma peculiar cuando no deficiente de derecho.»

En los apartados *Reino de los fines y paz perpetua* y, *¿Núcleo moral o derecho racional?*, la autora se ocupa respectivamente de los criterios distintivos entre la legislación de la moral y del derecho y de analizar las repercusiones que para el sujeto autónomo y, por tanto, para el «punto de vista moral», supone «el tránsito del formalismo al procedimentalismo, de la lógica trascendental a la pragmática universal o trascendental. Finalmente, la autora sostiene que «la argumentación moral ha quedado como uno de esos “diálogos edificantes”, que sólo pretenden que la conversación no se interrumpa. Tal vez, porque no sea tan sencillo reconstruir al sujeto autónomo desde el socialismo pragmático, cuando es un sujeto semejante y no el individuo ni la comunidad- la condición sin la que no existe el mundo moral».

(Daniel González Lagier y, Ángeles Ródenas Calatayud)

CORTINA ORTS, Adela.

Límites y virtualidades del procedimiento moral y jurídico.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 43-63.

El artículo parte de la constatación «de un acontecimiento crucial, que se ha ido produciendo paulatinamente en ese ámbito de la reflexión al que se ha dado en llamar “filosofía práctica”: arrumbadas aquellas nociones de legitimación que cuentan con imágenes del mundo con contenido, la lógica de la evolución social nos ha conducido al procedimentalismo». «La legitimación moral, jurídica o política -opina la autora no proceden ya del contenido de normas o proposiciones, sino de la forma que las configura, o bien del procedimiento por el que han sido obtenidas. Porque la razón sustancial que se expresaba en la metafísica ha ido perdiendo paulatinamente su lugar y es en determinadas formas y procedimientos donde se expresa la razón o, más bien, la racionalidad.»

«Una evolución semejante -continúa- no deja de plantear a la filosofía práctica problemas de primera magnitud: ¿cuál es la estructura de una razón práctica, que se expresa a través de procedimientos morales, jurídicos y políticos? ¿Cuál es la relación que existe entre estos tres procedimientos: de mutuo rechazo, de complementación o de identificación?» La autora intenta contestar a estas cuestiones desde el punto de vista de la ética discursiva, estructurando el texto en los siguientes apartados: 1) *Procedimentalismo y razón práctica*; 2) *La estructura de la razón práctica*; 3) *Procedimiento moral y procedimiento jurídico*; 4) *Procedimentalismo y Estado de Derecho*; 5) *¿Reducción de la ética a la filosofía del Derecho?*; 6) *Los límites del procedimentalismo*; y 7) *Sugerencias para una posible superación del procedimentalismo ético*.

En el último apartado la autora sostiene que «las éticas procedimentalistas precisan apoyarse en un valor. Y es este elemento valioso, a mi juicio, el que permite enlazar principios, actitudes y virtudes, porque el interés de un valor motiva determinadas actitudes, que engendran el hábito y la virtud. La ética procedimental puede, pues, contar no sólo con procedimientos, sino también con actitudes, disposiciones y virtudes, motivadas por la percepción de un valor; con un *ethos*, en suma universalizable. De dónde surja el valor es una pregunta que sólo puede responderse recurriendo a una reconstrucción de la razón práctica.

Y tal reconstrucción añade-, acudiendo a paradigmas de la filosofía moral, arroja el siguiente resultado: la especificidad de la razón moral consiste en señalar algún tipo de acciones como conteniendo en sí mismas el telos, y es este momento teleológico el que justifica el momento deontológico, la “obligatoriedad” de realizar tal acción frente a otras (...).

Una reconstrucción del procedimentalismo ético -concluye la autora- lleva, pues, a mi juicio, a un desplazamiento de sus límites. Dentro de ellos es necesario hablar de valor, motivación, intención, actitud, *ethos* y virtud. Incluso es posible diseñar el *ethos* universalizable que correspondería a tal ética (...). Con todo ello, a mi juicio, se hace una mayor justicia a un fenómeno llamado “moral”, que no se reduce al derecho o la política, y sin el que estas dos últimas dimensiones del ámbito práctico, carentes de vigor crítico, se plegarían humildemente a lo dado.»

(Daniel González Lagier)

DÍAZ, Elías.

Notas («concretas») sobre legitimidad y justicia.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 259-269.

Una teoría de la legitimidad y una teoría de la justicia son, según el autor, cosas diferentes y bien diferenciables, aunque también, a su vez, con profundas e íntimas vinculaciones entre sí. Una y otra expresan dimensiones valorativas que se conectan e interrelacionan en sus presupuestos últimos, racionales, pero que en modo alguno se confunden; podría decirse convencionalmente que la primera es la parte y la segunda el todo, en la medida en que la justicia, por su exclusivo carácter ético, se refiere a juicios más últimos, más radicales, mientras que la legitimidad posee un sentido más inicial, intermedio, más «político», menos definitivo y exhaustivo. También la justicia es una construcción histórica (además de racional), pero no de idéntica textura que la legitimidad. Caben, pues, un Derecho y un Estado que, por reunir ciertas condiciones democráticas, posean suficiente legitimidad y que, sin embargo, no por ello sus concretas determinaciones y decisiones deban ya considerarse sin más como justas.

La justificación ética del Derecho y del Estado radica, según el autor, «en la defensa y realización de una serie de derechos humanos básicos, considerados totalmente imprescindibles y que no deben sacrificarse a otras instancias diferentes alegadas como superiores» Tales derechos se centran en la afirmación y potenciación del valor libertad, entendida ésta ante todo como libertad crítica, de conciencia y de expresión, por un lado, y de acción personal y de participación social, por otro.

A continuación el autor sostiene que con este esquema de derechos humanos básicos y fundamentales tendríamos de una buena plataforma para construir hoy una aceptable teoría crítica de la justicia, válida también para deducir reglas desde esa imprescindible libertad, no ficticia, sino real y acerca de la que no se ven fundadas razones para no reconocer a todos por igual.

«Lo que, principalmente, quería destacar aquí -señala el autor- es que tal teoría (crítica) de la justicia está en íntima, inescindible conexión con la que puede muy bien calificarse como teoría democrática de la legitimidad: se vinculan así ambas dimensiones valorativas, configurándose la legitimidad democrática como la mejor vía para la justificación ética del Derecho y del Estado. Y también quería resaltar (...) que tales exigencias, políticas y éticas, de la legitimidad y de la justificación no son neutras, indiferentes, respecto a modos concretos de producción y auto reproducción de la vida real (...)» El paso siguiente lleva al autor a resumir las que le parecen exigencias básicas de la legitimidad democrática del Derecho y del Estado actual para significar que una teoría crítica de la justicia tendría que ser hoy una autentificación de las exigencias expuestas, buscando el objetivo último de una cada vez más amplia y plena liberación real de todos los seres humanos.

El autor concluye haciendo un repaso de algunas de las exigencias contenidas en la regla de la justicia. Poniendo de manifiesto las importantes correlaciones de fondo existentes entre el método y los valores de la democracia y los que impulsa el propio razonamiento moral, apareciendo así el régimen democrático, además de legítimo, también como el más justo.

(Ángeles Ródenas Calatayud)

DÍAZ, Elías.

Socialismo democrático: Instituciones políticas y movimientos sociales.

Revista de estudios políticos, Madrid, núm. 62, 1988, págs. 41-67.

«Estas páginas -dice el autor son un intento de continuar, de llevar adelante algunas de las propuestas conclusivas formuladas en un anterior trabajo mío sobre *La justificación de la democracia*, buscando ahora esclarecer y profundizar algo más aquellas ideas en su necesario contraste y en el análisis de sus posibles implicaciones en relación con algunos de los problemas del socialismo.»

Tras señalar las dificultades que supone aunar de hecho, coherente y fructíferamente y para una acción política y social concreta, las dos unilaterales dimensiones, social-demócrata y libertaria, el autor señala algunos de los presupuestos que están en la base de dicha orientación.

Los absolutos postulados de la libertad, de la igualdad y de la solidaridad, prosigue el autor, son los que no se realizan o no se realizan suficientemente en el aquí todavía denominado modo capitalista de producción. De ahí que, como alternativa, todo lo gradual y evolutiva que se quiera, parezca necesario en nuestro tiempo y para el futuro seguir hablando de socialismo democrático.

Precisamente, por la prevalencia fáctica actual del modelo transnacional liberal-conservador y, a la vez, por las esenciales insuficiencias de algunas manifestaciones teóricas y prácticas de, respectivamente, el viejo paradigma social-demócrata y el nuevo de carácter libertario aislándolos y produciendo la ruptura entre uno y otro, es por lo que señala el autor la importancia de un «tercer paradigma» que se construya contando con las instituciones políticas y democráticas y los movimientos de base de la sociedad civil. En este sentido, sostiene que es objetivo preferente de un buen Estado social a la altura de nuestro tiempo la efectiva satisfacción de un buen número de necesidades básicas de los ciudadanos. Pero, a su vez, parece totalmente justo que dicho Estado reserve la estricta gratuidad de ciertos bienes y servicios, así como su atención más preferente, para los sectores sociales menos favorecidos.

El problema es cómo organizar y hacer funcionar en cada situación concreta el gran pacto político y económico social. Tal pacto no podrá dejar de tomar en consideración, por un lado, la existencia de ciertos poderes fácticos y de fuerzas preeminentes del implantado modo de producción; y por otro, la exigencia democrática de la voluntad popular expresada libremente a través del sufragio y las decisiones de las grandes mayorías con el respeto debido a las minorías. De la interrelación de cada circunstancia concreta de estos y otros elementos derivarán diferentes posibilidades de ese gran pacto político y económico-social, impulsado siempre en la democracia desde la soberanía popular.

Finalmente, el autor concluye sosteniendo que, desde el pacto institucional-constitucional, y si hay para ello apoyo desde un pacto ampliado a todos los sectores de la sociedad civil, es desde donde, para el socialismo democrático, habrán de enmarcarse el resto de los pactos, y entre ellos, por supuesto, el que incorpora e integra en la totalidad también a las «corporaciones» y a los organismos y entidades que constituyen los «viejos poderes fácticos», los cuales, a su vez, dentro de este marco, ganarían, no poco, en legitimación y hasta ética justificación.

(Ángeles Ródenas Calatayud)

DIETERLEN, Paulette.

Paternalismo y Estado de Bienestar.

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 175-194.

«Una de las preguntas relevantes que surge cada vez que examinamos el papel del Estado de bienestar -opina la autora- es ¿qué tipo de intervenciones estamos dispuestos a justificar?» Este tipo de Estado «ha sido, frecuentemente, criticado, tanto por ciertas corrientes de derecha, como de izquierda, por ser, precisamente, un Estado paternalista.»

En relación con esto, la autora desarrolla los siguientes puntos:

1. Carácter peyorativo del paternalismo. La autora analiza los siguientes argumentos aducidos contra el paternalismo: *a)* el paternalismo a la larga reduce la utilidad -es el argumento utilitarista de J. S. Mill-; *b)* el paternalismo viola los derechos de las personas a elaborar sus propios planes de vida -postura de Nozick.

2. Distintas concepciones del paternalismo. Se hace referencia en este apartado a las posturas de Gerald Dworkin, de Gert y Culver y de Van der Veer. El primero define al paternalismo como «la interferencia con la libertad de acción que se justifica por razones concernientes al bienestar, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses o valores de la persona o personas coercionadas». Gert y Culver sostienen, por su parte, una caracterización más amplia del paternalismo que incluye casos en los que ni se interfiere con la libertad de acción, ni son coercitivos (por ejemplo, el caso del médico que oculta al paciente el avance de su enfermedad). Por último, Van der Veer realiza la siguiente definición del paternalismo: «La acción u omisión de una acción X por parte de un sujeto A hacia S es paternalista si y sólo si: 1) A deliberadamente hace (u omite) X ; 2) A cree que el hacer (u omitir) X es contrario a la preferencia, a la intención o a la disposición de S , en el tiempo preciso en que A hace u omite X (o cuando X afecta a S o hubiera afectado a S , si se hubiese hecho (u omitido) X);

3) A hace u omite X con el fin de promover un beneficio para S ; un beneficio que según A no ocurrirá a S , en caso de que A haga (u omita) X ; o prevenir un daño a S , un daño que según A ocurrirá a S en caso de que A haga (u omita) X . La autora considera que esta definición ofrece las ventajas de permitir una distinción entre diversas clases de interferencias y ofrecer una visión moralmente neutra del paternalismo.

3. Justificación del paternalismo. Se consideran los siguientes argumentos: el argumento del consentimiento, el del bien de las personas, el de las capacidades básicas y el de los daños y los riesgos. En opinión de la autora «quizá el problema de la justificación del paternalismo radique en querer encontrar un criterio único (...). Sólo la investigación empírica de las condiciones en las que se encuentran las personas afectadas por la acción paternalista podrá ayudarnos a elegir cuál de las justificaciones se aplica mejor y por qué».

4. Distinción entre políticas paternalistas y políticas de justicia distributiva. Para realizar esta distinción hay que tener en cuenta los siguientes aspectos: 1) El aspecto histórico (es decir, sin garantías o derechos aparentemente paternalistas fueron otorgados por el Estado u obtenidos por ciertos sectores de la sociedad), 2) El aspecto de la integridad personal (una política corresponde a un Estado justo cuando contribuye a formar o garantizar la integridad corporal, psíquica y de imagen

que uno da de sí mismo a las personas), y 3) El aspecto de los bienes primarios (es un deber del Estado asegurar las capacidades de los ciudadanos para adquirir algunos bienes primarios). El artículo concluye con una reflexión sobre el problema del paternalismo estatal en México.

(Daniel González Lagier)

DURÁN Y LALAGUNA, Paloma.

Los derechos humanos: ¿una nueva Filosofía?

Ed. Nau Llibres, Valencia, 1988, 248 págs.

El libro pretende ser una reinterpretación de los derechos humanos. Según señala la autora en la introducción, para muchos, hablar hoy de los derechos humanos es replantear un tema ante el que sólo se puede reaccionar con escepticismo. La falta de cumplimiento y de respeto de los mismos viene a constatar casi una falacia. Al menos, éste es el panorama poco alentador que apoyan muchos ciudadanos.

Sin embargo, la autora pretende confirmar con esta obra que puede salvarse ese escepticismo.

En primer lugar, teniendo en cuenta que el término «derechos humanos» ha sido utilizado a veces de una manera desproporcionada; y en muchos Estados el recurso a estos derechos ha servido para justificar lo injustificable. Ese desfase entre lo que deberían ser los derechos humanos y lo que de hecho son, hace pensar en la necesidad de un estudio de las causas por las que se lleva a cabo el incumplimiento o, al menos, las causas por las que su defensa es disminuida.

En ese intento, la autora presenta un estudio atractivo de la práctica de los derechos humanos, centrándose concretamente en la actividad del Consejo de Europa.

La razón de esa elección obedece a tres motivos:

-El Consejo de Europa es creado en un momento crucial, exactamente un año después de la proclamación de la Declaración universal de derechos humanos.

-El ámbito de actividad del Consejo de Europa es bastante concreto: los Estados del círculo europeo.

-La defensa llevada a cabo desde el Consejo se ha traducido en el orden operativo, con la creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la Comisión Europea de Derechos Humanos.

Teniendo en cuenta estas razones, la autora se centra, fundamentalmente, en el estudio de la jurisprudencia del Tribunal, deduciendo lo que en la práctica jurisprudencial se entiende por cada uno de los derechos humanos. Tras este análisis, el libro recoge un estudio detallado acerca de los criterios de defensa de derechos humanos, que se desprenden de la práctica del Tribunal; y a partir de ahí, la autora desarrolla su propuesta de solución. La obra, por tanto, se podría dividir en dos partes: una primera dedicada a un estudio más bien de carácter jurídico-positivo, y la segunda, desde la perspectiva de la filosofía del Derecho, motivos por los que puede considerarse de interés, dada la repercusión multidisciplinar del tema analizado.

Además, se presenta también un apéndice documental, que recoge los textos de derechos humanos, prioritariamente estudiados, incluyendo junto a ellos la relación de las sentencias del Tribunal, desde el inicio de sus actividad en 1961 hasta 1988.

Por todo ello, el libro puede considerarse como una obra completa sobre los derechos humanos en el contexto europeo.

(Lourdes Gordillo Álvarez-Valdés)

DWORKIN, Ronald.

El imperio de la justicia (trad. Claudia Ferrari).

Ed. Gedisa, Barcelona, 1988, 328 págs.

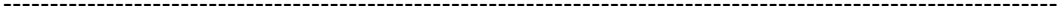
«¿Cómo puede mandar la Ley cuando los libros de derecho son silenciosos, confusos o ambiguos? Este libro -dice el autor- establece en toda su extensión la respuesta que he estado desarrollando, paso a paso, durante varios años: que el razonamiento legal es un ejercicio de interpretación constructiva, que nuestro derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas legales como un todo, que consiste en la historia narrativa que convierte a estas prácticas en lo mejor que pueden ser (...). Este libro pule, expande e ilustra esa concepción del derecho (...). Rastrea sus consecuencias para la teoría general abstracta y luego, para una serie de casos concretos que surgen del sentido común, de estatutos y de la Constitución.

Utilizo distintos argumentos, modelos y ejemplos que he utilizado antes, aunque en cada caso en forma diferente y, espero, mejorada. Esta repetición es deliberada: permite que muchas discusiones y ejemplos sean aquí breves(...). Este libro abarca, como debe hacerlo cualquier libro sobre teoría legal, un número de intrincadas y muy estudiadas cuestiones de filosofía general. No he querido interrumpir el argumento general con una excursión a estas cuestiones, de modo que, cada vez que me fue posible, las he tratado en forma de notas. También he utilizado las notas para incluir extensas discusiones sobre ciertos argumentos presentados por algunos eruditos legales.

(...) En *Taking Rights Seriously*, desarrollé argumentos contra el positivismo legal que enfatizaba la fenomenología de la adjudicación: dije que los jueces sienten la obligación de dar lo que denomino «fuerza de gravedad» a decisiones anteriores y que esta obligación contradice la doctrina positivista de la discreción judicial. Este libro, en particular el capítulo 4, enfatiza más los defectos fenomenológicos que los interpretativos del positivismo, pero en el fondo, ambas deficiencias son iguales. También durante años me he opuesto a la afirmación del positivismo de que no puede haber respuestas “correctas” a preguntas legales polémicas, sino respuestas “diferentes”. (...) En este libro sostengo que los críticos no logran entender de qué trata en realidad la controversia sobre las respuestas correctas, de qué debe tratar si la tesis escéptica, que no existen respuestas correctas, cuenta como cualquier otro argumento contra la teoría del derecho que defiende. Afirmo que la controversia es en realidad sobre moralidad y no sobre metafísica y la tesis de la respuesta-no-correcta, entendida como un reclamo moral, no es para nada persuasiva, tanto en lo que respecta a la moralidad, como al derecho.

En general -continúa el autor-, he tratado de no hacer una comparación entre mis puntos de vista y los de los otros filósofos legales y políticos, ya sean clásicos o contemporáneos, o de señalar cuánto han influido o qué he extraído de sus trabajos. Tampoco es este libro un estudio de las últimas ideas en jurisprudencia. Si hago un estudio detallado de varios puntos de vista modernos en la teoría legal, incluyendo el positivismo legal “suave”, el análisis económico del derecho, el movimiento de los estudios legales críticos y las teorías “pasivas” e “intención de los autores” del derecho constitucional americano. Sin embargo, toco estos puntos porque sus postulados tienen que ver con mis argumentos, y niego, por completo, a muchos filósofos legales cuyo trabajo es de igual o mayor importancia.»

(Daniel González Lagier)



EZQUIAGA GANUZAS, Fco. Javier.

Concepto, valor normativo y función interpretativa de las exposiciones de motivos y preámbulos.

Revista Vasca de Administración Pública, núm. 20, 1988, págs. 27-49.

En el trabajo se plantean fundamentalmente tres problemas relacionados con la exposición de motivos y el preámbulo de los documentos normativos: su concepto, su valor normativo (con especial referencia al preámbulo constitucional) y su función interpretativa.

En primer lugar, a la vista de la actual práctica legislativa y jurisprudencial, se puede afirmar que entre preámbulo y exposición de motivos no se aprecia ninguna diferencia de contenido, aunque de acuerdo con los reglamentos parlamentarios, la rotulación adecuada para los discursos introductorios al articulado de un documento normativo ya aprobado por las Cámaras debe ser «preámbulo».

En segundo lugar, no cabe duda de que el preámbulo, caso de existir, es parte del documento en el que se encuentra y que, por tanto, sus enunciados poseen el carácter de disposiciones normativas, aunque éstas tienen una intensidad prescriptiva menor que las disposiciones del articulado ya que por sí solas no son fuente de derecho objetivo, si bien es cierto que al intervenir en la determinación del significado de las disposiciones del articulado puede afirmarse que también a partir del preámbulo se construyen normas.

En tercer lugar, debido a las especiales características de la Constitución y en concreto de su preámbulo, el debate acerca del carácter normativo de éste ha sido especialmente importante, aunque considero en concreto respecto del papel de la Constitución española de 1978, que los efectos prácticos de la polémica son escasos ya que la integridad de su preámbulo está luego recogida, de una forma más o menos expresa, en el articulado. Por último, analizando sus decisiones se descubre que para el Tribunal Constitucional el preámbulo no tiene «valor normativo», pero es un elemento a tener en cuenta en la interpretación: como instrumento de la interpretación histórica, como instrumento de la interpretación psicológica y como instrumento de la interpretación teleológica.

FARIÑAS DULCE, María José.

Tensión y distinción entre la Sociología del Derecho y la Dogmática jurídica en la obra de Max Weber: un problema metodológico.

Anuario de filosofía del Derecho, núm. 5, Madrid, 1988, págs. 195-223.

En opinión de la autora, «afrentar un estudio de la problemática que plantea la relación derecho y sociedad, comporta necesariamente analizar los problemas metodológicos que, en todo caso, subyacen a aquélla relación. A tal objetivo respondió el propósito que Max Weber se marcó en sus escritos de carácter sociológico-jurídico. En concreto, y, fundamentalmente: la distinción entre la metodología de la ciencia dogmático-jurídica frente a la nueva metodología empírico-causal de la Sociología del Derecho, por él propuesta, a lo que se juxtapone el problema de la relación entre la normatividad y la empirie y, con ello, la tensión entre el concepto jurídico del derecho y el concepto sociológico del mismo y, en definitiva, la tensión entre la Dogmática jurídica y la Sociología del Derecho».

El primer apartado de este artículo se ocupa del planteamiento metodológico con el que Max Weber se enfrenta a esta cuestión. Se caracteriza la postura de este autor por no compartir «la contraposición tradicional entre “naturaleza” y “vida social”, que persigue la diferenciación de las ciencias de la vida social y las ciencias naturales, en función del objeto de ambas (...). Se inclina, sin embargo, por un concepto de “naturaleza” que deriva de la contraposición entre “la totalidad de las disciplinas que operan con una explicación empírico-causal” y “las disciplinas que persiguen fines normativos o dogmáticos, como son: la lógica, la ética teórica, la estética, las matemáticas, la dogmática jurídica y la metafísica dogmática...”». En el ámbito del derecho «por una parte, tendríamos la ciencia dogmático-jurídica, que se ocupa de la esfera conceptual de las normas jurídicas (...). Por otra parte, nos encontramos con todo tipo de consideración histórico-empírica (Sociología del Derecho e Historia del Derecho), que, en contraposición a la anterior, “abordan las normas jurídicas” -incluyendo el producto de la elaboración dogmático-jurídica- considerándola como “entes fácticos” en la realidad histórica». Por consiguiente, Weber no negó carácter científico a la dogmática jurídica. En definitiva, para este autor «existen dos tipos de aproximaciones al derecho: el *sociológico* y el *jurídico*, y consiguientemente, dos métodos diferentes, pero ambos igualmente válidos desde el punto de vista científico».

En el segundo apartado la autora se ocupa del objeto de la Sociología del Derecho de Max Weber. Hay que partir del dato de que «la sociología para Weber es una ciencia *comprendiva* y *causal*, “que pretende entender, interpretándola, la acción social para de esta manera explicarla, causalmente, en su desarrollo y efectos”». Por ello, «la sociología jurídica no estudia el orden jurídico en cuanto conjunto de preceptos o proposiciones normativas, sino en cuanto “complejo de motivaciones del actuar humano real”», teniendo en cuenta que «el factor determinante causal de los comportamientos jurídicos reales no es el orden jurídico o las normas jurídicas, entendidas desde un punto de vista dogmático-jurídico, esto es, en cuanto a su validez ideal-normativa, sino la representación o apreciación real que los individuos tienen de ellas».

Al contrario que Weber, Kelsen «mantuvo que la sociología del Derecho no es una ciencia autónoma e independiente, porque no está en condiciones de delimitar su objeto, esto es, de establecer lo que es

el derecho». En concreto, Kelsen sostiene que «la definición weberiana del objeto de la sociología del Derecho era insatisfactoria, por ser demasiado restringida», y que «ningún sociólogo del derecho podía delimitar su campo de acción o el objeto de su investigación, sin un criterio que le permitiera distinguir un comportamiento “jurídico” de otro que no lo es. Y este criterio sólo podía venir dado por la ciencia jurídica».

(Daniel González Lagier)

FIGUERAS PAMIES, Montserrat.

El problema de los embriones «in vitro» y el vacío de derecho.

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 441-447.

«Desde hace poco -comenta la autora- todos hemos asistido a la confirmación a la confirmación real de los “embriones in vitro”, es decir, de la fecundación artificial del óvulo femenino por el espermatozoide masculino fuera del útero materno, y la posterior implantación en la mujer del óvulo fecundado.» Este hecho «lleva a la conmoción de los fundamentos éticos, sociales y jurídicos en que hasta ahora se sustentaba, en el campo de la biogenética, la estructura social». La autora se ocupa de abordar esta problemática desde un punto de vista filosófico-jurídico.

En primer lugar, se plantea si el embrión no transferido ha de ser considerado como un «nasciturus», o como un «concepturus», opinando que debería caracterizarse como un «concepturus» cualificado, en cuyo caso «la misión del derecho en el embrión aislado o extrauterino es conducirlo para que se transforme de «concepturus» cualificado a «nasciturus» o ser en gestión, tutelando este proceso y condenando cuanto lo aparte o conculque». A continuación la autora distingue cuatro supuestos «cuyo denominador común sería la imposibilidad de fecundación tanto natural como por inseminación artificial directa»:

«-En el primer supuesto se podrían incluir todos los casos ya existentes en la realidad social de parejas que, por el deseo de tener hijos propios, recurren a la introducción artificial del óvulo fecundado en la misma mujer a la que pertenece dicho óvulo.

-El segundo supuesto es el de la fecundación del óvulo y espermatozoide de una misma pareja, pero implantados en el útero de otra mujer (...).

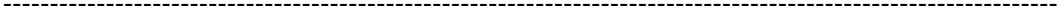
-El tercero sería el de la implantación en una mujer no aparejada de un óvulo suyo fecundado por un padre desconocido.

-El cuarto supuesto, el de una mujer, o un hombre, por separado o conjuntamente que “alquilen” o pidan a otra mujer para que efectúe la gestación de un óvulo de mujer desconocido fecundado por espermatozoide de hombre desconocido (...).

Posteriormente, se ocupa de «cuál debería ser el enfoque jurídico de estos momentos en la legislación española». Para ello hay que tener en cuenta, según su opinión, el artículo 15 de la Constitución, una definición de derecho como «el imperativo emitido o permitido por el Estado que tiene en sí mismo implícita la coercibilidad, que tiene su raíz en lo social y que se mueve dentro de los parámetros considerados éticos en la comunidad donde tiene su raíz», y, por último, un concepto de justicia «relacionado con la llamada “ética civil”». Según ésta hay que «partir de una puesta en práctica de lo que es justo que en cada situación concreta necesite la opinión de la mayoría, entendiéndose dicha opinión mayoritaria como consenso pasivo».

La conclusión de todo ello es que, aunque algunos de los supuestos antes mencionados plantean más problemas que los otros, «no debemos cerrarnos de manera absoluta (...). Debemos dejar este “riesgo de irracionalidad” o de disconformidad “de la minoría disidente” respecto a lo justo o injusto, que actúe como contrapeso de grandes cambios bruscos», pero sin cerrar toda posibilidad a las nuevas situaciones que se planteen.

(Daniel González Lagier)



GALINDO AYUDA, Fernando.

Autopoietica, ¿hermenéutica renovada? Sobre el método en la construcción de una teoría del Derecho.

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs, 307-348.

Partiendo del hecho de que «en la discusión filosófico-jurídica actual toma importancia creciente el tema de la construcción de una teoría o concepto de Derecho acomodados al momento histórico en que vivimos» el autor se propone en este artículo «tratar de lo siguiente: En primer lugar (I), tras explicar: 1) (...) por qué cabe discurrir sobre teorías del Derecho hoy y en qué sentido cabe hacerlo, 2) se mencionan algunas de las características-resultados de los métodos de conocimiento utilizados en la actualidad por aquellas corrientes filosófico-jurídicas que sostienen a la denominada teoría del Derecho analítica y 3) comparándolas con las características del método o los métodos utilizados por quienes elaboran los trabajos de sociología jurídica, en cuanto que ambas corrientes son adecuados -comunes- puntos de referencia para expresar la limitada eficacia de la aplicación parcial de los métodos de razonamiento tradicionales en la sociedad moderna (deducción e inducción) en la construcción de teorías del Derecho. Tras poner énfasis en cómo por la discusión postpositivista se han propuesto las modificaciones a sufrir por los métodos a seguir en la construcción de teorías, se estudia (II), el alcance de la hermenéutica como comprensión del conocimiento, comprobando, fundamentalmente, su aportación a la construcción de una teoría de la argumentación-jurídica como teoría del Derecho. La caracterización del conocimiento humano por la teoría de la autopoiesis es puesta de relieve en la siguiente parte del trabajo (III), recogiendo el uso que de la misma hace la teoría de los sistemas sociales de Luhmann, así como las posibilidades que esta teoría o autopoietica ofrece para construir una teoría del Derecho actual. También, con brevedad, son comparadas autopiética y hermenéutica, mostrando las ventajas e inconvenientes de una y otra filosofía. Finalmente (IV), se establece la conveniencia de que no sea uno sólo el método a considerar en la construcción de una teoría -mejor que concepto- del derecho, si se quiere que ésta sea capaz de articular democráticamente las necesidades jurídicas y sociales del presente momento histórico».

(Daniel González Lagier)

GARCÍA AMADO, Juan Antonio.

Sociología sistémica y política legislativa.

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 243-270.

Se trata de analizar el modo como la sociología jurídica de orientación sistémica contempla la relación entre normas jurídicas y realidad social. Se comienza por presentar brevemente la interrelación entre sistema social y sistema jurídico en Luhmann y se concluye esta parte con la afirmación de que pese a su gran finura teórica el análisis de Luhmann no contiene indicaciones precisas para la práctica legislativa, pues todo cambio social o jurídico relevante parece quedar al albur de las determinaciones sistémicas. A continuación se pasa revista a los intentos que llevan a cabo autores como Teubner o Willke de aplicar las categorías de la teoría de sistemas, principalmente, bajo su formulación luhmanniana, al análisis de la interrelación entre la actividad normativa y los cambios sociales. Abogan estos autores por una práctica normativa jurídica que no trate de incidir directamente en la vida interna de los otros sistemas, como el económico, sino que sea mera delimitación del campo de desenvolvimiento en que estos otros sistemas operan y se relacionan. Tales tesis son criticadas en el trabajo, tanto desde el punto de vista de su difícil compatibilidad con las tesis de Luhmann en que pretenden inspirarse, como desde su carga política e idealista subyacente.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio.

Teorías de la tópica jurídica.

Ed. Civitas, Madrid, 1988, 388 págs.

En el libro, el examen de la gran discusión doctrinal en torno a las tesis de Theodor Viehweg y otros autores sobre el carácter «tópico» del trabajo con el Derecho, da lugar a un amplio examen de algunos de los más destacados problemas de la moderna teoría del Derecho: el carácter sistemático o casuístico del Derecho, la relevancia de la lógica para la actividad jurídica, la base social de dicha actividad, la polémica sobre el estatuto científico de las distintas disciplinas o técnicas que operan con el Derecho, la contraposición entre las visiones estática y dinámica de lo jurídico, etc.

Particular relevancia se concede al tratamiento comparativo de algunas de las principales doctrinas actuales de la metodología jurídica, como las llamadas teorías de la «argumentación jurídica», tendentes a mostrar la estructura argumentativa del razonamiento jurídico y las claves de su legitimación discursiva. El problema central que en este marco se plantea es el de la racionalidad de las valoraciones presentes en la aplicación del Derecho. Se concluye que para la solución de tal problema la tópica jurídica ha abierto perspectivas interesantes, pero no ha proporcionado, ni ha pretendido proporcionar, una respuesta definitiva.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto.

¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico.

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 155-173.

El autor se propone en este artículo: «I) Establecer algunas diferencias conceptuales entre el paternalismo jurídico y otras formas de coacción estatal que presentan algunas semejanzas con aquél desde el momento en que se apartan del principio del daño a terceros propiciado por Mill. II) Analizar los argumentos que suelen ser formulados en contra del paternalismo jurídico. III) Considerar la posibilidad de establecer tipos de paternalismo jurídico justificables éticamente.» Cada uno de estos propósitos ocupa un apartado del artículo.

En el primer apartado se parte de la siguiente aproximación al concepto de paternalismo jurídico: «el paternalismo jurídico sostiene que siempre hay una buena razón en favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también en contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone esta medida». El autor hace referencia también a «una posible función moralizante del ordenamiento jurídico», que quedaría también dentro del paternalismo jurídico en un sentido más amplio, y a «dos formas de intervención coactiva relacionadas aunque no idénticas con el paternalismo jurídico propiamente dicho: cuando el Estado interviene con el propósito de asegurar un beneficio (físico, psíquico o económico) del destinatario de la medida en cuestión; y el perfeccionismo: siempre es buena razón, en favor de una prohibición jurídica, sostener que es probablemente necesaria para perfeccionar el carácter de la persona a quien se le impone».

En el segundo apartado se tratan los siguientes tres argumentos que suelen aducirse contra el paternalismo jurídico: el argumento utilitarista, el argumento del respeto a la autonomía de la persona y el argumento de la violación del principio de igualdad. Tras su análisis el autor considera «que los argumentos aducidos en contra del paternalismo jurídico no son muy convincentes».

La afirmación anterior «no significa, desde luego, haber demostrado la posibilidad de su justificación moral», por lo que el tercer apartado intenta justificar éticamente algunos tipos de paternalismo jurídico. Tras el análisis de los conceptos de competencia e incompetencia básica, el autor propone que «el razonamiento justificante de una medida paternalista tiene (...) que partir de dos premisas, una de tipo empírico (la verificación de una incompetencia básica) y otra de tipo ético normativo (el déficit provocado por una incompetencia básica debe ser superado, justamente en aras de la autonomía y la igualdad que quienes sostienen la vigencia exclusiva del principio de daño consideran que son puestas en peligro por el paternalismo jurídico)». Estas dos premisas son condiciones necesarias de la justificación del paternalismo jurídico y su conjunción las transforma en suficientes, según este autor. «De admitir esto continúa el autor habrá que concluir que no está éticamente justificable interferir en los siguientes casos:

- a) cuando alguien con competencia básica quiere dañarse y hasta privarse de la vida para castigarse a sí mismo o porque considera que la vida carece ya de sentido y la muerte es una liberación (...).
- b) cuando alguien que posee competencia básica prefiere correr el riesgo de un daño seguro o altamente probable en aras de su propio placer o felicidad (...).

c) cuando alguien con competencia básica arriesga su vida en aras de los demás (...).»

El autor finaliza con una reflexión acerca de la función moralizante del paternalismo jurídico en cuanto que «si se admite (...) que el punto de vista interno es condición necesaria, aunque no suficiente, de la existencia de un ordenamiento jurídico positivo y que aquél es expresión de las mores de los grupos políticamente significativos, no hay duda que el ordenamiento jurídico cumple, en este sentido, una función moralizante».

(Daniel González Lagier).

GESSNER VOLKMAR; CABALLERO, F. J.

Sociología de las innovaciones jurídicas.

Ed. Laboratorio de Sociología Jurídica, San Sebastián, 1988, 69 págs.

Este libro se compone de seis artículos breves que se emplazan, según temática, en «Nuevas formas de creación de empleo» o en «Nuevas formas de resolución de conflictos matrimoniales».

En el primero de estos artículos, *Los efectos de los programas de ayuda de la CEE para la creación de iniciativas locales de empleo*, de Hans Harms, el autor hace una comparación entre los mercados de trabajo de la Europa industrializada y los de la Europa Sur menos industrializada. Se estructura en dos grandes epígrafes rubricados: *Causas del fenómeno socioeconómico* y *Repercusión del ingreso de España en la Comunidad Europea*. En el primero se señalan como causas fundamentales de las nuevas formas o alternativas de trabajo «el cambio de valores» y «el desempleo masivo». La primera se da, principalmente, en los países más industrializados al observarse las consecuencias ecológicas y sociales debidas al sistema económico. Junto a ello se muestra la situación del mercado de trabajo en las zonas menos industrializadas, sirviéndose de la situación existente en Andalucía, en donde el corporativismo es el sistema alternativo preferido. Por último, se trata el tema de la repercusión del ingreso de España en la CEE.

El segundo artículo se rotula *Los obstáculos principales para la creación de nuevas formas de empleo*, y su autor es Armind Höland, corriendo la traducción a cargo de Ana Isabel Irizar Gómez. En este artículo se señala cómo las nuevas formas de empleo y de empresa tienden a la preeminencia del empleo respecto de los posibles bienes obtenibles: a la autogestión; a la orientación local, etc... Se compara, a su vez, la normalidad jurídica y económica actualmente existente con las nuevas formas de empleo, lo que determina la necesidad de un cambio de aquélla para acomodarse a las nuevas formas de empleo y empresa.

El tercer artículo se titula *El sostén económico y jurídico de los organismos de asesoramiento para las iniciativas locales de empleo* (en Francia) y su autora es Dominique Nocaude, estando traducido por F. J. Caballero. La autora hace una exposición de los diversos organismos franceses encargados de asesorar las iniciativas locales de empleo. Dichos organismos son tanto de consejo, como económicos y jurídicos. Se señala, asimismo, cómo el conjunto de los actores socioeconómicos locales están en proceso de cambiar de mentalidad y cómo estas experiencias permiten una toma de conciencia de los problemas de creación de empleo a partir de las realidades de terreno.

El cuarto artículo: *La aptitud de la forma cooperativa para la organización de las nuevas formas de empleo a escala social* es obra de Utrich Willier y ha sido traducido por A. I. Irizar. Su autor expone algunas hipótesis sobre las posibilidades que aporta el estatus de cooperativa a las personas susceptibles de montar un negocio. Como quinto artículo se presenta el de Anthony Ogus, traducido por Blanca Cuerda bajo el título: *La conciliación extra-judicial de los conflictos matrimoniales*. En este artículo se comienza dando un concepto de conciliación para pasar, posteriormente, a dar una muestra de la evolución de la conciliación en el Derecho de familia de los países anglófonos, en donde nos encontramos con procesos ligados a los tribunales, procesos referentes al sector privado y procesos referentes al sector voluntario. Se tratan también, desde un punto de vista crítico, cuestiones

sobre el futuro de conciliación.

El último artículo de este libro es obra de Siegfried Willutzki y trata sobre *El juzgado de familia como mecanismo efectivo de resolución de los conflictos matrimoniales: experiencia en Alemania*, traducido por Cristina Antón Más. En este artículo se nos muestra el «joven» Tribunal de Familia instaurado en Alemania en 1977, con el fin de unificar todos los procesos concernientes a la familia.

GIL CREMADES, Juan José.

Approche methodologique des regles juridiques regissani le secret professionnel.

Consejo de Europa, Actas del decimoséptimo coloquio de Derecho europeo, Zaragoza, 1988, págs. 140-152.

En esta ponencia el autor pretende determinar las líneas homogéneas posibles para el secreto profesional y situar en el ordenamiento jurídico -nacional y europeo- su dimensión jurídica.

Con este fin el autor divide este trabajo en los siguientes apartados: «*Secreto profesional*», y «*Derechos de la personalidad*», El «*secreto profesional*» en el sistema de Derechos fundamentales y El «*secreto profesional*» en el conflicto entre libertades individuales y Derechos sociales, y llega a las siguientes conclusiones:

a) La ley debería definir y clasificar los bancos de datos de los profesionales, determinar sus exigencias de funcionamiento y la necesidad de su registro.

b) Las personas individuales y colectivas deben tener conocimiento de la existencia de bancos de datos de carácter profesional, y se les debe garantizar un control, de modo que: 1) puedan tener acceso a los datos que les conciernan y 2) puedan corregir y anular los datos inexactos, o ejercer, en su caso, el llamado «Derecho al olvido».

c) Las hipótesis de transmisión de la información autorizada por la ley deben ser excepcionales. Aunque la cláusula utilizada en esta recomendación es indeterminada, en opinión del autor es imposible utilizar una técnica legislativa que eluda el uso de cláusulas de este tipo cuando se trata de definir las excepciones al principio de conservación del secreto.

d) Es necesario establecer instrumentos de garantía que protejan el ejercicio de la libertad de información, pero que sean compatibles con el respeto a la intimidad. Los órganos de control pueden ser: 1) los tribunales; 2) un comisario administrativo controlado por el parlamento, incluso nombrado directamente por él, o a propuesta del gobierno (Datenschutzbeauftragter alemán); 3) una comisión concebida como una autoridad administrativa independiente (caso francés); 4) en determinados casos, el Tribunal constitucional; 5) reforma de las legislaciones penal y procesal teniendo en cuenta el contexto en el cual se sitúa actualmente el secreto profesional. En resumen, opina el autor que el secreto profesional debe ser entendido de manera amplia, es decir, como la garantía dada a los individuos, grupos e instituciones, que decidirán cuándo y cómo estas informaciones, que les afectan directamente, podrán ser transmitidas a terceros.

(Felipe Renart García)

GIL CREMADES, Juan José.

Del paradigma del «mal legislador» al paradigma del «mal juez».

Theoria, San Sebastián, núms. 7-8-9, octubre 1987-septiembre 1988, págs. 109-119.

Este texto recoge la contraponencia que el autor presentó a la ponencia de Aulis Aarbnio *Sobre el razonamiento jurídico como razonamiento perpetuo* en las X Jornadas de filosofía jurídica y social, celebradas en Alicante en Diciembre de 1987. En su opinión en la conferencia de Arnio «de una parte, se aborda la decisión judicial desde el punto de vista de la filosofía de la acción -¿cómo se tomó y por qué se tomó la decisión?; de otra parte, se aborda la decisión judicial desde el punto de vista de su *legitimidad o justificación*. En el primer caso, se cree aplicable, con ciertas limitaciones que el texto expone, el silogismo práctico: éste sirve de esquema explicativo. En el segundo caso, el esquema válido es el de la lógica del *discurso argumentativo*. El primer plano, sería incluíble en el ámbito de la *razón*; el segundo, en el de lo *razonable*».

Sin embargo, para el autor «no se establece un puente de unión entre la temática abordada en el primer punto y la tratada en el segundo» y «no se habla específicamente del comportamiento del juez o de cualquier otro agente jurídico, sino de la “conducta humana en general”, e incluso se concluye con un ejemplo trivial y cotidiano -el abrir las hojas de una ventana- (...)». En la segunda parte -continúa-, el raciocinio, la argumentación se ciñe a la interpretación de un texto ofrecido por el sistema de fuentes jurídicas. Pero el carácter lógico de la argumentación se muestra insuficiente, pues suministra sólo una justificación externa. Más allá de este resultado, cuando se pide una justificación *interna*, se aducen razones *axiológicas* y se apela, en la línea en que Robert Alexy se refiere a Jürgen Habermas, a la *intersubjetividad* de la comunicación humana: se habla incluso de una «simple comunidad jurídica», -legal community como un ideal, como una utopía: la utopía, por extraño que parezca se aduce como garantía de la racionalidad más problemática: la de las opciones valorativas.»

Para el desarrollo de estas líneas de crítica el autor estructura la ponencia en cuatro apartados. En el primero de ellos se realiza «un análisis más pormenorizado que tratará de la proyección jurídica de la “filosofía de la acción”». En el apartado segundo se muestra «una mayor complejidad del tema de la lógica de la argumentación» y en el tercero se hace «mención a cómo la depuración de la metodología jurídica clásica, esto es, la implantada por la «jurisprudencia de conceptos- acorde con los principios de política jurídica de la Revolución liberal (...), depurada por la filosofía analítica, irrita aún más a un radicalismo post-metodológico, que califica a nuestra época de un tiempo sin paradigmas, un tiempo en que han quedado rotas las sendas que conducían a la utopía». Por último, en el apartado cuarto se apuntan nuevos problemas que amplían «el reduccionismo de la metodología clásica» y se abren «a la posibilidad no del *bon legislateur* o del obediente, porque deductivo, *bon judge*, sino también a la del “mal legislador” y la del “mal juez”, porque optaron mal en sus decisiones».

(Daniel González Lagier)

GUISAN, Esperanza (Coord.)

Esplendor y miseria de la ética kantiana.

Ed. Anthropos, Barcelona, 1988, 229 págs.

«Por primera vez se procede en España -dice la coordinadora de este libro- a reunir a un grupo de especialistas en filosofía Moral para abordar conjuntamente, cada uno desde su perspectiva particular, los méritos y deméritos de la ética kantiana.»

El libro se abre con el trabajo de José Luis L. Aranguren *Filosofías racionalistas, filosofías noéticas y Kant*, en el que «además de mostrarse las grandezas y debilidades de la filosofía moral de Kant, se rastrean los orígenes luteranos del pensamiento kantiano, incluida la secularización de la idea del «pecado original», también en versión fuerte luterana».

«El trabajo del profesor José Rubio Carracedo -dice la autora- *El influjo de Rousseau en la filosofía práctica de Kant* se centra en las influencias importantes que el pensamiento rusioniano ejerció sobre el de Kant, es aspectos tan concretos y relevantes como la idea de la igualdad esencial entre los hombres, la confirmación de la insuficiencia del tratamiento empirista de la moral por los tratadistas británicos del *moral sense*, así como un enfoque objetivo de la naturaleza humana, la sociedad y la historia.»

«Dentro de este momento de confrontación de Kant con los pensadores de su tiempo se inserta, asimismo, el trabajo del profesor Gilberto Gutiérrez *La razón práctica a entre Hume y Kant*, que lleva concebida al modo teleológico, como en el caso de Mosterín, y la racionalidad deontológica, *more kantiano*»

Continúa esta recopilación con el texto *Habermas en el reino de los fines*, de Javier Muguerza, quien «al igual que lo había hecho el profesor Gutiérrez toma decidido partido a favor de Kant, enfrentándolo en esta ocasión con las concepciones «dialógicas» de la ética, propugnadas por Habermas y otros en nuestros días».

El ensayo de Adela Cortina, *Dignidad y no precio: más allá del economicismo*, «que nos muestra ampliamente la génesis y desarrollo de los conceptos morales kantianos, enfoca los perfiles del pensamiento ético kantiano desde el ángulo más “favorecedor”, resaltando una de las facetas más atractivas de la doctrina moral kantiana, aquélla en la que el hombre aparece siempre como un fin en sí mismo, nunca como un medio u objeto de intercambio».

Con su trabajo *Immanuel Kant: una visión masculina de la ética*, Esperanza Guisán lleva a cabo «una exposición crítica de los aspectos más negativos de la ética kantiana, especialmente por lo que respecta a su olvido del papel de los sentimientos a la hora de coadyuvar a la construcción de la racionalidad práctica, o a su tajante escisión entre la persecución de la felicidad y la virtud como metas irreconciliables, en contra de la tradición clásica y el humanismo moderno y contemporáneo».

«El ensayo de Priscila Cohn aborda un problema de la ética aplicada de creciente interés. Kant y el problema de los Derechos de los animales trata de examinar los textos kantianos, especialmente aquéllos en los que se ejemplifica la aplicación del imperativo categórico, para buscar cabida y apoyatura más que textual contextual, dentro de la obra kantiana, a la defensa de los seres que si bien no han sido dotados de razón (al menos de una «razón» idéntica a la humana) constituyen una parte

importante de la naturaleza por la que Kant experimentó, sin duda, una profunda y declarada admiración (...).»

El libro se cierra con el artículo de Victoria Camps *Ética y política: ¿qué podemos esperar?*, en el que esta autora «se muestra extremadamente crítica, tanto frente a las éticas deontológicas como a las teleológicas. Concretamente, se enfrenta con una dosis de sano escepticismo a Kant, quién parece saber demasiado qué tenemos que hacer (a tenor de lo que nos indica el imperativo categórico) y qué podemos esperar (la felicidad en otra vida)».

(Daniel González Lagier)

GUISAN, Esperanza.

Necesidad de una crítica de la razón pura práctica.

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 273-289.

«Considero -dice la autora, precisamente, que uno de los retos con los que se enfrenta la filosofía moral contemporánea es el de la re-lectura, o tal vez re-escritura, de la *crítica de la razón práctica* kantiana, complementando y matizando aquellos aspectos que Kant descuidó, de tal manera que se proceda a una revisión en profundidad del uso realizado por Kant de la razón *pura* práctica (...), lo que significaría (...) su sometimiento a los deseos, sentimientos y necesidades humanos, rompiéndose así, adecuadamente, el impropio hiato acentuado por Kant, como tendré ocasión de demostrar, entre ser-deber ser, razón-pasión, entendimiento-deseo.» Con el fin de determinar «aquellos aspectos en los que la razón pura en su uso práctico no debe excederse en sus atribuciones y ha de proceder, por el contrario, a ser re-escrita en clave utilitarista», la autora realiza en este artículo una confrontación «de las aportaciones de Kant y J. S. Mill con relación al concepto de “felicidad” en general, respecto al cual se oponen y difieren, y el de “auto-estima” y “auto-respeto” que les acerca de forma insospechada».

El artículo se estructura en tres apartados. En el primero de ellos -*El hedonismo psicológico de Kant y Mill*- se sostiene que mientras Kant niega, por un lado, el hedonismo ético, por otro lado, se adhiere «a un exacerbado y desgarrador hedonismo psicológico egoísta que a nivel fenoménico parece dominar totalmente la conducta humana, constituyendo una carga pesada de la que sólo podemos liberarnos por medio de la obediencia a los preceptos de la razón pura». Por el contrario, Mill, si bien defiende un hedonismo ético universal, no se muestra inclinado a sostener un hedonismo psicológico egoísta. Esta diferencia entre ambos autores «redunda en una *concepción de la naturaleza humana* totalmente antagónica entre sí, lo que explica el distanciamiento en sus postulados éticos.

En el segundo apartado -*Ser-deber ser, hacer-deber hacer*- la autora introduce una división tripartita de los deseos y la búsqueda consiguiente de placeres, con el fin de aclarar la distinción entre «deseado» -plano del ser- y «deseable» -plano del deber ser -: el nivel I es el de los deseos y placeres solitarios; el nivel II, el de los deseos y placeres gregarios; el nivel III, el de los deseos y placeres solidarios. Para Mill los deseos genuinamente humanos son los del tercer nivel, pero esta creencia está viciada, según la autora, «por nuestra propia valoración de aquello que consideramos más deseable para el hombre». En este sentido, Kant se muestra más realista que Mill, aunque «algunas veces, por lo menos, “deseable” coincide con “deseado”».

La tercera parte -*Felicidad y virtud, gratificación y auto-estima*- se ocupa del concepto kantiano de auto-estima y del concepto de auto-respeto de Mill y de la relación de estos autores entre felicidad y virtud, concluyendo que «mientras que en Kant el concepto propio, o auto-estima, se liga con el reconocimiento de uno mismo como cumplidor de una ley que él mismo, en cuanto participante de la racionalidad universal, se ha dado, no en cuanto persona individual y “fenoménica”, con intereses y deseos empíricos, para Mill el auto-respeto es un sentimiento moral propio de personas en las que se desarrollan los sentimientos sociales de solidaridad, que constituyen el genuino respeto». La autora llega a sostener que «el planteamiento rigorista y religioso de Kant, que implica una cierta “maldad”

natural en el hombre, resulta un atentado contra la propia individualidad y libertad humanas».

(Daniel González Lagier)

HABERMAS, Jürgen.

¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad? (trad. de Manuel Jiménez Redondo).

Doxa, Alicante, núm, 5, 1988, págs. 21-45.

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

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

(Ángeles Ródenas Calatayud)

HERNÁNDEZ GIL, Antonio.

Discurso de clausura por el Excmo. Sr. D. Antonio Hernández Gil.

Poder Judicial, Madrid, núm. especial, 1988, págs. 115-121.

En este texto se recoge el discurso de clausura de las Jornadas sobre Derechos Humanos organizadas por el Consejo General del Poder Judicial. El autor advierte que el sentido de su intervención «es precisamente ir a una concepción del derecho en la que éste no se desenvuelva en el aspecto exclusivamente formal, ni siquiera en el exclusivamente ideal, sino nutrirle de contenido en su expresión y en su efectividad real».

El punto de partida se encuentra en que «la Constitución española se caracteriza por responder toda ella a un concepto material, no sólo del Derecho, sino del Derecho y del Estado; uno y otro, Derecho y Estado, no son meras formas». Según el autor, esto es así porque existe «una puesta en contacto del total orden jurídico con presupuestos y fines ético-sociales»: los valores superiores, los derechos fundamentales y la persona.

Respecto a valores cabe decir que todos ellos «tienen como nota común un componente ético que procede de enunciarse en términos de deber ser, y tienen, además, un componente social en cuanto que, lejos de constituir un nominalismo formalista, tienden a realizarse, a alcanzar una efectividad práctica concreta en la convivencia social».

El segundo de los presupuestos ético-sociales de una concepción material del Derecho y del Estado está constituido por los derechos fundamentales. Estos son, según el autor, «las grandes realizaciones de los valores superiores» y suponen «una ruptura con el positivismo jurídico y en particular con Kelsen». «La concepción de los derechos fundamentales -continúa- afirma el carácter esencial de unos derechos que son anteriores al Estado y no mera creación convencional de éste.» Precisamente por esta razón «la posición de protagonista se desplaza del Estado hacia la persona».

Cabe distinguir respecto de la manera de entender la persona tres fases a lo largo de la historia de la cultura jurídica occidental. En una primera fase el concepto de persona es el de «una investidura jurídica que sólo corresponde a algunos o que puede corresponder sólo a algunos»; se trata de la posición del Derecho Romano. En la segunda fase la persona se considera «como la exposición y el resultado de una investidura jurídica que el ordenamiento reconoce a todos». Por último, la tercera fase -en la que nos encontramos- supone «ver en la persona el fundamento del orden social, político y jurídico. La persona no empieza con el derecho» no es la capacidad jurídica, ni una creación de las normas, el Derecho dota de significación al ser humano existente con valor y vigencia previos en cuanto realidad ontológica y exigencia ética».

La Constitución española se inscribe dentro de esta última concepción de la persona, como se advierte en su artículo 10.1, que el autor comenta en el texto, atendiendo especialmente al concepto de dignidad.

(Daniel González Lagier)

HERVADA, Javier.

La distinción entre moral y Derecho en la perspectiva del realismo clásico.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 295-303.

Los criterios de distinción entre moral y Derecho dependen de las nociones de moral y Derecho de las que se parte. En este caso se trata de mostrar cómo se establece esta distinción según el pensamiento realista clásico. Para ello comienza el autor con algunas precisiones previas, que de no tenerse en cuenta podrían oscurecer la solución del problema.

La primera distinción se refiere a la naturaleza de las cosas y a la naturaleza de las ciencias. Las ciencias, recuerda el autor, no totalizan sus objetos, sino que se limitan a contemplarlos (ciencias especulativas) o realizarlos (ciencias prácticas) según una perspectiva o aspecto, tradicionalmente llamados objeto formal. Ello lleva a la distinción entre ciencia del Derecho y filosofía moral. Ambas ciencias tienen una perspectiva distinta. La filosofía moral -la moral como ciencia específica- tiene por objeto formal propio la conducta de los hombres respecto a su realización personal y en su relación con Dios. En cambio, la ciencia del Derecho tiene como perspectiva formal el orden social justo, o sea, la obra externa de la justicia; más precisamente: decir o determinar el Derecho. Por tanto, se trata de dos ciencias distintas; la ciencia jurídica no es una parte de la filosofía moral.

Cosa distinta -y con ello se entra en la segunda precisión- son las realidades. De entre ellas, hay una realidad humana específica que consiste en la conducta humana racional y voluntaria, que recibe el nombre de moral (es la realidad moral del hombre). Esta realidad moral es objeto de tres ciencias distintas: la filosofía moral, la ciencia política y la ciencia del Derecho.

Las conductas reguladas por el Derecho son, en el sentido indicado, conductas morales, que se refieren a la justicia, pero no a toda la justicia, sino sólo a la obra externa de ella. El orden social justo es, pues, una parte de la buena ciudadanía. Y como en realidad la acción humana es una en todas sus partes, las leyes, al influir sobre la buena ciudadanía, influyen en la conducta moral. No cabe, pues, escindir legalidad y moralidad como mundos separados y sin relación mutua. Pretender unas leyes que no toquen las virtudes o los vicios es caer en el más puro irrealismo.

HERVADA, Javier.

Apuntes para una exposición del realismo jurídico o clásico.

Persona y Derecho, Pamplona, núm. 18, 1988, págs. 281-300.

El autor intenta ofrecer una síntesis apretada de las nociones fundamentales del realismo jurídico clásico (justicia, Derecho y ley) en forma de pensamientos breves. Por realismo jurídico clásico entiende la filosofía del Derecho que se encuentra en Aristóteles, los juristas romanos, Tomás de Aquino, Villey, etc.

Para esta corriente de pensamiento, la justicia no es un valor ni una estimación emotiva, sino una virtud particular, que consiste en cumplir y satisfacer el Derecho: dar a cada uno su derecho (lo suyo). No es, pues, una vaga idea, sino la concreta disposición a conductas bien determinadas y precisas: cumplir y satisfacer el Derecho. Como sea que el Derecho es una cosa determinada, la justicia y la injusticia no consisten en apreciaciones genéricas, sino en el cumplimiento del Derecho y en su lesión respectivamente.

¿Qué es el Derecho en el realismo jurídico clásico? El Derecho no es la norma o ley, ni el Derecho subjetivo, sino aquella cosa -corporal o incorporeal- que, estando atribuida a un sujeto, le es debida con deuda en sentido estricto. Esta cosa se determina por el título de atribución y por la medida.

La ley es Derecho en sentido análogo -por metonimia con analogía de atribución. Propiamente es la regla del Derecho, esto es, causa y medida del Derecho. Es causa del Derecho, porque atribuye cosas corporales e incorporeales, y es medida, por cuanto delimita la extensión del Derecho, determina sus requisitos de ejercicio, etcétera.

Según esto, el oficio de jurista no consiste, en último término, en interpretar y aplicar la ley, sino en determinar el Derecho, que es lo mismo que determinar lo justo. La interpretación de las leyes es, sin duda, una función del jurista, pero no es el término de su oficio: las leyes se interpretan en cuanto son regla del Derecho. En último término, el oficio de jurista tiene como finalidad especificadora determinar el Derecho, esto es, lo justo. En conclusión, el jurista no es el servidor de la ley, sino el servidor de la justicia y el Derecho.

IGARTUA SALAVERRIA, Juan.

La moral en la justificación de las decisiones judiciales.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 165-192.

El autor pretende mostrar en este artículo «que en la justificación de las decisiones judiciales existe suficiente flexibilidad para propiciar un mutuo ajustamiento entre la moral y el Derecho».

Con este fin se descartan los puntos de vista empírico y normativo para el estudio de los juicios morales en las justificaciones judiciales. «El primero conduce -dice el autor- a la descripción de los juicios morales y su función en la justificación judicial; el segundo prescribe cómo deben incardinarse las concepciones morales en las sentencias.» En cambio, se adopta una perspectiva diferente, que el autor llama analítica. Esta consiste «en forjar un modelo que permita enumerar las fases lógicamente distinguibles en la justificación judicial y sea capaz de prever los huecos que ésta oferta al razonamiento moral».

En este sentido, el autor toma el modelo de aplicación del derecho de Wroblewski, que se descompone idealmente en cinco fases o «decisiones sectoriales», y señala los momentos de cada una de esas fases en los que la moral interviene en la decisión judicial. Tales fases son:

- 1) Decisión de validez de la norma aplicable al caso.
- 2) Decisión de interpretación del significado de esa norma.
- 3) Decisión de evidencia de los hechos tenidos por probados.
- 4) Decisión de subsunción de estos hechos en los supuestos que contempla la norma interpretada.
- 5) Determinación de las consecuencias que el Derecho impone a esos hechos ya calificados jurídicamente.

(Daniel González Lagier).

ITURRALDE SESMA, Victoria.

Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas.

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 349-382.

Este artículo versa sobre una de las (tradicionalmente consideradas) propiedades de los ordenamientos jurídicos: la completitud.

Después de una incursión terminológica, se exponen las teorías que han sido soporte de la tesis, según la cual, el Derecho es un orden completo. A tal fin se toman en consideración no sólo las teorías que podíamos denominar clásicas (del espacio jurídico vacío y de la norma general exclusiva), sino también otras dos: una de base lógica, y otra que toma como fundamento de la plenitud del ordenamiento la prohibición de denegación de justicia.

En un segundo momento se realiza una crítica cada una de las anteriores teorías a fin de mostrar que la completitud de los ordenamientos jurídicos no constituye una cualidad «a priori» de los mismos.

Las teorías iusfilosóficas del espacio jurídico vacío y de la norma general exclusiva plantean la cuestión de las lagunas a un nivel puramente conceptual, lo que les lleva a sostener la inexistencia de vacíos jurídicos ya sea en base a lo no regulado no entra dentro del campo de lo jurídico y, por tanto, no tiene sentido hablar de lagunas (caso de la primera), ya en base a que puesto que todos los actos «caen» dentro del Derecho y éste opera imponiendo restricciones a la libertad natural del hombre lo no regulado debe entenderse permitido (caso de la teoría de la norma general exclusiva). La primera excluye el «permitido» de las modalidades deónticas, y la segunda realiza un «salto» respecto del *status* deóntico de las acciones haciéndolas pasar de la ausencia de *status* a uno determinado: la permisión.

Ahora bien, el principal motivo por el que consideramos que dicha teoría no muestra la completitud de los ordenamientos jurídicos, reside en el hecho de que otorgan el *status* de normas a lo que no son sino construcciones doctrinales (metanormas).

De otro lado, la teoría que fundamenta la completitud en la obligación de juzgar de los jueces comete el error de identificar dos sentidos diferentes de completitud: completitud de cualificación y de decisión; así como de referir la completitud a los casos individuales, cuando en realidad está se plantea en el orden de los casos genéricos.

Tampoco puede aceptarse la tesis lógica que fundamenta la completitud de los sistemas normativos en la interdefinibilidad de permitido y prohibido, pues identifica lo que son dos niveles de lenguaje: los enunciados normativos y las proposiciones normativas.

Es por esto que consideramos que un correcto examen de la problemática de las lagunas no puede llevarse a cabo en relación a todo el ordenamiento jurídico, sino a través de una previa delimitación de la base normativa; y será, por tanto, en función del universo del discurso del lenguaje legal que puede hablarse de completitud o incompletitud.

En último lugar se examinan los que consideramos dos conceptos más relevantes de laguna: laguna normativa y laguna técnica. Decimos que existe una laguna normativa en un sistema normativo en relación a un universo de casos cuando respecto a un caso no se establece ninguna solución o se establece únicamente una solución minimal, y no existe en el ordenamiento ninguna norma de clausura.

La laguna técnica se produce cuando el propio ordenamiento prescribe, de cara a su efectividad, la presencia de una o más normas y éstas no existen.

ITURRALDE SESMA, Victoria.

Elementos semántico-sintácticos de indeterminación de los enunciados normativos en el lenguaje legal.

Theoria, San Sebastián, núms. 7-8-9, 1987-88, págs. 157-190.

El artículo tiene por objeto el análisis de una de las causas de indeterminación de los textos legales como es la que se deriva del lenguaje en que los mismos están redactados. Abordamos, únicamente, los aspectos semántico y sintáctico, dejando de lado la vertiente pragmática. Partimos del hecho de que el lenguaje legal es un lenguaje especial, es decir, es fundamentalmente un lenguaje común u ordinario con algunas peculiaridades de carácter semántico. Así, consideramos de un lado, los factores semánticos de indeterminación legal y, de otro, los sintácticos.

Por lo que al aspecto semántico se refiere, tratamos por separado la indeterminación proveniente de los términos legales en general, y la de aquéllos por medio de los cuales se expresan las relaciones deónticas. Respecto de los primeros podemos cifrar en tres los factores de indeterminación: *a)* la terminología de los textos legales, *b)* la manera de determinación de los hechos en el Derecho y *c)* las relaciones que los términos del lenguaje legal tienen con los del lenguaje ordinario. Respecto de los términos que los textos legales emplean para expresar relaciones deónticas cabe destacar su imprecisión debido a que: de un lado, se utilizan una pluralidad de formas gramaticales para expresar una misma relación deóntica y, de otra, cuando se emplean términos deónticos se hace de forma ambigua.

En la vertiente sintáctica el lenguaje legal no tiene peculiaridades que lo distingan del lenguaje ordinario, lo que implica que la ambigüedad es del mismo tenor en ambos lenguajes. En aras a poner de relieve este tipo de ambigüedad distinguimos tres causas: la derivada de la presencia de términos modificadores (por ejemplo, *excepto si...*, *mientras que...*), la proveniente de la doble significación de los términos «o» e «y», y por último, la derivada de los signos de puntuación.

JIMÉNEZ REDONDO, Manuel.

¿Es posible una teoría unitaria y consistente de los capítulos de la Constitución relativos a Derechos fundamentales?

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 107-138.

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

Continúa el autor afirmando que lo que pretende en este texto es exponer las razones por las que piensa que, tanto la Constitución española como cualquier otra del mismo tipo, probablemente tienen que contener varias teorías acerca de los conceptos de libertad e igualdad, siendo inviable en ellas una teoría unitaria de los mismos. «Esas razones -precisa- me las confirma el libro de R. Alexy *Theorie der Grundrechte*, en el que el autor pretende desarrollar una teoría jurídica, unitaria y consistente de los capítulos de la Grundgesetz alemana relativos a Derechos fundamentales, y creo que no lo consigue.» Para ello, tras un apartado de introducción (I), divide el artículo en los siguientes párrafos: II. *A) Núcleo normativo de la tradición liberal. «La promesa liberal.» B) Núcleo normativo de la tradición de pensamiento democrático. «La promesa demográfica.» III. Dialéctica de tradición liberal y tradición democrática en la historia de la constitucionalización de los derechos fundamentales. IV. Sobre «la virtud y el curso del mundo, V. De vuelta al problema de una teoría de los Derechos fundamentales. Reivindicación del núcleo normativo de la tradición democrática.*

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

(Daniel González Lagier)

JIMÉNEZ REDONDO, Manuel.

Nota preliminar.

Doxa, Alicante, Núm. 5, 1988, págs. 19-20.

Tras recordar el punto en el que Habermas da con el problema del Derecho en *Teoría de la acción comunicativa*, el autor expone como «al intentar sentar de nuevo las bases de una teoría crítica de la sociedad, Habermas no tiene más remedio que hacer frente a los términos de diagnóstico de Weber. Y en lo tocante al Derecho su visión viene a ser la siguiente: (...) pensar en un Derecho que pudiera sacudirse los problemas de legitimación es, incluso empíricamente, insostenible. Y si ello es así, no cabe, como hace Weber, desligar al Derecho de esa esfera de validez práctico-moral, esfera que, por lo demás, no necesita de base religiosa alguna. (...) Constitutivamente el Derecho no puede desprenderse de las estructuras de la conciencia prácticamente-moral, ello o se hace sentir en el interior del propio sistema jurídico como «razón práctica» operante en el propio interior de él o no se encontrará hoy en ninguna parte.

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

El terreno que este planteamiento interdisciplinar ofrece para teóricos de materias bien diversas ha empezado ya a dar sus frutos en Alemania (...).

(Ángeles Ródenas Calatayud)

KELSEN, Hans.

Escritos sobre la democracia y el socialismo (selección y presentación de Juan Ruiz Manero).

Editorial Debate, Madrid, 1988.

Se trata de una recopilación de textos de Hans Kelsen «que no va dirigida estrictamente a un público de juristas ni integra textos propiamente teórico-jurídicos», según se advierte en su prólogo, es, por tanto, una recopilación de textos sobre cuestiones respecto a las que el pensamiento de Kelsen no ha alcanzado, al menos en castellano, la difusión que han tenido sus aportaciones a la teoría del Derecho. Este libro se dirige a paliar en alguna medida esta deficiencia recogiendo textos kelsenianos acerca de la teoría de la democracia y de crítica a las teorías marxistas inéditos hasta ahora en nuestra lengua. Son los siguientes: *La teoría política del socialismo*, de 1923 (trad. de Javier Mira Benavent), sobre la crítica a la teoría política marxista; *El problema del parlamentarismo*, de 1925 (trad. de Manuel Atienza) y *Los fundamentos de la democracia*, de 1955 (trad. de Juan Ruiz Manero), sobre cuestiones de teoría de la democracia; y *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, de 1928 (trad. de Juan Ruiz Manero), sobre la naturaleza jurídica de esta garantía y los medios para hacerla efectiva. Además, integra también esta recopilación *La teoría política del bolchevismo. Un análisis crítico*, en una traducción ya existente (de Alfredo J. Weiss) publicada hace más de treinta años en Argentina.

Hay que hacer notar que, de acuerdo con los límites antedichos de la recopilación no dirigirse, exclusivamente, a juristas ni integrar textos propiamente teórico-jurídicos- se han excluido de los escritos de crítica al marxismo aquéllos orientados contra sus teorías jurídicas, incluyéndose sólo los que se centran en los presupuestos filosóficos y doctrinas políticas del mismo, por una parte, y en el sistema de poder soviético, por otra. El libro comienza con el estudio preliminar *Teoría de la democracia y crítica del marxismo en Kelsen* de Juan Ruiz Manero, a cuyo cargo está la selección, en el que se indican los presupuestos desde los que debe enfrentarse el lector con estos textos y se realiza un análisis crítico del tratamiento por Kelsen de los siguientes temas: 1) relativismo ético y democracia. 2) el modelo democrático y 3) la crítica al marxismo.

En *El problema del parlamentarismo* (1925) y *Los fundamentos de la democracia* (1955) se recogen algunas de las aportaciones kelsenianas a la teoría de la democracia. En el primero son aportaciones referentes a la reconstrucción de un modelo de parlamentarismo que nos permita, en la medida en que nos acerquemos a él, evitar las críticas basadas en la ajenidad del pueblo al sistema o en la falta de conocimientos técnicos necesarios del legislador. En el segundo son aportaciones dirigidas a la justificación de la opción por la democracia como forma de gobierno.

En *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)* (1928) Kelsen incardina la garantía jurisdiccional de la Constitución en el sistema de medidas técnicas que tienen como fin asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales, entendiendo por regularidad «la relación de correspondencia de un grado inferior con un grado superior del ordenamiento jurídico», y señala cuáles son los mejores medios para llevar a cabo la protección de la Constitución.

Por último, en *La teoría política del socialismo* (1923) y *La teoría política del bolchevismo. Un análisis crítico* (1948), Kelsen critica la teoría política marxista en cuanto pensamiento

pretendidamente científico, pero no en relación con los valores políticos o morales que propugna, cuestión en la que no entra en sus escritos.

(Daniel González Lagier).

KELSEN, Hans; KLUG, Ulrich.

Normas jurídicas y análisis lógico.

Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, 143 págs.

En este libro se recoge la correspondencia mantenida entre los autores acerca del problema de la aplicación de la lógica al Derecho.

«La carta de Kelsen de 6 de marzo de 1959 dice Eugenio Bulygin, autor de prólogo inaugura la correspondencia con la pregunta acerca de si, en opinión de Klug, los principios lógicos encuentran aplicación en las normas jurídicas o en enunciados de la ciencia del Derecho o en ambos. Esto, a juicio de Kelsen, no queda claro de las explicaciones de Klug en su libro *Juristische Logik* (1951).»

Respecto a esta cuestión, Klug sostiene en su respuesta, de 27 de abril de 1959, que la lógica es aplicable no sólo a proposiciones normativas, sino también a las propias normas jurídicas, y ello por las siguientes razones: *a)* en ambos campos se trata de sistemas de enunciados en los que no pueden darse enunciados contradictorios; *b)* existen relaciones de consecuencia o de derivación entre enunciados de deber (normas, imperativos, directivas); *c)* las normas son enunciados verdaderos o falsos.

«En el manuscrito del 15 de mayo de 1959 -continúa Bulygin en el prólogo-, Kelsen expone detalladamente su punto de vista en relación a la diferente estructura lógica de las normas y las proposiciones normativas y a la no aplicabilidad de la lógica a las normas. Critica especialmente la concepción de las normas como juicios o proposiciones y se refiere de forma explícita a Klug. La respuesta de Klug del 17 de julio de 1959 contiene argumentos nuevos e interesantes: insiste en que las normas (...) son, justamente, enunciados y que la lógica tiene que ser válida para todo tipo de éstos, pero acepta la distinción entre norma y proposición normativa.» Aquí Klug sostiene la existencia de una «verdad formal», distinta de la verdad material» de las proposiciones normativas.

En la carta de Klug del 26 de abril de 1960 se produce un cambio: «Mug acepta ahora expresamente que normas y proposiciones normativas tienen estructuras lógicas diferentes, y en segundo lugar, que las normas carecen de valores de verdad. Pero a las normas si les corresponden otros valores: válido y no válido, y éstos se comportan, exactamente igual, que verdadero o falso.» Como respuesta, en su carta del 4 de julio de 1960: «Kelsen acomete el intento de mostrar que la pretendida analogía en realidad no existe, porque el comportamiento lógico de ambos valores es diferente en aspectos relevantes.»

«La respuesta de Klug comprende dos cartas (del 7 de octubre de 1960 y del 8 de octubre de 1961). Se muestran de acuerdo con algunas tesis de Kelsen; así, renuncia expresamente a la analogía entre el valor validez y el valor verdad. No obstante, Klug vuelve a llamar la atención sobre el hecho de que se trata de un problema de interpretación de un cálculo. En cálculos abstractos no interpretados, el problema no se plantea. Pero la controversia se refiere a la aplicabilidad de la lógica a las normas, es decir, se trata de un cálculo ya interpretado.» El libro recoge también el manuscrito *Recht und Logik*, donde Kelsen resume sus puntos de vista acerca de la relación entre la lógica y las normas jurídicas: el comentario correspondiente de Klug, de 20 de julio de 1965, en el que insiste en que las normas han de ser concebidas como estructuras lingüísticas y que la lógica tiene aplicación inmediata

a toda estructura del lenguaje, y una última carta de Kelsen, de 28 de julio de 1965.

(Daniel González Lagier)

KRAWIETZ, Werner.

El concepto sociológico del Derecho.

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 253-274.

El autor se propone demostrar la necesidad de diseñar una teoría del Derecho genuinamente empírica. Parte para ello de la constatación de un cambio de pensamiento jurídico que se llevó a cabo en dos fases: «En la primera, ya a finales del siglo XVIII, bajo la influencia de las críticas de Kant, tuvo lugar una paulatina *disolución y superación del pensamiento tradicional metafísico-especulativo, del derecho natural y racional*; en la segunda fase, se produjo el vuelto a una jurisprudencia sociológica, vinculado con la obra pionera de Ihering (...).» A continuación el autor desarrolla el artículo en tres pasos:

«-Primeramente habré de ocuparme de la caracterización del concepto sociológico de la norma jurídica tal como es sostenida -siguiendo a Ihering, Max Weber y Theodor Geiger por los representantes de una nueva teoría de las instituciones y los sistemas (Schelsky, Luhmann) y por la teoría de los sistemas de reglas del Derecho, que yo mismo he propuesto. Me concentraré aquí, sobre todo, en el examen de la cuestión de saber si los factores más arriba mencionados, por ejemplo, la *sanción* o la *coacción* por parte de los funcionarios judiciales, pertenecen a los elementos estructurales de la norma jurídica o del orden jurídico.

-En un *segundo paso*, consideraré la cuestión de si, con relación a los resultados obtenidos previamente, se puede hablar de un *concepto monístico (estatista) del Derecho*, según el cual el Derecho es sólo el Derecho estatal, o si, en cambio, hay que partir de un *concepto pluralista (social) del Derecho*, que acepta también la existencia de un Derecho no estatal.

-Por último, en un *tercer paso* analizaré la cuestión de si, bajo las condiciones de una sociedad pluralista, el *sistema jurídico estatalmente organizado* puede seguir siendo caracterizado por un *orden jerárquico* o si no tiene más bien que ser entendido como una *heterarquía* antagónica de agrupaciones sociales y formaciones de sistemas.»

El artículo finaliza con un apartado titulado *Resultado y conclusiones* en el que el autor esboza las consecuencias de su *reinterpretación y reformulación del concepto del Derecho* sostenido en la teoría y la sociología del Derecho desde Ihering». Son las siguientes:

1. «En la jurisprudencia no puede continuarse con la apología de una comprensión positivista del Derecho (...).»
2. «...) desde Ihering y Max Weber los enfoques clásicos de la teoría y la sociología del Derecho alemanas no están totalmente determinados y acuñados por el llamado *carácter imperativo y coactivo* del Derecho (...). *La decisión de conflictos y la aplicación del poder coactivo tienen que ser fáctica y conceptualmente separados*»
3. «El aspecto de la coacción, de la sanción y del reconocimiento o aceptación del Derecho, no pertenecen a los *elementos estructurales del Derecho, es decir, del orden jurídico*»
4. «El Derecho estatal -desde el punto de vista teórico-jurídico y jurídico-sociológico- *no es la única forma posible del Derecho.*»
5. «*Los elementos estructurales decisivos de la norma jurídica* son las *expectativas jurídicas*

desarrolladas a través de las normas del Derecho respectivamente vigente, con sus efectos constitutivos, expresivos (prescriptivos).»

6. «El aporte central de todas las instituciones jurídicas, organizaciones y sistemas sociales reside, pues, en el *nivel de la formación normativa de expectativas*.»

7. Una «teoría marco del Derecho» debería construirse como «una teoría de las instituciones y de los sistemas que conciba a los principios jurídicos y a las reglas jurídicas como elementos normativos de las instituciones y de los sistemas sociales que orientan el actuar humano a través de las expectativas que ellos establecen».

(Daniel González Lagier)

LACASTA ZABALZA, José Ignacio.

Cultura y gramática del Leviatán portugués.

Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, col. Ciencias Sociales, núm. 8, 1988, 527 págs.

El libro es un análisis exhaustivo de la formación de la cultura jurídica del Estado portugués contemporáneo. Desde mediados del siglo XVIII hasta nuestros días. Arranca con la racionalización iluminista impulsada por el Marqués de Pombal y el desplazamiento de la hermeneútica bartolista, para finalizar con la génesis de las ideologías jurídicas lusas tras la Revolución de 1974. Contiene un estudio del desarrollo de las metodologías imperantes en la Facultad de Derecho de Coimbra y, ya en el siglo XX en la Facultad de Lisboa. Esta última conocerá durante décadas el auge del «sincretismo legalista» promovido por Marcelo Caetano y sus muchos seguidores en el seno del iuspublicismo luso y español.

Pero, el libro no se detiene únicamente en el razonamiento jurídico aislado del contexto. El Derecho está puesto aquí constantemente en conexión con el Poder y la política. De ahí la especial atención prestada por el autor a la «Gramática» (la Constitución revolucionaria de 1976) y a las polémicas ideológicas que ha suscitado y suscita este texto entre los juristas y políticos del Régimen portugués actual, incluso después de la revisión constitucional de 1982. Por ello, el trabajo de Lacasta, muy atento a los métodos del sociólogo Pierre Bourdieu, contiene también algunos capítulos destinados a describir la evolución de la «Fuerza» (de los militares y de los movimientos sociales) y su peso en la gestación del nuevo Derecho portugués condensado en la gramática revolucionaria de 1976. En estos capítulos, más destinados a lectores españoles que lusitanos, se narra también el paso a segundo plano de los espadones revolucionarios y la conversión jurídica del militar portugués en el oficial de «perfil OTAN» que exigen las nuevas disposiciones.

Si bien, para llegar a pormenorizar todos estos sucesos jurídicos-políticos exclusivamente lusitanos, la obra ha tenido que efectuar en su introducción y parte primera un deslinde previo con el sistema jurídico-político español. Allí se intenta demostrar el contraste y el carácter disímil de ambos regímenes jurídicos, a través de una crítica minuciosa a la banalidad de las visiones «iberistas» en el plano cultural y mediante una comparación entre la transición española y el proceso constituyente portugués, junto con el examen más «macrofísico» de la Constitución española de 1978 y la portuguesa de 1976. Dos textos nada mellizos. Por todo lo cual, la obra se convierte, a juicio del autor del Prefacio, el historiador luso Antonio Hespánha, en un auténtico «elogio de la diferencia» entre Portugal y España.

LACHMAYER, Friedrich.

Identificaciones personales en Derecho.

Theoria, San Sebastián, núm. 7-9, 1987-1988.

Para el autor «la contemplación principalmente normativa del Derecho, tal como fue cultivada antaño por la llamada teoría pura del Derecho y lo sigue siendo actualmente por la lógica del Derecho, ha relegado a segundo término los aspectos personales del Derecho». No obstante, «las estructuras personales pueden expresarse simbólicamente con una formalización del mismo modo que las estructuras normativas».

En este sentido, el propósito de este artículo es el estudio de las identificaciones personales en la comunicación normativa y en las instituciones jurídicas. Por identificaciones personales hay que entender el fenómeno psíquico que genera «una unidad mental entre el que establece la norma y el destinatario de esta última, unidad que conduce a una confianza recíproca». Supongamos los sujetos $S1$ y $S2$ en una situación interactiva y un sujeto $S3$ que acude en ayuda de $S1$; esta situación podría simbolizarse como sigue:

$$(1) \quad S3 \succ S1 \leftrightarrow S2$$

donde la relación de apoyo queda simbolizada por el signo \succ y la interacción entre $S1$ y $S2$ por el signo \leftrightarrow . La identificación personal consistiría «en que el sujeto $S3$ ocupa en su fuero interno el lugar del sujeto que actúa $S1$ », lo que puede simbolizarse «con la expresión entre paréntesis ($S3$)». Entonces, para representar esta identificación, la relación podría simbolizarse como sigue:

$$(2) \quad S3 \succ (S3) S1 \leftrightarrow S2$$

La relación de apoyo «puede tratarse de prestaciones en especie, de meros buenos consejos dados verbalmente, pero también de normas». Esta situación podría representarse de la siguiente forma:

$$(3) \quad (S1) S3 n \succ S3(S1) a \succ S2$$

donde n significa la norma y a el contenido prescrito por ella. En (3) la norma n , que tiene el contenido a , se dirige por el sujeto $S3$ al sujeto que actúa $S1$ y éste el sujeto $S1$ impone el comportamiento a al sujeto $S2$. Estas representaciones se hacen más complejas a medida que el autor introduce nuevos elementos.

Cuando las normas se interpretan de un modo impersonal se ocasionan «consecuencias profundas para todos los partícipes. Se producen crisis de identificación. Los sujetos efectivos no se ven ya representados en el sentido de la comunicación normativa. Sobrevive la pérdida del sentido y, con ello, la pérdida de la motivación personal».

Hasta aquí el autor ha tratado las identificaciones personales en el campo de la comunicación normativa. Pero también pueden verse identificaciones personales en las instituciones jurídicas. Esto ocurre con las formas de representación jurídica y con «la construcción orgánica de las personas jurídicas».

El autor concluye que «una teoría del Derecho que describa tan sólo las normas es capaz de informar sobre los síntomas, pero no sobre las estructuras y las causas (...). Tan sólo cuando junto a los aspectos sintácticos del Derecho se investiguen también los semánticos y pragmáticos se obtendrá una visión amplia del Derecho. Las identificaciones personales figuran entre los componentes pragmáticos que,

en muchos aspectos, forman parte de las premisas inconscientes de un orden jurídico que funcione».
(Daniel González Lagier)

LÓPEZ CASTEJÓN, Enrique.

De la ética de las sanciones a la ética de las virtudes.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 1-27.

«El objeto de este trabajo -explica el autor- es examinar si el concepto de *sanción* forma parte necesariamente de una definición de *moral* o *moralidad* y analizar los supuestos teóricos que implica la aceptación de la tesis de que las reglas y los principios morales pueden definirse haciendo referencia a las formas particulares de sanción asociadas a ellos.»

Por lo que respecta al primer punto, afirma el autor en la primera parte de su trabajo que «no pocas veces la idea de coacción ha llevado a definir las reglas morales en función de las sanciones que las acompañan, deduciéndose que una acción es “moral” si, generalmente, va seguida de una sanción o de un tipo peculiar de sanciones. No obstante, puede objetarse que “si la noción de sanción entraña la violación de una regla moral junto con las consecuencias moralmente justificables que tal violación conlleva, difícilmente puede usarse para caracterizar lo moral sin caer en un círculo vicioso, puesto que el concepto presupone ya concepciones morales. Por otra parte (...) si atendemos exclusivamente a la sanción, no garantizamos la inclusión de la intención del agente en el concepto de *moral* implicado”». A continuación, el autor hace una breve incursión en el terreno de la Psicología para ilustrar este último punto.

En la segunda parte del artículo el autor plantea «si la presencia de sentimientos desagradables garantiza que el sujeto en cuestión ha transgredido una norma moral que considera válida. Sólo en este caso continúa podremos afirmar que las sanciones internas negativas remiten al hecho de que los agentes orientan sus conductas de acuerdo con reglas o juicios morales. La tesis en cuestión exigirá que la violación de *toda* regla moral fuera seguida de sentimientos dolorosos proporcionados a la gravedad de la falta cometida y que esos sentimientos cumplieran los requisitos de universalizabilidad que los prescriptivistas exigen de las reglas morales». Se concluye que «detrás del uso del término *sanción* se halla la convicción implícita de que las reglas o normas sociales deben contar con sanciones que garanticen su cumplimiento. Pero no es necesario suponer que el sujeto considera las reglas y las consecuencias desagradables en este orden de prioridad lógica. Las reglas en cuestión pueden ser concebidas más como prescripciones médicas que nos ayudan a evitar que caigamos enfermos, pero difícilmente es la enfermedad una sanción que garantice la conformidad».

En el tercer apartado, una vez establecido que «el concepto de sanción no constituye un criterio suficiente para la definición de los conceptos de *moral* o *moralidad*, se cuestiona «si dicho criterio es *necesario* para tal definición», optando el autor por una defensa de una ética de la virtud que sustituya a una ética de las sanciones. «Es plausible admitir -finaliza el autor que la revitalización experimentada en las dos últimas décadas por la ética de las virtudes, al margen de corregir las insuficiencias de una moral centrada en los conceptos de ley, obligación y sanción, ha puesto al descubierto la endeblez y la pobreza del apartado conceptual utilizado por los filósofos morales, por no hablar ya de la falta de fundamento de muchos de sus supuestos teóricos. Y, en este sentido, los avances en ética se hallan supeditados al desarrollo de una psicología filosófica adecuada y, por supuesto, a las aportaciones de una filosofía política que atienda a los conflictos y complejidades de

las sociedades modernas.»

(Daniel González Lagier)



LAPORTA, Francisco. *Otras falacias*.

CAPELLA, Juan Ramón. *Pesos y medidas*.

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 319-324.

En estos textos se recoge la réplica de Francisco Laporta al artículo *Falacias de la «ética de la responsabilidad»* de Juan Ramón Capella (reseñado en este mismo número) y la contestación de este último a dicha réplica.

Contra el primero de los argumentos utilizados por Capella frente a la ética de la responsabilidad (con el que se niega la existencia de una relación causal entre el mal realizado y el objetivo favorable que se pretende conseguir, utilizando como ejemplo el caso de la relación tortura-confesión-evitación de un mal), objeta Laporta que la ética de la responsabilidad «pretende entrar en juego sólo cuando se da la existencia de dichas relaciones causales». Según este autor «para situar la cuestión en un marco de análisis satisfactorio hay que tener en cuenta, en primer lugar, que, en efecto, nuestras acciones introducen cambios en el mundo y, por tanto, tienen consecuencias que se producen en el mundo. Y, en segundo lugar, que, sin embargo, el grado de previsibilidad de esas consecuencias puede ser muy variable porque no siempre (aunque tampoco nunca) nuestras acciones son la génesis causal que produce tales consecuencias, sino una entre muchas causas, previsibles unas e imprevisibles otras». Opina que Capella excluye los casos en el que la acción según principios es causa de malas consecuencias y el caso en el que la acción contra principios es causa de buenas consecuencias. Considera también que se incurre en una petición de principio al exigir que los principios de la acción según principios sean buenas.

En su réplica Capella entiende, por un lado, que Laporta establece un modelo argumental distinto al suyo, un modelo que sólo podría entrar en juego para alegar una dudosa *excusa a posteriori* de la tortura; por otro lado, afirma que «Laporta y los éticos de la responsabilidad hablan de consecuencias de la acción», mientras que él se refiere a sus resultados, introduciendo así la distinción de von Wright entre resultado de una acción (el estado del mundo que no hubiera podido darse sin ella) y consecuencias («que incluyen las acciones u omisiones ulteriores del mismo agente o de otros y la posible transformación autónoma del estado del mundo *a partir del resultado*»).

(Daniel González Lagier)

LÓPEZ MORENO, Ángeles.

Moral en el Derecho positivo: una dimensión parcial en el estudio de las relaciones moral-derecho.

Anales de la Cátedra de Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 423-446.

«La joven revista «Doxa» -dice la autora-, bajo el título *Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho*, ofrece las respuestas de 52 filósofos del derecho de varias nacionalidades (España, Francia, Italia, Alemania, Gran Bretaña e Hispanoamérica). De las dos preguntas formuladas por los editores de la revista (Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante), la segunda reza así: “-¿Cuáles son los problemas que, a su juicio, es más necesario o más previsibles que reciban una atención preferente en el inmediato futuro?” Para 26 de los mencionados autores el problema de la relación entre moral y derecho en el marco constitucional y democrático de derecho, debe recibir una atención preferencial e inmediata.

Por todo lo expuesto hasta aquí -continúa-, nuestro enfoque del problema pretende centrar, desde aquellas *perspectivas nuevas* -la autora se refiere a aquellas perspectivas que pasan, fundamentalmente, por la mediación constitucional-, las relaciones entre moral y derecho, ahora analizadas en una *dimensión parcial*: la moral en el derecho positivo, así como en un análisis de momentos significativos en la práctica jurídica, legislativa y judicial». La autora advierte «que la relación moral-derecho está íntimamente conectada con otras posiciones parciales subsiguientes como la del *deber de obediencia a la ley* y la de si existen determinadas *relaciones necesarias* entre la violación de normas jurídicas y normas morales».

A continuación, el artículo se ocupa del planteamiento de la relación moral-derecho en la discusión actual; para ello se toma como marco de referencia la polémica Radbruch-Hart y, posteriormente, se replantea el problema en el ámbito de «Estados con democracias constitucionales en cuyos respectivos textos fundamentales se hallan incorporados principios de la moral, principios de *derecho racional auténticos contenidos materiales*» En opinión de la autora, «una incorporación de tal entidad constituye una nueva configuración del problema de la relación entre moral y Derecho, relevante, no sólo para la interpretación llevada a cabo por el teórico del Derecho, sino también, y fundamentalmente, para la interpretación judicial sobre esa nueva meditación constitucional». Con el fin de examinar las respuestas a esta cuestión «y a título de ejemplo más significativo», la autora centra la polémica en el ámbito de la doctrina alemana actual. Entre otros autores, el artículo destaca las posturas de Ralf Dreier y Norbert Hoerster, que representan los puntos de vista iusnaturalista y iuspositivista, respectivamente.

(Daniel González Lagier)

LUCAS, Javier de.

Sobre el origen de la justificación paternalista del poder en la antigüedad clásica.

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs, 243-249.

En opinión del autor «aunque el modelo *paternalista* del Estado queda vinculado habitualmente el antiguo régimen, incluso por lo que se refiere a la justificación eudemónica del poder, hasta el punto de que la ilustración puede ser entendida en clave de proyecto de debelación de los supuestos en que se sustenta dicho modelo, como negación del poder despótico, lo cierto es que la conexión entre *paternalismo*, concepción eudemónica del poder y legitimidad-legitimación, puede remontarse a la antigüedad clásica». Para demostrar esta opinión el autor parte de la analogía entre familia y Estado en el mundo antiguo, de la que «tanto Platón como Aristóteles nos ofrecen textos significativos». «Lo interesante -afirma el autor-, a los efectos del objeto de esta investigación, es indagar el vínculo entre esas analogías y el ejercicio del poder, y cómo se recurre para ello a un discurso inequívocamente paternalista», lo que se pone de manifiesto en la defensa de Platón del carácter necesario, aunque excepcional, de la mentira o el engaño para la tarea de gobierno.

El autor utiliza ejemplos del propio Platón y también de Jenofonte y Aristóteles en los que queda de manifiesto el carácter frecuentemente paternalista del recurso a la mentira en la antigüedad.

(Daniel González Lagier)

LUCAS, Javier de.

Teoría del Derecho y sociología del Derecho, el Dictionnaire d'Equilles.

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 325-330.

«Las relaciones entre teoría y sociología del Derecho -dice el autor- constituyen todavía hoy un campo de trabajo que viene exigiendo un análisis detallado. Quizá por ello sea particularmente interesante el esfuerzo que un grupo de profesores e investigadores de diferentes países, bajo la dirección de André-Jean Arnaud, ha llevado a cabo para elaborar la obra que comentamos, el *Diccionario de Equilles*, un diccionario de teoría y sociología del Derecho.»

La delimitación temática de este diccionario se explica por el hecho de que sus autores «rechazan explícitamente el anatema de la separación de lo meta o extrajurídico en nombre de la pureza metodológica, (...) rechazan por ello la reflexión propia del modelo de la dogmática jurídica, partiendo de una comprensión del derecho como fenómeno histórico, cultural y social, además de lógico, que es posible abordar, pues, desde diferentes tipos de racionalidad». Esta actitud lleva a las siguientes conclusiones:

-«El carácter privilegiado, aunque no exclusivo, de las relaciones Derecho-Sociedad como objeto: el Derecho, aún sin desconocer su carácter básicamente normativo, es un fenómeno social, histórico, cambiante.»

-«El estatuto científico, que no meramente técnico, de la teoría y sociología del Derecho, como saberes no dogmáticos y, sin embargo, aptos para la comprensión del objeto normativo.»

-«La necesidad que la teoría y la sociología del Derecho tienen de contar con las llamadas “ciencias auxiliares” del Derecho.»

A continuación, el autor comenta la técnica utilizada por el diccionario y señala algunos de sus colaboradores (en total, más de 130 de 22 países diferentes).

(Daniel González Lagier)

MACIÁ MANSO, Ramón.

Derecho y moral en Inmanuel Kant.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 353-410.

«El objetivo de esta investigación -dice el autor- es realizar un análisis de la teoría del Derecho y de la ética en Kant y de la relación que según su teoría resulta entre el Derecho y la ética.» El artículo llega a las siguientes conclusiones:

«1. Según el pensamiento de Kant los deberes u obligaciones jurídicas y morales se correlacionan, respectivamente, con las facultades jurídicas y morales o éticas, y todas las facultades son siempre consecuencia derivada de las obligaciones.

2. Existen deberes y facultades jurídicas y éticas comunes o coincidentes que se distinguen por la ley de que proceden, pero existen también facultades privativas del derecho y deberes privativos de la moral.

3. La diferencia específica de lo jurídico frente a la ética viene dada por el lado de las facultades jurídicas, radica en la facultad de ejercer la coacción.

4. La diferencia específica de la ética frente al derecho viene dada por el lado de los deberes u obligaciones, radica en la obligación o deber de actuar por otro deber constituido ya sea directamente por la misma ley ética o bien por la ley jurídica.

5. El derecho y la ética no pueden nunca contradecirse entre sí, ni en las normas, ni en las obligaciones, ni en las facultades y, en consecuencia, tampoco en las conductas. La ley jurídica no puede directamente prohibir lo que la ley ética directamente preceptúa, ni puede preceptuar directamente lo que la ley ética prohíbe, Tampoco puede la ley jurídica permitir hacer lo que la ley moral preceptúa. No puede darse el supuesto de un enfrentamiento directo entre prescripciones jurídicas y éticas, tampoco entre obligaciones ni entre facultades, ni un enfrentamiento indirecto de las facultades jurídicas a las obligaciones éticas.

(Daniel González Lagier)

MAESTRE SÁNCHEZ, Agapito.

En torno al libro de J. Habermas: «Der philosophische diskurs der moderne».

Revista de estudios políticos, Madrid, núm. 59, 1988, págs. 253-267.

En su obra *Der philosophische diskurs der moderne*, Habermas pretende probar que los esfuerzos filosóficos que ha habido para superar la modernidad han conducido a determinadas propuestas a «callejones sin salida». El presente artículo intenta ser una presentación general de este libro, analizando el lugar que ocupa en la actual Filosofía, así como su relación con el resto de la obra de Habermas, en especial con su teoría de la acción comunicativa.

El discurso filosófico de la modernidad surge para explicar y analizar las contradicciones y patologías de la misma, y puede definirse negativamente como un arma crítica frente a un «nuevo» y «elegante» concepto, que es conocido como «postmodernidad». Junto al reconocimiento que Habermas hace de numerosas razones para la autocrítica de la modernidad, acepta también la existencia de motivos que relativizan una rápida despedida de ésta; representa así, una línea mediadora entre los que predicán su muerte y los que se sitúan en una unidimensional lectura de su experiencia.

Formalmente, esta obra se vertebra en torno a la herencia de la filosofía hegeliana (de la derecha hegeliana al neoconservadurismo, de la izquierda hegeliana a la «filosofía de la praxis» y de Nietzsche a los posestructuralista franceses), considerando estas tendencias como representantes de una problemática «teórico-cognoscitiva» frente a la modernidad.

En opinión del autor, Habermas pretende, a través del discurso filosófico de la modernidad, construir una nueva identidad europea del racionalismo occidental; el filósofo coincide con los críticos radicales de la modernidad en la afirmación del agotamiento de la filosofía del sujeto, pero frente a éstos, propone un concepto de razón en términos de teoría del consenso. «Se trata de liberar los potenciales de la razón existente en la acción comunicativa y diagnosticar no un demasiado, sino un poco en la razón.»

(Isabel Lifante Vidal)

MALEM SEÑA, Jorge Francisco.

Concepto y justificación de la desobediencia civil.

Ed. Ariel, Barcelona, 1988, 238 págs.

En este trabajo se trata de presentar una conceptualización rigurosa de la desobediencia civil y de buscar posibles vías de justificación en sus tres niveles de análisis: ético, político y jurídico.

El autor, antes de aceptar una versión modificada de la definición de desobediencia civil propuesta por H. Bedau, distingue ésta de otras formas de disenso político-moral con las cuales pudiera confundirse al participar de elementos comunes. Ello le permite reinterpretar el pensamiento de autores como H. Thoreau y M. Gandhi, rechazando la concepción tradicional que los considera ejemplos típicos de desobediencia civiles.

Respecto de la justificación moral se examinan tres posibles vías de justificación: la relativista, la utilitarista y la constructivista (J. Rawls y J. Habermas). Se prefieren propuestas de soluciones absolutamente racionales, evitando pseudo argumentaciones teológicas o metafísicas.

Una vez asumido que el constructivismo es la teoría que ofrece los argumentos más plausibles para la justificación moral de la desobediencia civil se analiza la posibilidad de su justificación política. Se toma como hilo conductor el análisis de P. Singer y de W. Nelson para concluir que no sólo es posible excusar, sino también justificar políticamente la violación de una ley sancionada democráticamente. Desde esta perspectiva, se considera a la desobediencia civil como un recurso estabilizador del sistema democrático.

En cuanto a la justificación jurídica se examina la respuesta que ofrece la doctrina constitucional moderna a las violaciones de la ley realizadas por imperativos políticos o morales. Se trata de superar la aparente contradicción de que la propia ley no puede autorizar la violación de la ley. Se apela para ello a criterios de superioridad constitucional, prestando una especial atención al problema de la validez jurídica.

El problema de la obediencia a la ley, que es el anverso de la cuestión de la desobediencia, ha sido tratado también en este trabajo mediante el análisis de las doctrinas del consentimiento y del Derecho Natural. Este trabajo contiene, asimismo, algunos Excursus donde se examinan temas como el de la generalización de la desobediencia a la ley o las tesis de R. Dworkin y la objeción de conciencia. El libro «no pretende agotar el tema de la desobediencia civil ni ofrecer respuestas que tengan que ser aceptadas como indiscutiblemente ciertas. Me interesaba más bien plantear problemas y seguir posibles vías de solución. En el fondo esto es, probablemente, lo que más interesa cuando se trata de trabajos que se mueven en el área de la filosofía del Derecho» (pág. 238).

MARINAS, José Miguel.

La crisis del sujeto liberal.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 241-258.

El autor trata de explicar cómo y por qué el sujeto liberal, construido por el capitalismo ascendente, consolidado en el capitalismo de producción, «no aparece, pese a su presencia, ni tan bien hecho, autorregulado (de pasión a razón); ni tan omnipotente y emprendedor, ni tan eficaz empresario; ni tan procurador del bienestar y la felicidad prometidos». En este sentido, la primera pregunta que se ofrece a nuestra reflexión es si estamos ante una nueva forma o una nueva crisis de «una manera ética y política y aún estática de entender el sujeto, en lo que podemos llamar un nuevo episodio del sujeto liberal. Y ésta va acompañada de dos cuestiones: ¿cuáles son los indicios de la permanencia de este sujeto?, ¿cuáles son los de su crisis?». La hipótesis de la que parte el autor es que «uno de esos repertorios que nos constituyen, conflictiva, contradictoria e incluso insatisfactoriamente, es precisamente ese conjunto de figuras y valores que llamamos «sujeto liberal» (...). Tal concepción nos proporciona no tanto pautas necesariamente aceptables, coercitivas, pero sí repertorios de valores ante los que de forma inevitable construimos nuestra identidad moral. Con ellos y contra ellos. Por ello, pueda tal vez ser aceptable como tarea pensar su alcance y forma de relacionarse, de chocar, con otros referentes de nuestra identidad. Aunque esta tarea tenga la forma modesta de hablar haciendo diagnóstico, más que crítica o reflexión reactiva, melancólica, por lo que nos constituye». «Como Habermas sugiere -prosigue el autor- podemos atenernos a la triple escisión exponente de la crisis de legitimación: la distancia entre el plano ético, político y expresivo y sus transformaciones respectivas, y, así, en esta primera aproximación, trataremos de ver los aspectos éticos, jurídicos y sociales de la crisis del sujeto liberal. Siguiendo, para ello, este proceso: *a)* aspectos de la crisis, *b)* antecedentes y *c)* nuevas propuestas de crítica y recuperación del sujeto liberal en la filosofía moral y política.»
(Ángeles Ródenas Calatayud)

MARTÍNEZ DORAL, José María.

La racionalidad práctica de la filosofía del Derecho.

Persona y Derecho, Pamplona, núm. 19, 1988, págs. 131-251.

El trabajo se divide en dos partes: *La especial practicidad de la filosofía jurídica* y *La racionalidad práctica de la filosofía del Derecho: definición, división y conexiones*.

La primera parte se divide en los siguientes apartados. 1. Filosofía teórica y filosofía práctica. Los criterios de distinción (1.1. La finalidad del saber filosófico; 1.2. El tema de la especulación y el tema del saber práctico; 1.3. El método de la teoría y el método de la filosofía práctica); 2. El carácter filosófico de la filosofía jurídica (2. 1. Las leyes de la naturaleza y, las leyes de la conducta humana; 2.2. El intento de reducción al orden físico de las normas éticas y jurídicas; 2.3. La problematicidad del intento reductivo; 2.4. Origen común y, diferentes entre las leyes de la naturaleza y las normas de la conducta humana. La filosofía jurídica como saber no puramente especulativo); 3. La especial practicidad de la filosofía jurídica (3.1. Una teoría sobre la división del saber humano. La filosofía del saber de L. E. Palacios; 3.2. El problema de la normatividad directa o indirecta de los saberes mortales; 3.3. La filosofía jurídica como ciencia directamente normativa; 3.4. El carácter teórico-práctico de la filosofía del Derecho).

El autor concluye en esta primera parte que «la filosofía del Derecho es puramente práctica y directamente normativa en cuanto a su finalidad y a su objeto típico, pero enteramente especulativa y teórica en cuanto a su modo de conocer». La segunda parte se compone de los siguientes apartados: 1. El concepto de filosofía jurídica (1.1 La sugestión neopositivista. Definición de la definición en el neopositivismo lógico: la definición como propuesta; 1.2. Los requisitos de la definición real en la tradición aristotélica. Definiciones esenciales y definiciones descriptivas; 1.3. Una definición descriptiva de la filosofía jurídica); 2. Unidad y división de la filosofía del Derecho, el despliegue sistemático y la articulación de los temas capitales del saber filosófico sobre el Derecho: lógica, axiología y epistemología jurídicas; 3. Los grandes nexos de la filosofía del Derecho en cuanto a la racionalidad jurídica práctica (3.1. Filosofía jurídica y Ciencia del derecho. Autonomía respectiva y mutua vinculación; 3.2. La especial conexión del saber filosófico-jurídico con el saber prudencial; 3.2. Decisión y reflexión en los saberes prácticos).

(Daniel González Lagier)

MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis.

Moral y Derecho positivo.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 103-115.

«La idea que late en mi trabajo dice el autor y que está presente en todas sus páginas podría sintetizarse más como tesis que como hipótesis en los siguientes puntos: 1. Cuanto más imperfecto -científica y técnicamente- es el Derecho mayor es su tendencia a diluirse dentro de los confines borrosos de la moral y con mayor frecuencia utiliza ésta para subsanar sus carencias. El campo de la cultura y el campo de la moral, cuantitativamente por lo menos, siempre han sido inversamente proporcionales y esta proporcionalidad inversa se mantiene entre “cultura jurídica” y -“moralización del Derecho”. 2. Ello no quiere decir que un Derecho que alcance un grado razonable de perfección científica y técnica esté totalmente desconectado de la moral, ya que el Derecho debe ser manifestación de un sistema ético más amplio y con el cual debe ser coherente. No obstante, es en este caso cuando pueden surgir “conflictos” entre el Derecho y la moral.

Voy, pues -continúa el autor-, a centrarme en el desarrollo de la problemática que puede plantearse en cada uno de estos dos puntos.» En este sentido, el autor sostiene que «cuando el Derecho carece de un normal perfeccionamiento técnico-jurídico no se suelen plantear conflictos y colisiones con la moral y ello sencillamente porque el Derecho es en gran parte moral, en cuanto subsana sus múltiples carencias acudiendo a la moral. El problema es, pues, de una absoluta “confusión” entre Derecho y moral». En su opinión dos posibles conflictos y soluciones irán apareciendo a medida que el Derecho se constituya en una realidad autónoma e independiente. Cuando el Derecho comienza a contar con su propio criterio de validez; con un procedimiento específico y propio; con suficientes criterios interpretativos en la mayoría de los casos y, sobre todo, con una capacidad de imposición basada en una coacción también jurídicamente institucionalizada que no precisa recurrir a fórmulas mágicas o religiosas, es entonces cuando comienza a precisarse como algo distinto de la moral» y cuando pueden aparecer conflictos entre ambos ordenamientos. La cuestión que se plantea entonces es cuál debe prevalecer. «En estos casos Kant nos dirá que no debe prevalecer el más “fuerte” sino el “mejor fundado” y parece claro opina el autor que la persona no debe renunciar a sí misma por presiones heterónomas y coactivas del Derecho. Según esto se impondría la obligación moral de desobedecer ese Derecho en conflicto y, prevalecería la moral.

Sin embargo continúa, me parece muy oportuna la distinción que hace Martín Kriele entre aprobación moral de las leyes particulares y aprobación moral del orden jurídico en su totalidad. El juez puede efectivamente encontrarse en muchos casos ante preceptos jurídicos contrarios a sus principios morales y, sin embargo, fallar de *forma consecvente* de acuerdo con el Derecho y no conforme a la moral. La razón es que estos “conflictos”, a mi juicio, deben ser resueltos desde planteamientos morales y seguramente en muchos casos existen “razones morales” que le hacen inclinarse a favor del cumplimiento de los preceptos jurídicos, aunque éstos en principio sean considerados injusto y ello en base a la aprobación moral del ordenamiento jurídico en su totalidad. Sólo cuando estas injusticias, como señala Martín Kriele, lleguen a ser insoportables e impidan seguir aprobando al ordenamiento en su totalidad, habrá razones morales para desobedecerlo y, en consecuencia, hacer que prevalezca

la moral.

(Daniel González Lagier)

MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis.

Nueva aproximación al pensamiento jurídico de Hans Kelsen.

Ed. La Ley, Madrid, 1988, 148 págs.

El tema central de este trabajo es «el de los “conflictos normativos” contemplados desde una dimensión lógica y también desde una dimensión jurídica, es decir, desde lo que Kelsen denomina “regla alternativa”; y analizando también la posible analogía o equiparación entre “conflictos normativos” y “conflictos entre aserciones o proposiciones normativas”. Por otra parte - continúa el autor- toda esta problemática debe ser analizada a lo largo de la extensa obra de Kelsen, tomando como punto inicial sus primeros escritos de 1911 y más en concreto su primera edición de la Teoría pura del Derecho de 1934 y como punto final su última obra La teoría general de las normas de 1979. Ello nos permitirá ver si efectivamente hay ruptura e incoherencia en el pensamiento de Kelsen o si, por el contrario, hay una consolidación total de los principios que siempre había mantenido. Lógicamente antes de entrar en el tratamiento concreto de los “conflictos normativos”, debemos analizar la concepción científico-jurídica de la que Kelsen parte, para ver si efectivamente se mantiene a lo largo de toda su obra, y para ver también cómo se debería afrontar, consecuentemente, desde estos presupuestos científico-jurídicos el problema de los “conflictos”, y si Kelsen lo logra de forma igual en las distintas etapas de su obra».

(Daniel González Lagier)

MARTÍNEZ ROLDAN, Luis.

Racionalismo crítico, humanismo y democracia en Karl R. Popper.

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 411-423.

Este artículo se estructura en cuatro apartados. En el primero de ellos (*teoría de la argumentación y principio de razonabilidad*) el autor sostiene que la Teoría de la Argumentación presupone una actitud «racionalista» y una creencia -si se quiere irracional- en el principio de razonabilidad. Actitud y creencia que Popper confiesa abiertamente y que, sin duda, son el fundamento de toda su concepción científica, política y en definitiva humana. Las difíciles circunstancias políticas y económicas en las que Popper se desenvuelve desde su infancia le provocan dos sentimientos fundamentales: Un sentimiento que el autor denomina de «Solidaridad» y un sentimiento de «Antidogmatismo». Dos sentimientos que reaparecen a lo largo de toda su obra conectados principalmente con los conceptos de «igualdad» y de «libertad» que él se esfuerza por hacerlos compatibles, pero que, cuando entiende que esto no es posible, se inclina de forma decidida en favor de la libertad.

«Todo esto y el encuentro con el marxismo -dice el autor le hicieron más consciente de las diferencias entre pensar dogmático y pensar crítico, llegando a finales de 1919 a la conclusión de que “la actitud científica era la actitud crítica que no buscaba verificaciones cruciales, *contrastaciones que podrían refutar la teoría contrastada, aunque nunca podrían establecerla.*»

En el segundo apartado (principio de razonabilidad y criterio de demarcación entre «ciencia», y «no ciencia») se analiza la influencia decisiva de Popper para acabar con el poderoso inductivismo neopositivista. Y ello no sólo por razones puramente lógicas, sino también y sobre todo por razones metodológicas. En lo que Popper insistía más es en la crítica del método de «prueba» o de «justificación» utilizado por el positivismo, desde el cual se entiende el experimento como criterio de validez y de la objetividad absoluta e histórica de las teorías científicas.

Popper sitúa su epistemología más en el «contexto de justificación» que en el «contexto de descubrimiento» y, en consecuencia, le interesa más el problema de la validez del conocimiento que la forma como el sujeto adquiere ese conocimiento. Es aquí donde Popper rechaza el método de prueba del positivismo por entender que una teoría jamás puede ser «justificada» ni «verificada»; proponiendo en su lugar el *método crítico*, es decir, el método de «ensayo» y «error» que consiste en «proponer hipótesis audaces y exponerlas a las más severas críticas en orden a detectar donde estamos equivocados». Ello no quiere decir que no podamos hablar objetivamente de teorías «mejores» y «peores» antes de la contrastación y también de teorías racionalmente «preferibles» después de la contrastación y también de teorías racionalmente «preferibles» después de la contrastación.

En el tercer apartado (*principio de razonabilidad y democracia*) se señala la validez que Popper confiere al método «ensayo» y «error», no sólo como proceso de aprendizaje, sino también, como criterio para validar el conocimiento científico, de legitimación política, de evolución y de progreso político-social. «Desde estas premisas se muestra totalmente partidario del sistema democrático; partidario de una “sociedad abierta” partidario en definitiva de un intervencionismo moderado, y nunca “colectivista”, que venga de la mano de las ciencias sociales que a modo de *ingeniería gradual*, proporcionen una *tecnología social* también “gradual” que vaya solucionando males concretos a la vez

que respeta la libertad de cada uno a ser distinto de los demás.»

En el cuarto y último apartado (*razonabilidad, método utópico y humanismo*) se exponen las críticas fundamentales que Popper dirige a «ingeniería utópica» basadas en el desprecio de esta teoría hacia a la solución gradual y evolucionista de los problemas sociales.

(Ángeles Ródenas Calatayud)

MARTINO, Antonio A,

Sistemas expertos legales.

Theoria, San Sebastián, núms. 7-8-9, octubre 1987-septiembre 1988, págs. 215-241.

«En este artículo dice el autor se trata de sostener las siguientes tesis:

1. Los sistemas expertos legales (SEL) parecen destinados a una difusión notable; en cierto sentido se puede decir que su construcción resulta propiciada por algunas características de la ciencia jurídica y por el mismo modo según el cual los expertos del Derecho consideran el propio dominio.

2. La lógica, y en particular la lógica de las normas, ofrece una contribución muy importante para la concepción y realización de los SEL.

3. El conocimiento jurídico tiene algunas peculiaridades, sobre todo con referencia a SEL de grandes dimensiones, que debenser tenidas presentes si se quieren respetar las características del razonamiento jurídico.

4. En el futuro próximo, como consecuencia de cuanto ha sido indicado en los puntos 1 y 2, habrá un florecer de SEL en los ámbitos más diversos del Derecho; esto facilitará notablemente una parte importante del trabajo jurídico, no sólo aquel de tipo rutinario, sino que también y particularmente aquel más refinado y complejo (siempre en el ámbito de la racionalidad).

5. Estas formas futuras de trabajo jurídico asistido por los SEL no serán totalmente inocuas respecto de la teoría y la praxis jurídicas, ya que en general se puede decir de la informática jurídica que es aquel “espejo activo” (miroir actif), del cual hablaba Leibnitz; la informática obliga a repensar el Derecho (aquel sector del Derecho con el que entra en contacto); para obtener resultados jurídicamente atendibles hace falta respetar las características del conocimiento jurídico.

6. En un futuro más lejano, cuando los SEL sean más eficientes, cabrá la posibilidad aun de prescindir de ellos, progresando ulteriormente hacia formas más refinadas de aplicaciones de las técnicas de la inteligencia artificial al Derecho.»

(Daniel González Lagier)

McCORMICK, Neil.

Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos (trad. Mercedes Carreras y A. Luis Martínez-Pujalte).

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 293-305.

«Precisamente, porque el concepto de “derechos de los niños” difícilmente cuadra con algunas teorías que tratan de explicar lo que significa que una persona tenga un derecho, los derechos de los niños constituyen un supuesto idóneo para verificar las teorías de los derechos en general.» Partiendo de esta afirmación el autor examina «dos teorías contrapuestas acerca de la naturaleza de los derechos: la teoría que afirma que tener un derecho equivale al reconocimiento legal o moral de que la opción de un individuo es preeminente sobre la voluntad de otros en una materia y en una relación dada, y la que afirma que tener un derecho significa tener los propios intereses protegidos de cierta manera por la imposición de limitaciones normativas (legales o morales) a los actos y actividades de otras personas con relación al objeto de los intereses propios». El autor las llama teoría de la voluntad y teoría del interés, respectivamente.

Desde la teoría voluntarista no puede admitirse la afirmación de que los niños tienen derechos; se dirá «que la moral exige, o que el derecho exige, que todos los niños sean educados, cuidados, y, si es posible, amados», pero «utilizar en este sentido el término “derecho” es confundir». Esto es así porque desde esta teoría los derechos presuponen deberes correlativos: «desde ese punto de vista un derecho legal o moral equivale a un poder legal o moral de renuncia o de exigencia de deberes, y, en cualquier caso, los derechos solo existen cuando unas personas tienen tal poder normativo sobre los deberes de las otras». Y éste no es el caso de los niños. Sin embargo, el autor insiste en que «existe una diferencia significativa entre afirmar que todo niño debe ser nutrido, educado y, si es posible, amado, y afirmar que todo niño tiene derecho al cuidado, la nutrición y el amor», como se demuestra probando «que existen argumentos que podrían servir como justificación de la primera afirmación, pero no pueden ser apuntados sensatamente como justificación de la segunda».

El autor se decanta entonces por «una variante de la teoría del interés, sugerida en diversas formas por autores tales como Ihering, Austin y Bentham, cuyo rechazo del concepto de Derecho moral no nos debería dejar ciegos ante el valor y la posibilidad de generalización de su teoría de los derechos legales». Desde su punto de vista «reconocer a todos los miembros de una clase *C* un derecho a un trato *T*, significa presuponer que en circunstancias normales *T* es un bien para todos los miembros de *C*, y que sería injusto privar de *T* a algún miembro de *C*».

Subsiste, sin embargo, el problema de la facultad de renuncia o ejecución y la «libertad de opción por lo que se refiere a su ejercicio» que normalmente los derechos llevan consigo. El autor se pregunta si existe alguna razón «para dejar a los individuos la elección entre tener o no lo que ellos mismos, u otros, piensan que es bueno para ellos», y afirma que «desde determinado punto de vista de la filosofía política, concretamente, desde el liberalismo (...) la respuesta es “SI”. Ser liberal significa, en efecto, creer *inter alia* que nadie puede ser obligado a perseguir su propio bien». Sin embargo, este principio tiene sus excepciones en los niños y enfermos mentales.

(Daniel González Lagier)

MONTORO BALLESTEROS, Alberto.

Sobre las relaciones entre moral y Derecho.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 65-102.

Tras ocuparse, en el primer apartado (I. *Introducción*), de dar algunas notas acerca de la moral y el Derecho considerados como sistemas normativos, por un lado, y, por otro, de dar cuenta de la complejidad y pluralidad de la moral, el autor se centra, a partir del segundo apartado (II. *Relaciones entre Derecho y moral*), en el tema de las relaciones entre uno y otro ordenamiento, enfocándolo «desde una doble perspectiva: la lógica-formal y la material».

Desde el punto de vista lógico-formal el autor hace referencia a las siguientes relaciones entre Derecho y moral: *a)* indiferenciación entre Derecho y moral; *b)* distinción entre Derecho y moral; *c)* relación de implicación (del Derecho en la moral y de la moral en el Derecho); *d)* separación entre Derecho y moral; y *e)* la relación Derecho-moral en el ámbito de la cultura occidental.

Desde el punto de vista material «podemos distinguir en el Derecho dos clases de contenidos: unos contenidos específicamente jurídicos y otros contenidos circunstancial o accidentalmente jurídicos». Respecto a estos últimos el Derecho se configura como un sistema normativo abierto «en el que se opera un doble proceso de “entradas” y “salidas”». Es en este sentido en el que se produce un «fenómeno de ósmosis que -con intensidad variable en el espacio y en el tiempo- se ha dado siempre entre el Derecho y la moral, lo cual ha determinado la existencia de una acción recíproca entre ambos órdenes normativos».

En el apartado tercero (III. *La intervención del Derecho en la moral. Razones y límites*), el autor se plantea «si la sociedad debe intervenir en cuestiones morales, los medios o procedimientos de esa intervención, así como los límites de la misma», analizando diversas posturas -la maximalista y la minimalista acerca de los límites de la intervención del Derecho en la moral y el problema de la determinación del «mínimo ético» (refiriéndose a los criterios del «hombre razonable» y del «consenso democrático»). Respecto a este último punto -el de la determinación del «mínimo ético- el autor entiende que:

a) «La tarea de determinar y concretar los contenidos morales que debe asumir el Derecho es una cuestión complejísima en la que deben intervenir, y por este orden, la *Sociedad* y el *Estado*. El Estado podrá y deberá participar en ello cuando, de acuerdo con los principios de subsidiariedad y solidaridad o por la específica naturaleza de la materia, sea necesario, pero antes de la intervención del Estado (y, en concreto, de los partidos políticos) resulta precisa, ineludible, la participación de otras instancias sociales y públicas (...): familia, escuela, iglesia, medios de comunicación, judicatura, ejército, asociaciones profesionales etc.»

b) «La tarea de educar, de moralizar, no es quehacer propio de las mayorías (...), sino de las minorías, de las élites, cuando no de grandes personalidades aisladas.»

c) «Cuestión distinta a lo anteriormente dicho es si la sociedad actual está en situación de moralizar la vida social (...). Uno de los síntomas más alarmantes de la sociedad actual, y especialmente de la española, consiste en un doble proceso (...) que amenaza con desarticular y dislocar el mecanismo esencial de la sociedad el proceso dialéctico minoría-mayoría-, destruyendo la sociedad misma. Este

doble proceso consiste, de un lado, en la deserción de las minorías de su misión social e histórica de dirigir y moralizar la vida social; de otro lado, en el fenómeno, cada vez más actual y virulento, de la rebelión de las masas, certeramente denunciado y analizado por Ortega y Gasset.»

(Daniel González Lagier)

NINO, Carlos S.

Constructivismo epistemológico: Entre Rawls y Habermas.

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 87-105.

El autor se propone defender en este ensayo una cierta concepción sobre el conocimiento moral que denomina «constructivismo epistemológico». Se trata de una concepción según la cual la práctica social es un medio apto para tal conocimiento. La defensa de este enfoque es realizada contrastando el pensamiento de dos grandes filósofos que, según considera, se aproximan a la posición correcta. Sin embargo, cree que ninguno de ambos pensadores aciertan a formular exactamente esta posición. Como su leve alejamiento del blanco se produce en direcciones opuestas, el contraste entre Rawls y Habermas es sumamente ilustrativo, pues permite inferir el curso teórico apropiado.

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

Nino sería partidario de una posición metaética intermedia entre la de Rawls y Habermas denominada «constructivismo epistemológico». Se trataría de una combinación entre una tesis ontológica de la constitución de la verdad moral, en la que la validez de los principios de justicia está dada por los presupuestos formales de una práctica discursiva social, y una tesis epistemológica sobre el conocimiento de esa verdad moral, en la que la discusión y, la decisión intersubjetiva es el procedimiento más fiable de acceso a la verdad moral, pero no excluye la vía de la reflexión individual.

(Ángeles Ródenas Calatayud)

OCHOA OLASCOAGA, Begoña, y CABALLERO HARRIET, Francisco Javier (dir.).

VI Cursos de verano en San Sebastián. La Biología frente a la ética y el Derecho.

Ed. Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1988, 151 págs.

En este curso se otorga una visión multidisciplinaria sobre el tema en cuestión al abordar temas como el de las manipulaciones genéticas, el de la fecundación «in vitro», el de la experimentación humana o el de umbral entre la vida y la muerte desde una cuádruple aproximación: la Biología, la Ética, la Sociología y la jurídica, donde nos encontramos con ponentes que son profesores de Medicina, Ética, Sociología y Derecho.

Las diferentes ponencias trataron sobre:

1. La eticidad de la experimentación humana. I. ¿Qué entiendo por ética? II. El hombre como fin. III. Proyecto de principios para la regulación internacional en materia de experiencias sobre el hombre.

2. Bioética y moral católica. I. Introducción. II. Valoración de la instrucción de la congregación para la doctrina de la fe. *A)* Impacto del documento, *B)* Valoración. III. Hacia una ética cristiana. *A)* Problemática. *a)* Línea de evolución. *b)* Dilema entre obediencia y autonomía. *B)* Dimensión antropológica. *a)* Nociones. *b)* Metodología de la acción ética. IV. La doctrina cristiana ante la bioética. *A)* Experiencia. *B)* Racionalidad. *a)* Criterios generales. 1. Bases religiosas. 2. Paradigma cristiano. *b)* Aspectos concretos. 1. La inseminación artificial. 2. La fecundación «in vitro». 3. Maternidad subrogada. 4. Manipulación de embriones. *c)* Responsabilidad.

3. El binomio vida-muerte en la filosofía de Zubiri. Introducción. I. Intento de descripción primaria o primordial de los hechos. II. Los problemas ulteriores. Conclusión.

Dentro del ciclo: Derecho y Ciencias Sociales se recogen las siguientes ponencias:

1. Aspectos biológicos de la experimentación sobre seres humanos. I. La biología humana: una ciencia muy exigente.- La calidad científica.- La calidad ética de la publicación científica.- La educación en la virtud. II. Biología del hombre: aspectos relevantes para la experimentación humana.- Poblaciones biológicamente vulnerables.- Experimentación farmacológica y gestación. III. El nuevo modo de pensar en medicina.

2. La muerte en las culturas por J. L. López Aranguren.

3. Interrupción de la vida: aspectos biológicos y sociales. Introducción.- ¿Qué es la vida? La vida humana.- Interrupciones de la vida.- Selección natural de los seres humanos.- Interrupción voluntaria de la vida humana.- La eutanasia.- Sociedades pro-eutanasia.- Enfermedad mortal y agonía.

Conclusión.

4. Bases moleculares de las manipulaciones genéticas. Introducción. Estructura y función de los genes. Las manipulaciones genéticas. Perspectivas de las manipulaciones genéticas.

5. Cuestiones puestas por la manipulación genética al orden jurídico por A. Sánchez de la Torre.

OLLERO TASSARA, Andrés.

Consenso y disenso en la fundamentación de los derechos humanos.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada. núm. 28, 1988, págs. 209-224.

«Los derechos fundamentales opina el autor cuentan con el fundamento real de que su mismo nombre presume. Se trata, sin duda, de un fundamento ético, que incluye como exigencia de la dignidad humana el reconocimiento de un pluralismo cognoscitivo. Por otra parte, precisan -como consecuencia de la historicidad humana- todo un “proceso de positivación” que vaya decantando las dimensiones existenciales de su contenido esencial, y contribuya, a la vez, a posibilitarles en la práctica una mayor garantía y efectividad. En efecto, “el reconocimiento de tales o cuales derechos a través de un ordenamiento jurídico”, o quizá mejor -cualquier fase operativa de su proceso de positivación, está muy lejos de zanjar la pregunta relativa a su “fundamento”. Al fin y al cabo, cada momento de ese proceso de positivación, ficticiamente ultimado por la “cosa juzgada”, es un intento -tan fundado como problemático- de darle respuesta. El *consenso*, pues, no nos sirve como *fundamento* de los derechos humanos, pero sí se nos convierte en una exigencia básica que debe presidir su proceso de *positivación*. El consenso no sólo legitima este proceso, sino que también hace legítimo -e incluso éticamente exigible- el *disenso* capaz de evitar su instrumentalización mecánica.

La dificultad de encontrar una *fundamentación positiva* de los derechos humanos, no siendo escasa, tampoco parece mayor que la de encontrarles una auténtica *fundamentación negativa* o disensual. Si no sometemos al contraste consensual la problematicidad que deriva del pluralismo cognoscitivo, precisaríamos -para abordar una fundamentación “desde” el disenso un fundamento tan sólido que casi llevaría a rechazar por errónea cualquier variante pluralista. Si no disponemos de él, sólo parece quedarnos un arriesgado recurso: asumir la convicción de que las intuiciones éticas de cada cual producirán, sin necesidad de mecanismo consensual alguno, una fructífera convivencia. Esto parece difícil si no se parte de la fe ciega en una armonía pre-establecida, que -paradójicamente- supondría la negación radical de todo disenso.»

(Daniel González Lagier)

OLLERO TASSARA, Andrés.

Derechos del autor y propiedad intelectual. Apuntes de un debate.

Poder Judicial, Madrid, núm. II, 1988, págs. 3 1-86.

«La transformación experimentada por la “propiedad intelectual” opina el autor no ha sido, entre nos otros, mera consecuencia del paso del tiempo. La Constitución de 1978 llevaba consigo una auténtica refundamentación de nuestro ordenamiento jurídico, que no ha dejado de influir en este ámbito.» «De ello -continúa- nos ocuparemos en estos apuntes.»

El artículo se divide en tres apartados: 1) *una «propiedad»* con peculiares propiedades, 2) *creatividad humana y comunicación*, y 3) *entre el poder legislativo y el judicial*. En el primero de estos apartados el autor opina que «configurar tal “derecho” como “propiedad” aportaba (...) una doble ventaja: emparentar con una figura de raigambre iusnaturalista, merecedora del más sólido fundamento jurídico, y aspirar como consecuencia a su disfrute perpetuo, al abrigo de humores o coyunturas.» Sin embargo, «con el paso del tiempo se ha ido poniendo de relieve el costo de este empeño por presentar los derechos del autor como si constituyeran una variedad peculiar del derecho de propiedad»: los caracteres especiales de este derecho «provocan una continua serie de anomalías respecto a los perfiles básicos de la propiedad». Ante esta situación caben, según el autor de este artículo, tres posturas: 1) la reconducción estricta de los derechos del autor a los esquemas de la propiedad común; 2) «reinventar la propiedad, para que los derechos del autor puedan habitar cómodamente en su seno», y 3) «emancipar los derechos del autor, cuyo núcleo básico tendría rango fundamental, del incómodo marco de la propiedad común, en un momento histórico en el que el carácter fundamental de ésta se haya en entredicho». A continuación, y dentro de este mismo apartado («propiedad intelectual» o «derechos del autor»), su relación con los derechos morales, la discusión entre las posturas monistas y dualistas respecto a los derechos del autor (éstas últimas distinguen entre derechos personales y derechos patrimoniales del autor) y el problema de si los derechos del autor deben o no considerarse «derechos de la personalidad».

En el segundo apartado se trata el debate constitucional sobre los derechos del autor, las distinciones y opiniones doctrinales sobre esta materia y las fases de concepción, ejecución y comunicación (pues «la *actividad artística* es también *comunicación con un sentido*») que cabe distinguir en este derecho. Por último, el apartado tercero se ocupa del tratamiento legislativo y jurisprudencial de los derechos del autor. En este sentido, el autor opina que: «El proyecto inicial (de la nueva ley sobre derechos del autor), pese a su confesado dualismo, era notablemente incoherente y dubitativo. Algunas de sus manifestaciones de más bulto se fueron puliendo en el debate, pero su línea básica se mantiene: se evita cualquier rasgo que presente los derechos de autor como derechos fundamentales constitucionalizados, tanto en su fundamentación como en su protección jurisdiccional; predomina el tratamiento de los derechos de explotación, mientras que los -derechos morales- o el «Derecho moral», como llamativamente se le titula parecen reconocerse de un modo forzado y postizo.»

(Daniel González Lagier)

OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio.

La razón práctica y la legitimación del derecho.

Estudios Filosóficos, Valladolid, núm. 106, vol. 37, 1988, págs. 426-457.

Preguntar por la legitimación del derecho es preguntar por la racionalidad jurídica. Es acercarse al tema de la razón práctica, que hoy vuelve a ser planteado en el pensamiento iusfilosófico. Pero, desde Aristóteles, la razón práctica es un proceso discursivo mensurado por la verdad que le es propia y asequible. Por eso, la legitimación del derecho se plantea como un tema filosófico de la verdad del derecho. Gran parte de las corrientes iusfilosóficas de nuestros días cierran el paso a cualquier planteamiento sobre la verdad peculiar de la racionalidad práctica, por entender que en ese ámbito -¿sólo en ese ámbito?- no caben afirmaciones de valor permanente ni hay métodos formales que faciliten conclusiones con rigor. Esto suscita el problema de si hay verdad en la praxis humana y cómo ha de ser esa verdad. Es claro que el concepto de verdad que realiza la razón práctica no puede mensurarse por los mismos principios que nos hacen aceptar axiomas y evidencias en otro tipo de actividad de la razón. Y ocurre que el mismo Aristóteles reivindicó una pretensión de verdad singular para la razón práctica. Y lo hizo porque consideró que también en ella existe un principio determinante de la razón y un discurso de la razón que equivale a lo que en el derecho es el proceso aplicativo de la ley a las situaciones entendidas en el máximo de su singularidad y circunstancialidad. Este proceso de la razón práctica se diversifica en el derecho, pues existe el proceso de la razón legisladora, que es el normatizar conductas típicas por referencia a bienes pretendidos por la sociedad, y existe también el proceso de aplicación de las normas a las situaciones y conductas particularizadas. En todo ello hay un proceso racionalizador y universalizante, que es, a la postre, la auténtica legitimación del derecho por la razón humana.

OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio.

Notas propedéuticas para una Teoría Sociológica del Derecho.

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 55-80.

Hace tiempo que la Sociología no es mirada con recelo por parte de los juristas. Y hace tiempo también que la atención a la dimensión social del sujeto de derechos condiciona las teorías de los juristas. Pero, al aproximarse a estos problemas, se advierte que la Sociología es sólo tolerada en el derecho por su utilidad práctica, en cuanto suministradora de datos para posibles legislaciones o de análisis sobre los estados de opinión. Queda, por tanto, un amplio margen de investigación de los temas de sociología del Derecho, entendida como disciplina teórica y crítica de los supuestos del mundo jurídico. Este cometido teórico ya tiene precedentes en las corrientes sociológicas del derecho del siglo pasado que significaron una revuelta contra el formalismo conceptualista y ahistórico. Hoy esto sería el propósito de una teoría sociológica del Derecho, entendida como ciencia de las estructuras sociales que subyacen a todos los fenómenos jurídicos y que condicionan los conceptos y la eficacia del mundo del derecho. Los grandes hitos de esta disciplina estarían representados por autores como E. Elirlich, Max Weber y G. Gurvitch, quienes hacen de la Sociología un instrumento para examinar y controlar toda la ciencia jurídica y, sobre todo, para captar la singularidad de lo jurídico en el contexto de las normas sociales. Dentro del marco de un estudio social del derecho se propugna la diferencia entre construir una teoría social del Derecho y los trabajos de tipo empírico que corresponden a la sociología aplicada, la cual no es más que un sector de la Sociología. La primera de las formas está muy cercana a la teoría del Derecho y a la filosofía del Derecho y es, en estos ámbitos disciplinares, como ha surgido y tiene hoy cultivadores que permiten predecir valiosas contribuciones. Por ello, la introducción de la sociología del Derecho en los estudios del Derecho no significará una merma de las disciplinas teóricas del derecho, antes bien una indicación para ulteriores desarrollos teóricos acerca de lo jurídico.

OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio.

Pertenencia de lo jurídico a lo moral. Reflexiones sobre una teoría iusfilosófica clásica.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 305-329.

El problema de las relaciones entre derecho y moral estuvo y está en la encrucijada de todos los problemas teóricos acerca del derecho. Las posturas mantenidas en torno a él pueden reducirse paradigmáticamente a dos una, que no entiende el derecho más que por referencia a todos los ordenamientos válidos para las conductas humanas y que procura, en consecuencia, clasificar y jerarquizar todas las normas por su condición de normas dirigidas a un ser libre y responsable. Otra, en cambio, ve el derecho, y eventualmente la ciencia sobre el derecho, como un lenguaje y una estructura autónoma y justificable sólo por la voluntad de un poder que lo configura y, por lo mismo, es algo incondicionado y autojustificado. Estos dos posibles modos de entender el derecho se entrecruzan a lo largo de las teorías jurídicas. De ahí resulta un problema sin solución, pues él no es más que la manifestación de posturas divergentes acerca de la misma naturaleza del derecho. Un estudio más directo de la primera de esas posturas, que es la del pensamiento iusfilosófico antiguo ofrece ocasión de mostrar que queda muy desfigurada en las exposiciones actuales, las cuales no llegan a captar el sentido genuino de lo que significa la pertenencia del orden jurídico a lo moral, que en modo alguno resta autonomía ni consistencia a las realidades jurídicas. Por ello, esa revisión del pensamiento antiguo puede apoyar la teoría que intenta mantener la debida correlación entre ambas dimensiones ineludibles de la persona humana: su eticidad y su juridicidad. Ambas están en una relación funcional crítica: la moral es una instancia de legitimidad del derecho y el derecho es una instancia de practicidad de los ideales morales.

OTERO PARGA, Milagros.

El Derecho Penal en los planes de estudios desde 1771.

Cuadernos Informativos de Derecho Histórico Público, Procesal y de la Navegación, Barcelona, núms. 6-7, págs. 893 y sigs.

El estudio realizado se refiere a la evolución de la materia de Derecho Penal a lo largo de los distintos planes de estudios. Sin embargo, y para que este análisis resulte más completo, se le ha añadido un breve repaso histórico de las distintas situaciones políticas por las que atravesó nuestra patria durante el período objeto de examen, ya que ninguna ciencia jurídica es tan vulnerable a los cambios constitucionales como lo es el Derecho Penal.

En este sentido, el análisis pormenorizado de este trabajo se ha dividido en cinco grupos generales:

1. Comienzo del período constitucional (1812-1840).
2. Monarquía constitucional (1840-1868).

3. Revolución (1868-1876).
4. Restauración (1876-1923).
5. Crisis (1923-1978).

En cuanto a las conclusiones obtenidas merecen ser destacadas las siguientes fechas:

1. Orden de 29 de agosto de 1802, que hablaba o comprendía el equivalente de Derecho Penal dentro de los estudios de Derecho Patrio.
 2. Orden de 5 de octubre de 1802. Se refería a la cátedra de Prima de Derecho Real.
 3. Real Cédula de 12 de julio de 1807 (Marqués de Caballero). Se estudiaba la materia que nos interesa dentro de las cátedras de Partidas y Recopilación.
 4. Proyecto de 7 de marzo de 1814. Estudiaba la materia que nos interesa bajo el epígrafe de Instituciones de Derecho español y Fórmulas de Práctica Forense.
 - 5 Circular de 27 de octubre de 1818. Aparecía bajo el epígrafe de Prima de Leyes.
 - 6: Real Orden de 15 de octubre de 1824 (Francisco Tadeo Calomarde). Tocaba la materia que nos interesa en alguna parte de la Novísima Recopilación. Se hablaba de Teoría del orden judicial, civil y criminal.
 7. Plan de 4 de agosto de 1836. Recoge la denominación de Elementos de Derecho Público y del Civil y Criminal de España. También habla de Partidas y Novísima Recopilación.
 8. Instrucción de 1 de octubre de 1842. Hablaba de Elementos de Derecho Penal y de Procedimiento y de Derecho Administrativo, así como de Código de materia criminal.
 9. Real Decreto de 17 de septiembre de 1845. Mencionaba el Derecho Criminal de España con el Derecho Mercantil.
 10. Real Orden de 21 de agosto de 1850. Aparece la denominación de Derecho Mercantil y Penal de España y Ampliación de Derecho español parte Mercantil y Penal, fueros particulares.
 11. Real Decreto de 28 de agosto de 1850. Contempla, por primera vez, la denominación de Derecho Penal como asignatura independiente.
 12. Programa de estudios de 26 de agosto y 11 y 20 de septiembre de 1851, hablaba de Elementos de Derecho Mercantil y Penal y también de nociones de Derecho Civil, Mercantil y Penal de España.
 13. Real Orden de 18 de septiembre de 1853. Mencionaba la materia bajo el rótulo de Ampliación de Derecho Mercantil y Penal.
 14. Ley de 9 de septiembre de 1857. Instituciones de Derecho Penal y Mercantil, así como Nociones de Derechos Mercantil y Penal.
 15. Real Decreto de 2 de septiembre de 1853. Nombraba la materia de Derecho Penal y Procedimiento Criminal.
 16. Real Decreto de 10 de septiembre de 1906. Introdujo los estudios de doctorado la asignatura de Estudios Superiores de Derecho Penal y Antropología Criminal.
 17. Decreto de 7 de julio de 1944, por fin hablaba, con terminología actual de Derecho Penal parte general y parte especial.
-

OTERO PARGA, Milagros.

La Nacionalidad como derecho fundamental.

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 449 y sigs.

El presente artículo aborda el tema de la nacionalidad en cuanto al «status jurídico» al que pueden acogerse tanto las personas físicas como jurídicas.

En este sentido, el primer problema que surge es el de la delimitación del concepto. No debemos olvidar que el problema de la nacionalidad ha tenido, sin duda alguna, y es muy posible que siga teniendo, grandes implicaciones de tipo político. Todo ello ha contribuido al hecho de que en muchas ocasiones se formase en torno a este tema una niebla que dificultó grandemente su estudio.

Por otro lado, este trabajo se centra, especialmente, en el problema en España y América de la doble nacionalidad, ya que esta cuestión presenta connotaciones especiales referidas a España y a los países iberoamericanos. Sabido es que España tiene suscritos numerosos tratados de doble nacionalidad con países iberoamericanos mediante los cuales, tanto los españoles en estos países como los iberoamericanos en España, gozan de una protección especial.

En cuanto a la regulación específica de este derecho, debemos acudir al artículo 11 de la Constitución española de 1987.

En este texto legal se advierte que «la nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido en la ley». En principio habría que preguntarse, ante qué ley. Parece que ésta debería ser la Ley Civil, el Código Civil, pero esta referencia tiene, forzosamente, que ampliarse, ya que en muchas ocasiones habría que acudir también a las leyes penales, administrativas o militares, por no mencionar distintos tratados internacionales.

Sin embargo, sí debemos señalar a pesar de lo dicho, que en cuanto a la adquisición, conservación y pérdida de la nacionalidad española, habrá que estar a lo establecido en los artículos 17 a 28 del Código Civil.

La pérdida de nacionalidad es la materia regulada en el artículo 11-2.º de la Constitución. En ese sentido se advierte que «ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad».

En cuanto a esto, debemos advertir que la regulación constitucional no resulta clara, en tanto en cuanto pasa por alto el problema de la renuncia voluntaria del derecho de nacionalidad.

En cuanto al párrafo 3.º del artículo 11, se habla de la posibilidad de concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos y con aquéllos con los que España hubiese tenido una vinculación especial. Esta fórmula Constitucional resulta muy amplia, en tanto en cuanto las relaciones de España con los distintos países puede ser objeto de múltiples variaciones.

Después del estudio realizado, y a modo de conclusión, podemos afirmar que en el campo de la nacionalidad quedan muchos problemas por resolver y, por ello, necesitamos una regulación más precisa y específica, en la que quede recogido de forma más clara este derecho fundamental, no sólo desde el punto de vista de las personas físicas, sino también desde las perspectivas de las personas jurídicas, en cuanto son éstas las que de ordinario tienen mayores implicaciones de tipo económico.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio.

Conferencia de apertura por el Excmo. Sr. D. Gregorio Peces-Barba Martínez.

Poder Judicial, Madrid, número especial 1, 1988, págs. 9-20.

La comparación entre el derecho positivo y el modelo de derecho justo, señala el autor, es un punto central de la argumentación judicial y ha recorrido en la cultura jurídica a lo largo de la historia una intensa cantidad de vicisitudes. «No sería exagerado decir que su núcleo central, el núcleo central de la historia de la cultura jurídica y política está formado precisamente por esa relación entre el derecho positivo y el modelo de derecho justo.

Hasta muy recientemente los esfuerzos que se han hecho, los esfuerzos teóricos, para relacionar ambos -derecho positivo y modelo de derecho justo-, no han permitido un encuentro fructífero que les vinculase manteniendo la integridad de cada uno de ellos (...). Durante la mayor parte de la historia y hasta el mundo moderno, el modelo de derecho justo con la denominación de derecho natural ha sido la realidad principal, mientras que el derecho positivo era la materia secundaria; es lo que se ha llamado el reduccionismo “iusnaturalista”.»

El tema de los valores superiores y de los derechos fundamentales, tal como se concreta en nuestra Constitución, es el resultado de un proceso en la cultura jurídica moderna que cristalizará en una nueva posibilidad de consideración de la relación entre el derecho positivo y el modelo de derecho justo, sobre el que todavía, a juicio del autor, no se ha reflexionado lo suficiente. «Sin duda, tiene también repercusiones en el proceso de producción, aplicación del derecho y en el sentido de la decisión judicial. Parece que, por primera vez, puede ser posible un encuentro entre el derecho positivo y el modelo del derecho justo sin que exista una materia principal y una subordinada que conduzca necesariamente al reduccionismo.» El derecho justo hoy tiene que ser primero derecho con las características del derecho positivo; sólo en el derecho positivo se puede hablar de derecho justo, aunque los criterios de justicia, los valores y los principios éticos, expresión de la racionalidad, trascienden a lo jurídico.

En este sentido, dos son las conclusiones que se extraerían a juicio del autor. «Primera: el primer nivel de un derecho justo pasa por que el derecho fundante básico, es decir, el poder, sea poder legítimo, lo que hoy es idéntico a decir “un poder democrático”. Segundo: la vocación y la plenitud de los ideales de justicia, de los principios morales y de los valores, es realizarse en el derecho positivo; la moralidad crítica pretende siempre convertirse en moralidad legalizada e integrarse al derecho positivo.»

Finalmente, el autor, tras referirse a la Constitución formal y material en su relación con los valores superiores y los derechos fundamentales, concluye que todo un depósito de ideas morales, de creencias y de filosofía política y jurídica, se condensa en la filosofía democrática: «Ciertamente, que este acervo no se agota con valores, ni con los derechos fundamentales que se propugnan desde el ordenamiento jurídico. La conciencia crítica, la moralidad no legalizada seguirá presionando en las fronteras del derecho para seguir avanzando en la lucha por una sociedad humana más justa.»

(Ángeles Ródenas Calatayud)

PECES-BARBA, Gregorio.

Escritos sobre derechos fundamentales.

Eudema Universidad, Madrid, 1988, 278 págs.

«Los trabajos que se incluyen en este libro -explica el autor- han sido publicados con anterioridad, con excepción del referente a la filosofía de la tolerancia en Alemania, los Países Bajos, Gran Bretaña y sus Colonias en los siglos XVI y XVII, que es inédito. Sin embargo, todos ellos han sido reelaborados para ponerlos al día, especialmente en la bibliografía y en algunas dimensiones que he incorporado con posterioridad a mis planteamientos (...).

El libro se divide en dos grandes partes. La primera, de estudios históricos, que comprende el ya citado sobre *Los derechos fundamentales en la cultura jurídica española*, y dos sobre la historia de la tolerancia, el primero *La filosofía de la tolerancia en Francia en los siglos XVI y XVII* que se publicó en el número 3 del Anuario de Derechos Humanos, y el segundo, ya indicado al principio sobre la tolerancia en Alemania, Países Bajos y Gran Bretaña y su Colonias, en este mismo período de tiempo. La segunda parte del libro comprende cuatro estudios sistemáticos. El primero sobre los derechos económicos, sociales y culturales, se publicó por la Universidad de Murcia y (...) ha sido ampliado y complementado sustancialmente. Los dos siguientes, que aparecen con menores modificaciones, son *Los derechos fundamentales entre la moral y la política*, publicado en el Anuario de Derechos Humanos, número 2, y *Reflexiones sobre la paz*, publicado en la revista Sistema (núm. 67, julio, 1985) (...).

Por fin, el último se publicó en el número 4 del Anuario de Derechos Humanos, homenaje a Joaquín Ruiz-Giménez, *Sobre el puesto de la Historia en el concepto de los derechos fundamentales*, y que por ser muy reciente aparece, asimismo, sin modificaciones.

En estos siete estudios se reflejan muchos problemas nuevos y algunas reflexiones complementarias al punto de vista sistemático que mantengo sobre los derechos humanos, como filósofo del Derecho, y que hasta ahora estaba contenido en mi libro sobre los *Derechos fundamentales*.»

(Daniel González Lagier)

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio.

Sobre el fundamento de los derechos humanos.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 193-207.

Cuando se habla de comprensión de los derechos humanos se trata, a juicio del autor, de «explicarlos desde su raíz y en todas sus dimensiones para entender su origen, su fundamento, su estructura y su función en la sociedad, en el poder político y en el Derecho. Es una tarea que compete, en primer lugar, a la filosofía moral, política y jurídica, esta última, tanto en su dimensión de teoría de la justicia como de teoría del Derecho, y que se completa con la acción de diversas ramas de la ciencia jurídica (...). Cualquier intento de fundamentar o de explicar los derechos humanos exclusivamente desde alguno de esos puntos de vista (...) conduce a reduccionismos que impiden la comprensión (...). Cuando hablo de comprensión de los derechos humanos me refiero a esa compleja actividad intelectual que lleva a integrar lo que llamo la Filosofía y el Derecho positivo de los derechos humanos (...).»

Para fundamentar los derechos humanos, incluso desde una pretendida reflexión racional, es necesario recurrir a la fundamentación histórica situada en el contexto concreto del mundo moderno. Sólo desde sus premisas económicas, sociales, culturales y políticas es pensable una argumentación sobre derechos humanos.

Tras señalar algunos de los argumentos más importantes que ayudan a entender su punto de vista, el autor se ocupa del concepto de «libertad igualitaria» como resultado de la construcción racional sobre los rasgos de los derechos humanos que se instalan en la cultura jurídica y política moderna.

Se pueden distinguir, a juicio del autor, tres sentidos diferentes de la palabra libertad tal como ha sido usada a lo largo del tiempo. Los dos primeros corresponden a la libertad de elección y la libertad moral, ambos se complementan e inciden al mismo tiempo en la comprensión de la libertad como fundamento de los derechos humanos. El tercer sentido, la libertad social, política y jurídica, tiene como ámbito de acción la sociedad civil, el Poder y el Derecho, y es la síntesis de los derechos humanos.

«A través de su desenvolvimiento en los derechos humanos -continúa el autor- el hombre moderno pretende poner la sociedad, el Poder y el Derecho al servicio del dinamismo de la dignidad humana (...). Si se rompe el dinamismo de la libertad de elección a la libertad moral y se produce un reduccionismo que desconozca una de las dos, sufrirá también la libertad social, política y jurídica.» Sólo cuando existen las tres dimensiones de la libertad el poder está distribuido entre el Estado y los individuos y así encontramos la raíz de la democracia.

El paso siguiente nos lleva al análisis de todo el material de derechos humanos para construir tres modelos parciales de la libertad social, política y jurídica: El modelo liberal, que utiliza la idea de libertad como no interferencia. El modelo socialista, que pretende incorporar elementos igualitarios a la libertad y excluir de la misma las dimensiones con imposible contenido igualitario como la libertad. Y, por último, el modelo democrático de libertad, posterior al liberal y contemporáneo al socialista, que pretende fundamentar y organizar la participación de los miembros de la sociedad civil en el poder político. Su repercusión objetiva en el poder político es ser la principal fuente de legitimidad democrática.

Como conclusión de lo expuesto, finaliza el autor juzgando como positiva la distinción entre Moral y Derecho iniciada por Tomasio, pero no hasta el extremo de establecer una separación «y el punto de encuentro son los derechos humanos que se fundamentan en la ética como forma de realización histórica de la autonomía moral del hombre, posible por su inicial libertad de elección».

(Ángeles Ródenas Calatayud)

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

Aproximación al Derecho de la informática.

Theoria, núms. 7-9, 1987-1988, págs. 529-551.

De forma correlativa a las sucesivas aplicaciones de la informática en distintos sectores del derecho se ha producido, en los países más avanzados, una creciente promulgación de normas jurídicas que tienen por objeto reglamentar diferentes aspectos de la informática. De ahí que, como contrapunto a la informática jurídica, se está forjando en nuestros días una nueva disciplina jurídica: el Derecho de la informática o Derecho informático, que engloba las distintas normas de los ordenamientos internacionales y nacionales encaminadas a disciplinar la utilización de la informática y la telemática. De los distintos núcleos de problemas que integran esta nueva materia jurídica se estudian en este trabajo los referentes a: contratos sobre la utilización de computadores, tutela jurídica, así como la problemática que dimana del flujo internacional de datos.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta).

Doxa, núm. 4, 1987, págs. 47-66.

Estas observaciones sugeridas por la ponencia del profesor Laporta se polarizan sobre dos cuestiones: 1) establecer a qué tipo de concepto responde la propuesta de definición avanzada en la ponencia y 2) señalar qué tipo de concepción filosófica jurídica subyace a tal concepto.

Respecto al primer punto, tras esbozar el sentido y alcance de las definiciones ostensivas, reales y nominales, subdistinguiendo en estas últimas las lexicales, estipulativas y explicativas, estima que el concepto defendido en la ponencia responde a una definición nominal en sentido explicativo de los derechos humanos.

En opinión del autor la concepción que informa la ponencia obedece a premisas iusnaturalistas al entender los derechos humanos como bienes morales de todos los seres humanos que entrañan razones fuertes para deber ser protegidos normativamente. Esta tesis, que expresamente se inscribe en la órbita de los derechos morales, responde, en efecto, a la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos, que los reputa valores que deben ser reconocidos por el derecho positivo a todos los hombres y, que, por tanto, son preliminares y básicos respecto a cualquier legalidad positiva.

Aunque se comparte este planteamiento o concepción de los derechos humanos, el autor discrepa del ponente en lo tocante al carácter absoluto e inmutable de los derechos humanos, haciendo especial hincapié en la dimensión «generacional» que es inherente a los derechos humanos, como corolario de su carácter histórico.

PÉREZ LUÑO, A. E.

Derecho, moral e ideología.

En el volumen II *Encuentro Hispano-Mexicano de filosofía moral y política*, edición a cargo de J. A. Gimbernat y J. M.^a González, Instituto de Filosofía del CSIC, Madrid, 1988, págs. 108-116.

Se trata de explicar la continuidad entre los problemas éticos y jurídicos, así como la carga ideológica que subyace a numerosas invocaciones de la moral en la aplicación del Derecho. Para evitarlo, se aboga por la necesidad de que cuando el derecho se remita a categorías morales lo haga con propiedad. Por ser la ética una estructura normativa del comportamiento, parece imprescindible tener en cuenta los factores antropológicos, psicológicos, socio-biológicos y culturales que conforman el contexto explicativo de la conducta humana individual y social. En la medida en que las valoraciones morales utilizadas en el ámbito jurídico respondan a criterios verificables, tenderá a debilitarse su componente ideológico, en la acepción peyorativa de la ideología jurídica, es decir, en cuanto deformación consciente o inconsciente de la realidad en función de los intereses de quienes crean o aplican el derecho.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

Dignidad, libertad e igualdad de la persona y derechos humanos.

En el volumen *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al profesor Gutiérrez-Alviz y Armario*, Tirant lo blanch, Valencia, 1988, págs. 831-841.

Entre quienes intentan concretar el significado de los derechos humanos constituye casi un lugar común la observación de que los valores de la dignidad, la libertad y la igualdad pueden considerarse como los tres ejes fundamentales en torno a los que se ha centrado la reivindicación de los derechos humanos. De ahí, la necesidad de clarificar el sentido de estos tres valores para precisar el ámbito significativo de los derechos humanos.

La tesis sustentada en este estudio es que tales valores no son, como en determinados planteamientos teóricos se sostiene, contradictorios; sino que la propia batalla actual por los derechos humanos obliga a un constante esfuerzo de concordancia práctica entre ellos. Puede afirmarse, sobre este punto, que la renuncia, el abandono o el sacrificio de cualquiera de ellos, aunque sea en aras de la mejor satisfacción de los otros, compromete la entera causa de los derechos humanos.

PÉREZ LUNO, Antonio-Enrique.

Impactos de la informática en el sistema de valores jurídicos.

En el volumen *Implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información*, V Encuentro 1987, CITEMA, Madrid, 1988, págs. 93-103.

La dinámica evolutiva de los valores en los países más avanzados se halla inmersa en un período de transición, motivado por el propio desarrollo de las nuevas tecnologías. En esa fase se vislumbra, como telón de fondo del progreso informático y telemático, la inquietante posibilidad de unas formas de convivencia definidas por una tecnología que puede penetrar en cualquier ámbito, incluso en el más íntimo de la vida privada; que puede acaparar, registrar y manipular cualquier tipo de datos e informaciones; que puede, por tanto, ejercer un control implacable sobre los ciudadanos. Para evitar esos riesgos y amenazas es preciso que los valores ético-jurídicos fundamentales se hallen a la altura de las nuevas exigencias. Sólo así podrán cumplir la función legitimadora, orientadora y crítica de la vida social que les es propia.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

La tutela de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978.

En *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas & UNAM, México, 1988, vol. III, págs. 2345-2371.

En esta monografía se traza un cuadro expositivo de los instrumentos de garantía de los derechos fundamentales en el sistema constitucional español. Para ello, se clasifican dichos mecanismos en función de la significación jurídica del medio de tutela empleado. Se estudian, de este modo, sucesivamente los instrumentos de protección de tipo normativo (fuerza vinculante de la Constitución, rigidez constitucional, reserva de ley, respeto del contenido esencial); las garantías jurisdiccionales (tutela judicial genérica de los derechos, recurso de inconstitucionalidad, *habeas corpus*, y recurso de amparo); y mecanismos institucionales (control parlamentario, iniciativa legislativa popular y el Defensor del Pueblo). El artículo recoge la jurisprudencia básica del Tribunal Constitucional y una referencia doctrinal sobre estas materias.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

Lecciones de filosofía del Derecho.

Ed. Minerva, Sevilla, 3.^a ed., 1988, 159 págs.

Se trata de una versión ampliada de las anteriores correspondientes a los años 1982 y 1986, la primera de las cuales fue objeto de reseña en la sección bibliográfica del volumen 2 de «Doxa», de 1985.

La variante más notable introducida ha sido la adición de un apéndice sobre «Derecho, Moral y Política», en el que se amplía la referencia a la problemática de las relaciones entre Moral y Derecho, abordada en el capítulo 11 de la obra. Se ha procedido también a una actualización del aparato crítico bibliográfico que sirve de soporte a los temas abordados en el texto.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

Los derechos fundamentales.

Ed. Tecnos, Madrid, 3.1 ed., 1988, 227 págs.

Esta edición amplía y completa las dos anteriores aparecidas, respectivamente, en 1984 y 1986, la primera de las cuales fue reseñada en el volumen 2 de «Doxa» correspondiente al año 1985.

Las principales modificaciones introducidas se refieren a la ampliación y actualización de las fuentes bibliográficas, así como la referencia de los cambios introducidos en el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español y las sentencias más significativas del Tribunal Constitucional.

PUY, Francisco.

El ordenamiento jurídico y su problemática.

Cuadernos informativos de Derecho Histórico, Público, Procesal y de la Navegación, núm. 8, 1988, págs.1713-1729.

El autor hace un balance de los problemas que suscita ahora el tópico O.J. (ordenamiento jurídico) y mantiene en este trabajo una docena de tesis, que se resumen así:

1. La erosión del O.J. sólo puede aliviarse moderando la velocidad del cambio normativo desde la estabilidad doctrinal y jurisdiccional: aunque lenta, ésta es la única solución a la larga.
 2. La disminución de la masa normativa y la reautorización consiguiente del O.J. dependen del auto-control del normador: por tanto, es un problema insoluble, hoy día.
 3. La irracionalidad del O.J. no puede eliminarse y sólo puede corregirse asimilándola con una metodología tópica, retórica, dialéctica, zetética.
 4. Todo elemento normativo puede considerarse elemento de cualquier O.J.: no hay monopolio de peculiaridades.
 5. Ningún O.J. es completo, ni suficiente: por tanto, los OO.JJ. son, y han de ser, plurales hacia dentro y hacia afuera de ellos mismos.
 6. El O.J. constituye un ente de razón que funciona muy bien como modelo, tópico, estandarte o directiva de la praxis jurídica, en sus tres niveles (normación, decisión y dictamen: y no sólo en el primero de ellos).
 7. El étimo *or-* de «ordenamiento» denota la función orientadora que lo connota. El tronco *iraz-* (celto-íbero), *ord-* (celto-irlandés), *urdd-* (celto-británico), *ordn-* (germánico), connota la función tejedora, urdidora, que le da tan especial sabor jurídico-político.
 8. O.J. equivale a «sistema» en sentido débil (sistema razonablemente coherente), pero siempre quiere pasar por «sistema» en sentido fuerte (sistema axiomatizado y formalizado matemáticamente): en el primer sentido es útil para el jurista; en el segundo es letal.
 9. La jerarquización interna de los elementos de cada O.J. es tan situacional como la externa entre los diversos OO.J.J. existentes.
 10. La equivalencia «ordenamiento» = «institución» es discrecional, pero inevitable (desde que la autorizara Santi Romano) y salutífera (para liberarse del normativismo).
 11. La conversión simple entre «ordenamiento» y «derecho» sólo vale con la simultánea conversión simple entre «derecho» y «derecho positivo objetivo estatal».
 12. El tópico ordenamiento puede definirse así: *Ordenamiento jurídico es la categoría clasificatoria o el concepto operacional con que damos unidad ficticia al conjunto de reglas que favorecen nuestra posición jurídica, para fortalecerla, y/o al conjunto de reglas que perjudican la posición jurídica adversa, para poderle golpear en su centro de gravedad y someterla lo más rápidamente posible.*
-

PUY, Francisco.

Euskal-filosofia.

Razón Española, núm. 28, 1988, págs. 211-222.

El trabajo perfila la filosofía vasca actual desde las siguientes notas diferenciadoras:

1. Es una filosofía desarraigada, que prescinde de su tradición histórica, con raras excepciones, como son, por ahora, Zubiri y Unamuno.
 2. Es una filosofía con prurito de divorcio o rechazo respecto a sus corrientes afines culturalmente próximas, las ibéricas y las galas.
 3. Es una filosofía con voluntad de entreguismo al pensamiento germánico (más al nórdico que al meridional) cuyas batallas comparte con la entrega del legionario.
 4. Es una filosofía escindida básicamente en tres grandes dicotomías: existencialismo o materialismo; irracionalismo o hiperracionalismo; retoricismo o teoricismo.
 5. Es una filosofía virtualmente esquizofrénica que al autoidentificarse justifica la doblez y menosprecia la integridad.
 6. Es una filosofía trabada en el problema lingüístico que no ha descubierto el filón metafísico de la lengua euskera ni utiliza la metodología fenomenológica de la línea Vico-Heidegger.
 7. Es una filosofía interesada en el tema de Dios, que ancla su ontología firmemente en él, pero que se enreda en el sargazo de no querer ya ser cristiana.
 8. Es una filosofía sin hacer aún, como la de Nietzsche; y por eso, nietzschiana... hasta donde se lo permite la hegemonía hegeliana y marxista.
 9. Es una filosofía desvergonzada, que cree que no tiene tabúes, simplemente porque ha sustituido los viejos por otros nuevos (con la ventaja de la novedad y el inconveniente de la ingenuidad).
 10. Es una filosofía sin maestros actuales con autoridad reconocida, que carece de líderes, probablemente, porque los que lo podrían ser prefieren quedar en el anonimato, o emigrar a España o a Europa.
 11. Es una filosofía joven, temperamentamente rígida y radical, que sólo sabe del sí o no, del todo o nada, a la que le cuenta un ingente trabajo matizar, porque apenas sabe comprender, conceder y tolerar.
 12. Es una filosofía intoxicada de hegelismo y marxismo, desinteresada por el derecho y la teología, y agresiva contra el Estado y la política.
 13. Es una filosofía escapista, tendente a la barbarización, la emigración, la logización, el irenismo, la formalización, el relativismo y el escepticismo.
 14. Es en fin una filosofía que, a pesar de todo, desea encontrar su camino en un difícil pluralismo lingüístico, ideológico, territorial y racial: a la que el autor desea de corazón que lo encuentre y lo desarrolle lo más brillantemente que pueda.
-

PUY, Francisco.

La invocación de Dios en el actual lenguaje jurídico.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 487-499.

El autor estudia la relación derecho-moral en el caso puntual y extremo de la expulsión o acogida del nombre de Dios en el actual lenguaje jurídico. Para ello analiza los argumentos que postulan la erradicación del nombre de Dios del mismo frente a los que mantienen su invocación como pertinente. Los argumentos contrarios a la invocación de Dios en el lenguaje jurídico se reducen a cuatro:

1. Lo hace impertinente la exigencia de racionalidad, que debe excluir del lenguaje jurídico todo lo que no se toca, mide y pesa.
2. Lo hace impertinente la exigencia de pureza del método jurídico, que debe excluir de su vocabulario todo lo metajurídico.
3. Lo hace impertinente el progreso jurídico, o sea, la evolución inexorable desde el derecho divino al derecho ateo.
4. Lo hace impertinente la exigencia de secularidad, asumida a valor y, además, a valor jurídico por el mundo actual.

Por otro lado, la invocación de Dios en la norma, el contrato, la sentencia, el dictamen o la monografía aparece defendida en base a estos argumentos.

El jurista nombra a Dios y debe nombrarlo:

1. Para recobrar el sentido jurídico.
2. Para determinar una concepción del mundo y de la vida.
3. Para introducir el tercero mediador que reconcilia la enemistad entre las partes negociables y litigiosas.
4. Para construir el puente ontológico por el que las personas se comunican recíprocamente como tales personas.
5. Para interponer el disuasor superior de todo injusto.

El autor llega a la conclusión de que la invocación de Dios en el lenguaje jurídico es inevitable: que su menor uso significa un mayor respeto al segundo precepto del Decálogo; pero que su uso en los pocos casos fundamentales no sólo es pertinente, sino que, además, acredita la aparición del jurista excepcional. Lo cual se trasvasa a tesis general de la relación derecho moral. Tan erróneo es introducir la moral en el derecho cuando no es preciso, como ignorarla cuando ella está allí dentro. La moral no se erradicará del derecho nunca, mientras haya un solo jurista sabio en la faz de la tierra.

PUY, Francisco.

Por una jurisprudencia iberoamericana.

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 475-488.

El autor analiza en este trabajo la existencia, denominación y problemática de la jurisprudencia iberoamericana; le augura un próximo y futuro esplendor; y, para coadyuvar a su logro con más rapidez, hace cuatro propuestas metodológicas y cinco sugerencias políticas.

Las propuestas metodológicas son las siguientes:

1. Eliminar autofobias y aumentar el conocimiento de la propia historia y tradición mediante una potenciación de la parte de ella que se consagra a la historia de las ideas.
2. Eliminar, asimismo, la xenomanía, sustituyéndola por una correcta relación igualitaria de cooperación y dignidad con las otras culturas jurídicas: en especial con la anglosajona, la franco-germánica y la soviética.
3. Buscar la superación en profundidad de los defectos consustanciales al positivismo, al racionalismo y al cientificismo, para recorrer los caminos más expeditos del realismo y la tópica.
4. Mirar más al futuro proyectando el pasado, pero sin dormirse en éste último; es decir, evitando el doble defecto de desconocer grandemente la tradición iberoamericana autóctona, sesteando a la par sobre los laureles secos que se suponía tenía...

Y éstas son las propuestas políticas:

1. Celebración de Congresos Iberoamericanos de Juristas en todos los países de la comunidad.
 2. Organización de un sistema permanente de intercambios o sustituciones de juristas profesores, jueces, letrados y otros funcionarios operadores jurídicos.
 3. Creación de una Asociación Iberoamericana de Juristas, según el modelo de la Asociación Luso-Hispano-Americano-Filipina de Derecho Internacional.
 4. Creación de una Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Iberoamericano según el modelo de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado europeo de Estrasburgo.
 5. Introducción en el plan de estudios de las Facultades de Derecho de las Universidades de España, Portugal e Iberoamérica de una asignatura optativa de Derecho Iberoamericano, o más ambiciosamente aún, de una sección especializada de segundo ciclo.
-

RAMOS PASCUA, José Antonio.

Promoción activa e imposición coactiva de la moral. Examen de la postura de H. L. A. Hart.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 28, 1988, págs. 447-467.

El artículo gira en torno al tema ya clásico de la imposición jurídica de la moral, reactualizado no ha mucho tiempo gracias a la conocida y apasionante polémica que enfrentó a H. L. A. Hart con P. Devlin. En sus primeras páginas el artículo da cuenta muy resumidamente de los antecedentes de la polémica y seguidamente procede a examinar, no tanto la doctrina de Devlin, ya exhaustivamente revisada por muy diversos autores, cuanto la menos comentada y, a mi juicio, más interesante y profunda de Hart. La actitud de éste ante el problema que nos ocupa se había expresado en una serie de escritos sucesivos y heterogéneos. De ahí la necesidad de presentar en forma sistemática sus principales tesis y argumentos. Dichas tesis podrían reconducirse a tres fundamentales: 1) Es ingenuo sociológicamente asumir que en las sociedades contemporáneas exista un verdadero consenso moral, una única moral social (sobre todo, en relación con la llamada «moral privada» y muy especialmente en relación con la moral sexual). Aun si supusiéramos que existiera, deberíamos impugnar su imposición coactiva, dado que nada nos asegura que los preceptos de esa pretendida moral popular no sean arbitrarios y hasta brutales. 2) La infracción de las exigencias de esa hipotética moral positiva privada no puede causar daño a nadie, y mucho menos puede (contrariamente a lo que sugiere la algo apocalíptica visión de Devlin) provocar la destrucción de la sociedad. 3) Aun en el supuesto de que la infracción de los principios de la moral privada causara algún daño a otros, sería siempre un daño menor del que causaría su imposición coactiva mediante el Derecho.

A continuación, tras desarrollar y evaluar críticamente cada una de las tesis enumeradas, se intenta partir de las conclusiones extraídas para tratar de ofrecer algunas posibles vías de solución razonable al problema. Concretamente, se sugiere como postura intermedia entre las de Hart y Devlin la posibilidad de que las infracciones morales menos dañinas no sean reprimidas mediante la irrupción coactiva del Derecho, sino que, haciendo uso de su «función promocional», éste se limite a alentar activa y decididamente el respeto a la moral colectiva. De este modo, sin causar daños apreciables a nadie, se lograría expresar una actitud de adhesión a los sentimientos morales compartidos que parece necesaria para mantener la cohesión y la solidaridad social.

RAWLS, John; FRIED, Charles; SEN, Amartya; SCHELLING, Thomas C.

Libertad, igualdad y derecho. Las conferencias Tanner sobre filosofía moral. (Trad. de Guillermo Valverde Gefaell.)

Ed. Ariel, Barcelona, 1988, 191 págs.

En los últimos años fenómenos tales como la tecnología y su aplicación, la nueva sensibilidad hacia las discriminaciones que padecen las minorías y la miseria y el hambre en el mundo, el peligro de la tiranía política y el surgimiento de una nueva religiosidad, han supuesto un aumento del interés por las cuestiones morales.

En este libro se recogen cuatro ensayos de distintos autores que exploran las implicaciones que tienen estos asuntos en el mundo de hoy.

En *Las libertades fundamentales y su prioridad*, J. Rawls da respuesta a las críticas vertidas sobre su obra *Teoría de la justicia* e indica métodos por los que los juristas pueden poner en práctica la concepción filosófica de la justicia. En *¿Es posible la libertad?*, Ch. Fried propone una teoría liberal del derecho que relaciona los temas básicos de la equidad distributiva y los derechos privados, y propone una norma de distribución. En *¿Igualdad de qué?*, A. Sen rechaza el utilitarismo, la utilidad total y la igualdad rawlsiana para fundamentar el aspecto de igualdad de la moralidad, proponiendo en su lugar la idea de igualdad de capacidades básicas como «dimensión moral relevante que nos lleva más allá de la utilidad y de los bienes primarios». Finalmente, T. C. Schelling, en *La ética, el derecho y el ejercicio del autodomio*, plantea varias cuestiones de ética y política básicas en el estudio de la economía del bienestar, la opción social, la filosofía política y la soberanía del individuo.

(Victoriano Moreno Molina)

RESTA, Eligio.

Metáfora del contrato.

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 227-242.

El autor parte de que «el término paternalismo, en la tradición más antigua del lenguaje político, es utilizado para indicar una técnica de gobierno caracterizada por comportamientos autoritarios, aunque benévolos, de los gobernantes en sus relaciones con los gobernados». En este siglo el concepto de paternalismo parece haber tomado un sentido negativo, del que comienza a «recuperarse» a partir de los años setenta en el ámbito de la filosofía jurídico-política. El autor intenta una reconstrucción del tema del paternalismo desde la perspectiva de la oposición paternalismo-democracia.

Para ello considera, en primer lugar, el «deslizamiento semántico» de conceptos como paternalismo, tolerancia, legitimación... a lo largo de la historia; y, en segundo lugar, el proceso de aumento de la reflexividad, un proceso que «se refiere a los medios de comunicación de los sistemas que son aplicados a sí mismos antes de ser aplicados al exterior (por ejemplo, el poder al poder, las decisiones a las decisiones, la regla a la regla, etc.), su aumento es una adquisición cualitativa de la auto-organización de un sistema en términos de diferenciación de las propias funciones y de generalización de la comunicación; de forma que atiende a la resolución de problemas de «excedencias de posibilidades» (...). En términos más simples, cuando un sistema más se organiza sobre sí mismo tanto más puede organizar mecanismos externos».

A la luz de estos procesos puede observarse el paso «de un derecho *paterno* a un derecho *fraterno* (*cum-iurandum*)». El primero es el derecho del soberano absoluto; el segundo es el derecho autorizado por un pacto horizontal entre los asociados que sujeta también al soberano: da conjura simboliza la escena fundamental del parricidio». Pero «el resurgir bajo otra forma dentro de una semántica que transforma el sentido antagónico de sus conceptos- de disimetrías, desigualdades, inseguridades en el *interior* mismo, no *a pesar* del pacto entre iguales, representa la vanidad y vacuidad de aquel parricidio (...)». El autor opina que «tal vez se trata, aunque dicho sin arrogancia, de comprender con mucha auto-ironía hasta qué punto nuestros discursos “iluministas” sobre el problema del presente están constreñidos y determinados por el lenguaje de la tradición; o (...) cuánta sedimentación histórica existe en nuestros conceptos; o, mejor, en qué medida nuestro horizonte de expectativa está dependiendo del espacio de experiencia».

«Concluyendo entonces -finaliza el autor-, una filosofía “pública” que escoge permanecer confinada en la descripción microfísica de las desigualdades individuales, como si fueran incidentes aislados de la democracia para corregir con políticas singulares de *public choices*, no es únicamente inadecuada y no está a la altura de una teoría de la sociedad compleja, sino que es fundamentalmente ideológica. El *paternalismo*, por tanto, no es un problema simple de posibilidades y límites de un poder de interferencia en la esfera de otros sujetos, sino que es una importante metáfora del pacto.»

(Daniel González Lagier)

ROBLES, Gregorio.

Introducción a la Teoría del Derecho.

Ed. Debate, Madrid, 1988, 177 págs.

Este libro -que se estructura en los siguientes seis capítulos: I) *Los temas de la filosofía jurídica*; II) *la teoría del Derecho natural*; III) *El positivismo jurídico y la filosofía del Derecho*; IV) *el renacimiento de la teoría del Derecho natural en el siglo XX*; V) *pospositivismo y hermenéutica filosófica*; y VI) *teoría del Derecho como análisis del lenguaje de los juristas*- trata, según palabras del propio autor, de «encontrar un camino idóneo para el desarrollo de una filosofía jurídica útil para los juristas, adaptada a sus problemas y a sus inquietudes (...). Esta filosofía para juristas es designada *Teoría del Derecho* (...). Con esta nueva designación se pretende, en primer lugar, separarse de las implicaciones metafísico-ontológicas tanto del «Derecho natural» como de la «filosofía del Derecho», pero, además, denominar a un nuevo planteamiento epistemológico capaz de superar la antinomia entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. La Teoría del Derecho es la filosofía jurídica del pospositivismo, asentada no en la fe ciega en la descripción, ya de la idea, va de los hechos, sino en la universal inmediatez del lenguaje. Su planteamiento no coincide ni con la Teoría General del Derecho, producto del positivismo en sus diversas manifestaciones, ni con la seca teoría analítica al uso, pues incorpora el modelo semiótico en todas sus dimensiones, a la vez que abre la puerta de par en par a la hermenéutica filosófica.

Reformula los viejos problemas, colocándolos en un modelo epistemológico que les dota de una significación distinta. Uno de sus postulados es que el recurso neopositivista al «pseudoproblema» constituye una «pseudosolución». Su afán integrador escapa, no obstante, al eclecticismo y al sincretismo metódico, ya que pretende la intelección de la pluralidad de los problemas teórico-jurídicos situando éstos en el plano del lenguaje que les corresponde».

(Josep Aguiló Regla)

RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino.

La Moral en el Derecho vigente.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 117-130.

El autor se propone en este artículo «reseñar, aunque sea en forma muy sucinta, las diversas maneras de plantearse el tema de la relación entre Moral y Derecho, particularmente por parte de la literatura más reciente».

En esta cuestión cabe distinguir, según el autor, «por lo menos cuatro planteamientos típicos, al lado de otro muy reciente». Son los siguientes:

1. «Ante todo se puede plantear el problema Derecho y Moral en relación con el estudio del concepto de Derecho (...). En cuyo caso se pregunta si Derecho y Moral son conceptualmente distintos o se identifican básicamente, aunque luego presenten algunas notas específicas.»
2. «Un planteamiento próximo al anterior (...) es el que parte del análisis del lenguaje moral o, quizá más genéricamente, del lenguaje ético. Aquí el primer paso consiste en distinguir y contraponer dos tipos de lenguaje radicalmente diferentes: el lenguaje descriptivo y el lenguaje prescriptivo.»
3. «El tercer planteamiento del problema de la relación entre Moral y Derecho consiste en estimar que entre ellos existe una vinculación esencial que, de la manera más clara y también más tradicionalmente aceptada, se especifica diciendo que la Moral es el fundamento del Derecho y ha de operar como fundamento del Derecho.»
4. «En contraposición al anterior existe otro planteamiento en que la Moral y el Derecho se contemplan como dos bloques compactos unitarios, en los cuales, aunque gozan de la relación de vecindad, se diferencian radicalmente. Es lo que sintéticamente se conoce como tesis de la separación entre Moral y Derecho, y que, también con sus múltiples peculiaridades, es defendida, principalmente, por el denominado positivismo jurídico.»
5. «Hay, sin embargo, un nuevo y más reciente planteamiento, superador de los dos anteriores, que consiste en considerar que la Moral y el Derecho ni están inseparablemente unidos ni tampoco radicalmente separados, sino que se complementan y prestan mutuo apoyo. Este planteamiento suele enunciarse sintéticamente con la fórmula la Moral en el Derecho positivo.»

En opinión del autor «este planteamiento, que supone tanto la superación de la tesis de la unidad y aboga por la no identificación entre Moral y Derecho, como de la tesis de la separación y pretende la no disgregación de ellos como si apuntaran a dos órdenes de valor que nada tienen que ver entre sí, parece, sin duda, el más adecuado hoy en día y parece, además, estar avalado por las frecuentes y constantes remisiones, explícitas o implícitas, del Derecho positivo a la Moral».

Por último, el autor trata «desde la amplia perspectiva anteriormente descrita, de la relación entre Moral y Derecho en el Derecho vigente, que en este caso no puede ser otro que nuestro propio Derecho». «Para ello -explica el autor- hemos de partir de las remisiones de este Derecho a la Moral, sirviéndonos como guía la distinción que hemos establecido entre remisiones explícitas e implícitas. En segundo lugar, conviene examinar minuciosamente qué sentido tienen estas remisiones del Derecho a la Moral o a las pautas morales, para lo cual es preciso dilucidar qué se entiende en esos casos por Moral y hasta dónde es posible delimitar ese punto de referencia.»

(Daniel González Lagier)

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María.

Las doctrinas sobre la tolerancia religiosa afines del siglo XVIII la distinción entre moral y derecho a principios del siglo XVIII.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 331-352.

«Desde una perspectiva actual -dice el autor- la intolerancia religiosa, es decir, la persecución o represión por la fuerza de los disidentes religiosos, es una de las páginas más negras de la historia de la humanidad y, sin duda, la más negra de la historia del cristianismo. Sin embargo, no podemos traspasar este enjuiciamiento desde nuestra propia perspectiva a las conciencias de quienes practicaron o ejercieron esa represión. Un indicio de que éstos estaban muy lejos de juzgar la intolerancia de manera parecida a la nuestra es que no podemos representárnoslos como inquisidores solitarios, seguidos tan sólo de un cortejo de sicarios, frente a un pueblo atemorizado y hostil. La verdad es que también el pueblo, en sus diversos estratos o niveles, estaba implicado en esa práctica y en esa actitud de intolerancia.»

«La adecuada comprensión, tanto de la tolerancia como de la intolerancia -continúa más adelante, requiere tener en cuenta el conjunto de condiciones sociopolíticas de la situación en que se producen y manifiestan. Entre esas condiciones están los factores psicológicos de todo tipo, entre los que cuentan los instintos (...). Pero lo que a nosotros nos interesa directamente son los factores ideológico o doctrinales: las ideas u opiniones que influyen en la tolerancia o intolerancia. Estas, a su vez, pueden entenderse como actitudes psicológicas de los individuos o de los grupos; pero a lo que nosotros nos referimos primordialmente es a la configuración de los sistemas políticos, a la disposición del Estado con respecto a la religión en todos sus aspectos, incluidos los meramente internos o de pensamiento o de conciencia. La tolerancia en este sentido será la neutralidad del Estado ante las diversas posturas religiosas, que no son objeto ni de prohibición por parte de sus disposiciones jurídicas. Naturalmente, la tolerancia así entendida admite distintos grados, y en los más altos puede calificarse con más propiedad de libertad religiosa; pero nosotros no haremos esta distinción, porque los autores que vamos a estudiar no la hacen. El concepto de tolerancia que utilizamos abarca, pues, la libertad religiosa; y, si advirtiéramos igualmente que esta última puede entenderse en diversos grados, empezando por los que podrían calificarse, con más propiedad, de simple tolerancia, no habría gran inconveniente en invertir la terminología, y hablar de libertad religiosa, incluyendo (en sus grados inferiores) la simple tolerancia.»

«Nuestra exposición se centrará en varias obras sobre la tolerancia de fines del siglo XVII, pero empezaremos por recoger las ideas de San Agustín que se propone refutar expresamente en la tercera parte de su obra Pierre Bayle.» Los autores tratados por el autor son: San Agustín, Pierre Bayle, Locke y Christian Thomasius.

(Daniel González Lagier)

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José M^a.

Historia del pensamiento jurídico.

Ed. Facultad de Derecho-Universidad Complutense, Madrid, 6^a ed., 1988, vol. I, 304 págs., y vol. II, págs. 305-648.

Las principales novedades de esta 6.^a edición, primera en dos volúmenes, son el capítulo 17 y 23 en el primer volumen y el 27, el 29 y 30 en el segundo.

El capítulo 17 lleva por título «Las doctrinas sobre la tolerancia religiosa a fines del siglo XVII y la distinción entre moral y Derecho a principios del XVIII». El capítulo 23 se titula «Las ideas (Derecho Constitucional y derechos humanos) en la revolución norteamericana y en la francesa».

Los títulos de los capítulos 27, 29 y 30 son, respectivamente: «John Austin», «De la escuela histórica a la jurisprudencia de conceptos» y «Rudolf von Ihering». El contenido del 27 se especifica en los siguientes apartados: la ciencia jurídica particular y la general; las leyes jurídicas como imperativos generales, las leyes divinas y su relación con el Derecho y la moral; la moral positiva y la moral, en general, contrapuestas al Derecho y definición de éste, y exclusión de la categoría de Derecho del consuetudinario, el internacional y parte del constitucional. El contenido del 29 se refiere, especialmente, a la obra de Savigny *Sistema del Derecho romano actual* y al problema que su ambivalencia planteó a sus continuadores. Finalmente, el capítulo 30 tiene en cuenta las obras más destacadas de Ihering, pero, especialmente, *El espíritu del Derecho romano*, que se estudia en estos puntos: la concepción del Derecho, en contraste, en armonía y más allá de la escuela histórica, producción y configuración del Derecho; Derecho y libertad; la legislación y la forma del Derecho; la jurisprudencia de conceptos; y crítica de la concepción logicista, el giro hacia la consideración teleológica del Derecho.

RUBIO CARRACEDO, José.

Paradigmas de la obligación política: estado justo, realismo político, estado legítimo.

Sistema, Madrid, núm. 85, 1988, págs. 89-105.

«Del mismo modo que la obligación moral -dice el autor- constituye el objeto central de la reflexión ética, y que la obligación jurídica lo es de la filosofía del derecho, la naturaleza, formas y condiciones de la obligación política es el objetivo principal de la filosofía política. Ahora bien, este objetivo común recibe diferentes modulaciones -y hasta diferentes versiones- según las diversas escuelas o tradiciones de la filosofía política.

En efecto, resulta indudable que se dan -y se han dado históricamente-, al menos, dos grandes tradiciones o escuelas de pensamiento político: la legitimista, según la cual el poder se justifica únicamente por el objetivo último ético-educativo de la sociedad civil (en su versión más radical del estado justo) o, al menos, por su respeto de las condiciones y límites de la obligación política (versión más moderada o propiamente legitimista), y la tradición realista, según la cual el poder se autolegitima como tal y posee su lógica enteramente autónoma y específica, también en diferentes versiones más o menos radicales. La filosofía política se sitúa, pues, sobre la confluencia o discrepancia (según los enfoques) de ambas tradiciones. De ahí que resulte imprescindible delinear siquiera brevemente los rasgos más notorios de ambas escuelas de pensamiento político en la primera sección del capítulo.

La segunda la voy a dedicar a precisar la evolución histórica de la corriente legitimista desde sus versiones más radicales, en cuanto utopías del estado justo, hasta sus versiones actuales mucho más moderadas, en cuanto que simples constructos normativo-regulativos del estado legítimo. En la tercera sección intentaré incluso construir en «paradigma» del estado legítimo mediante la explicitación de sus tesis características, de modo que pueda servir como guía para la identificación y adscripción de los diferentes planteamientos actuales o pretéritos.»

(Ángeles Ródenas Calatayud)

RUIZ MIGUEL, Alfonso.

La justicia de la guerra y de la paz.

Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, 355 págs.

En este libro se pretende abordar el tema de la guerra y la paz desde la perspectiva de la filosofía moral.

«El primer capítulo del libro -dice el autor- pretende mostrar el papel de la filosofía (...) en la distinción de los problemas de la guerra y de la paz (...). La distinción que allí se ofrece entre la tarea terapéutica o conceptual y la tarea crítica o normativa de la filosofía -distinción todo menos nueva está en la base de la distribución de los restantes capítulos. Los cuatro siguientes tienen, fundamentalmente, un alcance conceptual y los dos restantes, una pretensión crítica.

El capítulo segundo -continúa- plantea dos problemas que conviene intentar resolver antes de entrar en la discusión de mayor raigambre filosófica. Por una parte, se discuten y acortan los conceptos de guerra y de paz (...). Por otra parte, se introduce someramente al secular debate sobre las causas de la guerra, indicando las doctrinas fundamentales y comprometiendo una determinada posición sobre ellas. Los capítulos 3.º y 4.º pretenden hacer una clasificación detallada y ejemplificada de las principales doctrinas sobre lo que tradicionalmente se viene llamando el *ius ad bellum* y el *ius in bello*, es decir, en términos sólo filosóficos-morales y no jurídicos, sobre la justicia de la guerra y la justicia de las conductas bélicas. El capítulo 5.º, en fin, suministra algunas de las que pueden considerarse claves fundamentales de la era nuclear, como los posibles daños de una guerra nuclear, las estrategias bélicas al propósito y el significado de la carrera de armamentos. El contraste entre el marco general de doctrinas sobre la guerra, lentamente depositadas por la historia, y las nuevas circunstancias de la era nuclear obliga a plantear distintos problemas éticos relacionados con la disuasión nuclear y el llamado equilibrio del terror. Ese es el objeto del capítulo 6.º. Por su parte, y como conclusión crítico-moral de los anteriores, el capítulo 7.º propone un análisis global del problema de la justificación de la guerra, presentando una doctrina moral fundada en la idea de los derechos humanos y de una cierta prioridad del ideal de la paz internacional.»

(Daniel González Lagier)

RUIZ-RICO, Juan José; VERA PADIAL, Mercedes,

Juez, Poder Judicial y Administración de Justicia en la élite jurídica española.

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs, 125-153.

El objetivo central de este artículo es presentar una primera aproximación empíricamente fundada a la visión que de los jueces, el Poder Judicial y la Administración de Justicia existe en la élite jurídica española (fiscales, abogados, secretarios judiciales... e, incluso, los propios jueces). Previamente, los autores señalan una serie de consideraciones procedimentales: 1) el considerar necesario el estudio de estos temas para conocer el funcionamiento real del Poder Judicial y de la Administración de Justicia; 2) la existencia de un alto nivel de estereotipia (con sus características de inexactitud, carencia de carácter neutral, resistencia al cambio y capacidad para producir efectos reales) sobre estas instituciones; 3) la consideración de estos estereotipos como un fenómeno propio de la «cultura legal interna» y la influencia decisiva que desarrollan los medios de comunicación y los órganos de autogobierno judicial, y 4) la constatación de que la imagen de los jueces y tribunales entre la población en general es mayoritariamente favorable.

Partiendo de estas premisas y utilizando el método de las encuestas, los autores llegan a la conclusión de que la élite jurídica tiene una imagen del elemento personal del Poder Judicial caracterizada por «su no excesivo entusiasmo democrático y su indiscutible conservadurismo», lo que obsta para que merezca, en esta élite, de mayor confianza de la que disfrutaban instituciones con mayor sustancia democrática. Pero esta imagen no coincide con la realidad, pues ésta pone de manifiesto que los jueces son «el sector situado más a la izquierda en todo el panorama del sistema jurídico español», aunque esta posición ideológica es mucho más patente en su consideración como ciudadanos que como jueces. A continuación, el artículo examina la visión de esta misma élite jurídica sobre elementos fundamentales y polémicos de la regulación constitucional del Poder Judicial, como son el jurado, la prohibición de militancia en partidos y sindicatos, el derecho de asociación profesional, la defensa de la Constitución y su valor normativo, etc. Para finalizar, se analizan cuestiones relacionadas con los posibles funcionamientos anormales de la Administración de Justicia (inseguridad ciudadana, tardanzas, discriminaciones, corrupciones...).

(Isabel Lifante Vidal)

SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto.

Poder judicial, interpretación jurídica y criterios de legitimidad.

Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos, Granada, núm. 1, 1988, págs. 36-61.

Este artículo trata acerca de dos cuestiones que convergen para un recto entendimiento de la función desarrollada por el Poder Judicial: 1) ¿Cuáles son los factores que intervienen en la elaboración judicial del derecho, y como pueden ser interpretados? 2) ¿Cuáles son los criterios más adecuados para enjuiciar la legitimidad de la actuación judicial en un Estado democrático?

En relación con la primera de estas cuestiones, se hace referencia en el artículo a los principales planteamientos teóricos que han enmarcado, cada uno de ellos de una manera diferente, la realidad de la «creación judicial del derecho»: desde los que conceden relevancia al sentimiento, voluntad o actitud del juez, hasta los análisis hermenéuticos y crítico-ideológicos. Todos ellos reconocen una dosis mayor o menor de subjetividad en la aplicación judicial de la ley, pero entienden de distinta manera el carácter de esa subjetividad y el modo de su implantación en el proceso de interpretación jurídica.

La segunda cuestión se refiere al problema de cómo puede controlarse y legitimarse esa dosis de subjetividad que condiciona el resultado de la aplicación del derecho. El autor constata que los criterios de legitimidad del poder o de la función judicial propios del Estado liberal han entrado en crisis, debido a la crisis contemporánea de la ley y a las exigencias de una mayor participación en los procesos políticos procedentes de la sociedad actual. Para legitimar la decisión judicial no basta la legitimidad de la ley, la honestidad personal de los jueces y una buena formación jurídica, sino que se requiere un control específico del proceso de toma de decisiones que asegure su razonabilidad.

De entre los diferentes criterios de control y legitimidad, el autor defiende aquí el consenso ideal obtenido a través de un diálogo equitativo entre todos los afectados -toda la sociedad, en último término-. Ello se traduce en determinadas exigencias organizativas y procesales, plasmadas en gran parte en las estructuras del proceso judicial, aunque no se agotan en ellas. Concretamente, es necesario potenciar el intercambio argumentativo en torno al derecho antes, durante y después del proceso judicial en sentido estricto, lo cual abarca desde el momento de la formación de los jueces hasta la crítica posterior a la sentencia.

Sin embargo, ello no implica la sumisión del juez, sin más, a las convicciones sociales predominantes. Es necesario que el juez decida en conciencia, rigiéndose por un consenso social ideal y no limitándose necesariamente por un consenso fáctico.

Pero la sociedad, por su parte, no puede dejar de intervenir de una u otra forma en el control del personal al servicio de la judicatura. O sea, ha de procurar que la idea de consenso que rige la interpretación y aplicación del derecho no se aleje mucho del contexto social en donde surgen e interactúan las razones legitimadoras. De esta manera podrá asegurarse de que la conciencia de los jueces será más sensible a los argumentos que la misma sociedad considera convincente.

SALCEDO MEGALES, Damián.

Derechos y bienestar.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 271-293.

«Considero -dice el autor- que a pesar de la polvareda levantada por la discusión sobre los derechos y la elección social, no hay que dejarse llevar por la polémica y pensar que es una cuestión de todo o nada: o derechos individuales o eficacia colectiva. Ni A. K. Sen lo considera así, ni I. Leví tampoco. Parte de nuestro interés en lo que sigue es mostrar cómo la solución dada por el propio Sen a su teorema de imposibilidad es una solución que podría ser sostenida por un liberal que desease utilizar alguna función de bienestar social para evaluar las alternativas sociales. Pero subsiguientemente nos interesa mostrar cómo una posición liberal más radical que prefiriese seguir manteniendo una concepción de los derechos como restricciones absolutas en la evaluación de las alternativas sociales no conseguiría representar adecuadamente la naturaleza de los juicios sociales y, en general, que es «estar mejor» para la sociedad. Últimamente esbozaremos una forma de considerar los derechos que nos parece moralmente más sensible y que se ajusta a lo que R. Dworkin (1978) llama la «posición analítica constituyente» del liberalismo (...).

Los casi veinte años de discusión que han seguido a la presentación por parte de A. K. Sen de la imposibilidad del liberal paretiano -prosigue el autor- han tenido por consecuencia la revisión del concepto de «bienestar».

Así, si en su momento la crítica del ala radical del liberalismo en contra de los procedimientos de elección social pudo ser considerada justificada, lo que hemos pretendido mostrar es que en gran medida ya no lo está. Los derechos personales no son correctamente tratados por el utilitarismo, ni por concepciones de la elección social que restrinjan toda información moralmente relevante sobre los estados sociales a sus repercusiones sobre el bienestar-utilidad de los individuos (...). Pero el bienestar no tiene por qué ser un concepto monista interpretado, exclusivamente, en términos de utilidad. La teoría de la elección social puede estar interesado en determinar funciones de bienestar social para el tipo de problemas que así lo requieran; pero su interés es más genérico. La teoría trata de establecer funciones de elección social y para éstas el bienestar-utilidad puede ser sólo un componente del juicio social. Cuando dicho juicio ya no versa sobre “qué estado produce mayor bienestar para la sociedad”, sino “en qué estado está la sociedad mejor”, lo que el juicio social está intentando articular es algo muy próximo a la concepción del bien de la sociedad. Mas, entonces, ¿se puede sostener que la concepción del bien de la sociedad no ha de incluir cómo y cuándo se respetan las “esferas protegidas” de los miembros de la sociedad? Tal pretensión no parecería sensata (...). La exclusión de estructuras “bienestaristas” parece estar justificada por la necesidad de hacer un lugar a la información distinta a la utilidad como es la de los derechos. Sin embargo, nosotros no estamos seguros de que exista una justificación similar para excluir la evaluación consecuenencial.» Esto hace aparecer a los derechos como objetivos y, por consiguiente, la discusión de los méritos de una teoría moral basada en objetivos frente a una teoría moral basada en derechos puede ser difícil y es probable que dependa de qué consideremos que son buenas razones para la fundamentación de una teoría moral.

En este sentido el autor piensa que existen buenas razones para que cualquiera que sea la teoría moral que se sostenga, ésta haya de ser sensible a las consecuencias, aunque pueden no ser todo lo que moralmente importa. «El modelo que hemos presentado al dar la última palabra al principio de neutralidad frente a los intereses en conflicto de los individuos -concluye el autor- permite una cierta flexibilidad, quizá ausente de una teoría moral más rígidamente defensora del valor intrínseco de los derechos. Si esto es así, nuestro modelo contaría con un valor añadido frente a otras propuestas.»

(Ángeles Ródenas Calatayud)

SAMPAIO FERRAZ, Tercio.

Derecho oficial y Derecho inoficial. Ensayo sobre la diversidad de universos jurídicos temporal y especialmente concomitantes (trad, Juan José Gil Cremades).

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 81-98.

Frente a la afirmación de que «el Derecho de las sociedades desarrolladas se caracteriza, entre otras cosas, por el monopolio de la fuerza y, consiguientemente, por la concentración centralizadora y la unidad sistemática de su universo», el autor sostiene la tesis de la coexistencia de «universos jurídicos» distintos, contraponiendo un «Derecho inoficial» frente al «Derecho oficial», que es «el universo de los grupos socialmente dominantes» y cuenta con el apoyo de una ideología justificativa (según la cual el Derecho se instaura para el establecimiento de la paz, la paz del bienestar social, que consiste no sólo en el sostenimiento de la vida, sino de una vida lo más agradable posible).

Para ello, se examinan diversos casos «con la intención de observar cómo manifestaciones de un “Derecho” inoficial tienen lugar a pesar de su imposibilidad ideológica, cómo tiene lugar su absorción por el Derecho oficial y, eventualmente, cuáles son los límites de esta absorción al provocar crisis estructurales en un universo jurídico dado». Tras este examen el autor resume las conclusiones a las que llega respecto al «Derecho inoficial»:

«Su presencia no debe tomarse ni como una negación del Derecho oficial que, por otra parte, lo calificaría jurídicamente, absorbiéndolo como ilicitud, antijuridicidad, ni como una desconfirmación revolucionaria, lo que significaría en los cuadros doctrinales, oficiales, la instauración de un nuevo Derecho (oficial). Tampoco se trata de una desconfirmación del tipo producido por el desuso o la costumbre negativa (...).

A falta de una terminología, consideraríamos al «Derecho inoficial del que estamos hablando como una articulación desarticulada del derecho oficial. En el fondo, este «Derecho» se vale del instrumento oficial, pero produciendo una insoportable impotencia, de tal modo que el Derecho oficial acaba por articularse conforme a un modelo que lo desacredita y lo refuerza al mismo tiempo (...).

En los casos que presentamos en este trabajo observamos que, en un momento dado, el modelo normativo -propiedad, posesión, usucapión, perturbación, proceso legal- se desarticula, exigiendo que autoridad y súbdito pasen a actuar fuera de él. Esta actuación, fuera del modelo, sin embargo, en un segundo plano, se rearticula a través de fórmulas criptonormativas del tipo “o el Derecho se ejerce coercitivamente o no es derecho”. “las leyes no pueden resolver todos los problemas”, “la naturaleza humana tiene sus meandros y, a veces, nos coloca ante lo inexorable”, etc. Y de ahí que ocurra que, mientras aquella articulación desarticulada desacredita el Derecho oficial en el primer plano, en el segundo lo refuerza.»

En definitiva, «el “Derecho” inoficial no aparece como ruptura o como anomalía dentro del Derecho oficial. Forma parte, al contrario, de la experiencia de este último».

(Daniel González Lagier)

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel; LÓPEZ MELERO, Raquel.

Estudios de arqueología jurídica.

Ed. Dykinson, Madrid, 1988, 193 págs.

«Actualmente -explican los autores en la introducción a este libro-, los investigadores sociales y jurídicos han caído en la cuenta de que la permanencia temporal de estructuras identificables y reconocidamente válidas para regular la vida de los diversos pueblos no puede ser meramente accidental (...).»

«Mientras la civilización europea se proyectaba a sí misma hacia un casi infinito horizonte de progreso, espolcada por una triunfal euforia por las vías de los descubrimientos científicos y de las invenciones tecnológicas, sólo ciertas figuras excepcionales volvían los ojos hacia la continuidad histórica y hacia las condiciones que habían hecho posible el avance social y moral de la humanidad. Pero, por ejemplo, con el humanitarismo triunfante que abolía la pena de muerte en los ordenamientos jurídicos de los países desarrollados, se olvidaba que las sociedades cultas habían llegado a serlo gracias, en gran parte, a que la pena de muerte se había insertado entre las garantías de supervivencia del grupo y en la función pedagógica de la intimidación que aquella amenaza producía a los posibles delincuentes. Esta somera referencia, por su gravedad, es también modelo explicativo de cómo la actual sociedad puede hallarse totalmente desorientada en cuanto a los medios de que dispone para asegurar su propia pervivencia y el bienestar de sus miembros. Efectivamente, los juristas científicos no acaban de aclarar si sólo el tema de la “validez” es suficiente para fundamentar un conocimiento exacto de las normas jurídicas. Los jueces no saben cómo manejar la implicación social de las relaciones jurídicas para obtener una sentencia, efectivamente, ajustada a Derecho. Los ciudadanos ignoran cuándo los impuestos comienzan a ser confiscatorios o meramente detractores de elementos imprescindibles para la actividad económica en su conjunto. Los ideólogos crean nociones de “Derechos humanos” expresamente destinados a dejar inermes a las gentes decentes y a armar invulnerablemente a homicidas, abortistas y atracadores.»

«Nuestro concepto de arqueología jurídica -continúan- debe entenderse, pues, como un término de referencia de carácter general, no como la definición de una metodología estricta. Alude a una tarea de búsqueda del origen de las instituciones y de los conceptos jurídicos, en la doble dimensión que tiene el término *αρχη* en la lengua griega. Es el origen en términos cronológicos, pero es, al mismo tiempo, el principio subyacente, el arquetipo al que responden las formas sucesivas de evolución. Conceptos como el de violencia, el de ley, el de sanción, el de realeza o el de compraventa, a los que se refiere esta serie de estudios, aparecen en las antiguas fuentes en un grado avanzado de desarrollo: la búsqueda de su *αρχη* en el aspecto filosófico y en el histórico es la meta que guía la tarea emprendida.»

El libro recoge los siguientes trabajos: *Un derecho sin violencia: el mito de Cronos en «Leyes de Platón»* de Sánchez de la Torre; *Fuerza y violencia en el marco de la épica griega*, de Raquel López Molero; *El nomos y la fuerza de la ley*, de Sánchez de la Torre; *El origen de la ciudad*, de Sánchez de la Torre; *Sobre el carácter de la institución real en el mundo grecorromano*, de López Melero;

La simbología de la corona en los pueblos indoeuropeos, de Sánchez de la Torre; *Concepto arcaico de «sanción»*, de Sánchez de la Torre, y *Sobre los orígenes y el carácter de la compraventa en el mundo griego*, de López Melero.

(Tomás Mingot Cortés)

SAUQUILLO GONZÁLEZ, Julián.

«Normalización» (*Razón/Locura*).

En Terminología científico-social. Aproximación crítica, Anthropos. Editorial del Hombre, Barcelona, 1988, págs. 691-693.

Exposición terminológica de este concepto donde se resalta cómo el concepto de «normalidad» es un concepto normativo, definido polémicamente en cada época o período histórico por diversas prácticas sociales que materializan una dialéctica ininterrumpida entre la racionalidad y todo aquello que se le escapa como alteridad irreductible a regla alguna. Lo «normal», desvalorizando a lo «anormal» crea una pareja con su contrario que no es del ámbito de la contradicción y la exterioridad, sino de la inversión y la polaridad. En su propósito directivo, la norma es un medio de unificación de la diversidad, de reabsorción de lo distinto. Lo «normal» califica negativamente a aquello que no entra en su extensión (la noción de «derecho» califica de «torcido», «tortuoso» o «torpe» a aquello que se resiste a su aplicación, siendo lo «anormal» su precedente y «condición de posibilidad». Es lo anormal lo corregible, lo que posibilita la oportunidad de regulación: la infracción otorga la ocasión de corregir.

El análisis del significado de los términos latinos *norma* y *normalis* ilumina la función correctora, a la que nos venimos refiriendo de estas nociones, ya que *normalis* se traduce por perpendicular y norma por escuadra. Tales significados dejan traslucir una rígida intención geométrica en la configuración de los elementos del espacio.

A partir de las reflexiones de Descartes reflejadas en sus dos primeras *Meditaciones*, se rastrea el sentido político de la dicotomía razón/locura subrayando las operaciones históricas de depuración de la alteridad, puestas de relieve por Blanchot, Canguilhem, Fottcault y Castel.

Esta exposición pone de relieve más particularmente cómo la psiquiatría positiva tuvo como «condición de posibilidad» o matriz política un conjunto de instituciones (escuela, cárcel, cuartel, psiquiatría, asilo...) que compone un mecanismo insidioso de control más allá de la racionalidad contractual, cuya táctica no se refiere a la legalidad, sino a la cuadrícula del espacio social. Régimen de «tutela» social -esencial para el funcionamiento formal de las libertades públicas- basado en caracteres sin precedentes: la individualización y ubicación del sujeto en un espacio institucional que le constituye sin excluirle.

SCHAUFF, Thomas.

La idea del «ius naturae» en Ovidio y Manilio.

Persona y Derecho, Pamplona, núm. 19, 1988, págs. 35-98.

Este artículo responde al interés por estudiar el concepto del *ius naturae* en autores latinos no juristas, en concreto en los poetas Ovidio y Manilio.

Respecto a Ovidio, el autor afirma lo siguiente: «El concepto fundamental -en este autor- es “natura”. La complejidad de ese término se manifiesta por sus diversas implicaciones: 1) La naturaleza es una fuerza numinosa (...) que está presente ya al comienzo del mundo. 2) La “natura” pone orden en la creación material, pero esa ordenación como tarea principal de la naturaleza, no se limita exclusivamente al orden material. Las leyes naturales rigen también para el hombre. El hombre, sin embargo, por su carácter de ser libre, dotado de inteligencia y voluntad, ha de cumplir ese orden voluntariamente. 3) En la *aurea aetas* ese cumplimiento de lo justo se realizó «sponte sua», de manera natural. La idea del *ius naturae* como Ovidio la expresa en la descripción de la edad de oro refleja un momento muy subjetivo. El que el hombre cumpliera entonces lo justo de manera natural quiere decir que tenía un don casi connatural que le capacitó para hacer el bien sin esfuerzo, por lo cual no se precisaron instituciones de índole coactiva para obligar al hombre a ser justo. 4) (...) La naturaleza delimita el actuar del hombre por el hecho de establecer un orden que ha de ser observado. Actuar contra ese orden, o sea, *contra naturam*, es injusto y, por tanto, es castigado por los dioses (...). 5) La naturaleza, pues, vincula de alguna manera el obrar del hombre. Cuando Ovidio hace implícitamente referencia al *koinos nomos*, está recogiendo una idea estoica. El *koinos nomos* es el *ius naturae* que garantiza la armonía en la creación, una armonía que se da, por decirlo así, automáticamente, en la creación material. El hombre, sin embargo, ha de esforzarse por hacer lo justo natural.»

Y tras el estudio de la obra de Manilio, el autor llega a los siguientes resultados: «1) La obra *Astronómica*, de M. Manilio, se caracteriza por la profunda convicción de su autor acerca de un Dios personal cuya existencia es cognoscible y demostrable, si se parte de la observación del orden -cosmos- que existe en el universo y lo mantiene. 2) Este Dios es creador y conservador del mundo, al cual gobierna a través de las leyes naturales.

Podemos distinguir dos ámbitos de aplicación o actuación de estas leyes naturales. El primero es la creación material e inanimada -estrellas, planetas, plantas y animales- que siguen, por así decirlo, automáticamente las leyes preestablecidas. El segundo ámbito es la creación personal, es decir, el hombre, al que Dios gobierna también a través de una ley eterna. 3) Manilio conoce algo que podríamos calificar como principio cósmico, que es la proporción geométrica, o sea, un principio de igualdad geométrica que garantiza la armonía en el universo. Este principio cósmico es sumamente interesante, porque de él parte nuestro autor para demostrar la existencia de un Dios inteligente, y, por consiguiente, personal (...). Este Dios personal, al crear el mundo, distribuye a cada parte del universo lo que a él le corresponde justamente lo suyo-, y no a cada parte lo mismo. 4) Dentro de este gobierno del mundo pueden distinguirse también dos niveles de actuación: las leyes naturales y un orden que abarca todo el cosmos y que es, de alguna manera, jurídico (...). 5) Aunque Manilio en ningún lugar habla expresamente de un derecho natural, podemos desprender de los textos analizados los elementos

básicos de dicho fenómeno: hay algo normativo en la misma naturaleza que obliga al hombre y que, al ser por naturaleza, no es convención humana. Y lo que capacita al hombre para conocer esta normatividad natural es, precisamente, su ser racional.»

(Daniel González Lagier)

SERRANO GONZÁLEZ, Antonio.

La imaginación del poder. Dos estudios de metodología de las formas jurídico-políticas.

Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1988, 71 págs.

Este libro se compone de dos trabajos inéditos y autónomos entre sí: «El poder y la justicia en su representación filmica. A propósito de una obra de Fritz Lang» (págs. 9-28); y «El poder como medio de comunicación. Un paseo por la sociología de Niklas Luhmann» (págs. 29-69). A ambos les vincula el interés por sondear nuevos presupuestos epistemológicos y recientes modelos teóricos que vienen a poner en tela de juicio el ligamen, predominantemente ontológico, que la filosofía jurídico-política ha venido a establecer entre el concepto de derecho y el fenómeno del poder.

El primero de ellos toma deliberadamente un objeto de análisis ajeno a la filosofía del Derecho -el argumento, pero, sobre todo, las imágenes del film «M» (1931), de Fritz Lang- para proceder a rastrear las posibilidades de un análisis que pretenda describir y explicar el fenómeno del poder en las sociedades occidentales contemporáneas sin tener por ello que resignarse a seguir practicando la usual actividad hermenéutica de comentario de textos legales y doctrinales. A través de un análisis de las técnicas cinematográficas empleadas en dicho film, y mediante una comparación entre la representación ideológica del teatro de Brecht (Die Dreigroschenoper, 1928) y la representación cinética del film de Lang, se intentan señalar las conquistas analíticas de un medio de expresión virtualmente opuesto al empleado por el régimen del saber de la filosofía jurídico-política.

El segundo trabajo responde a una preocupación epistemológica parecida, pero tanto su contenido como el procedimiento utilizado son bastante distintos. Se trata esencialmente de un análisis de la noción de poder como medio de comunicación simbólicamente generalizado en el marco de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann. Para ello, se describen los presupuestos principales de este modelo teórico -con especial hincapié en los conceptos de abstracción, reflexividad, evolución y comunicación- para mostrar así algunas diferencias básicas respecto a los análisis de Parsons o Habermas. A partir de aquí se intentan desentrañar los aspectos más relevantes de la nueva conexión que Luhmann establece entre derecho y poder, con particular atención a las implicaciones y riesgos que conlleva el proceso de codificación jurídica de la fuerza física.

SORIANO, Ramón.

Los orígenes del regionalismo andaluz en el siglo XX: «Andalucía» y el Centro Andaluz.

Sistema, Madrid, núm. 82, págs. 67-84.

En este texto el autor estudia el origen del regionalismo andaluz a partir del análisis de la revista *Andalucía* tanto en el primer período de su publicación -del 10 de noviembre de 1913 hasta noviembre de 1917-, siendo editada entonces por el Centro Andaluz de Sevilla, como en su fase posterior -desde enero de 1918-, ya fundida con la revista *Córdoba* y editada en la ciudad del mismo nombre.

Tras tratar del origen y propósito de la revista, de sus colaboradores y su estructura, de sus temas básicos y de las repercusiones de sus ideales regionalistas en la opinión pública, el autor llega a las siguientes conclusiones:

«Los andalucistas pretenden una autonomía regional en el marco de la descentralización administrativa, respetándose en todo momento la unidad de España. Esta autonomía afecta a importantes servicios del Estado y se extiende al ámbito municipal.

Su principal preocupación, y donde muestran un mayor radicalismo, es la reforma de la propiedad del campo andaluz, porque entienden que únicamente de esta manera Andalucía podría ser redimida de su estado de absoluta postración. Esta reforma de la propiedad rural supone la abolición de la propiedad privada de las tierras y la imposición de un gravamen especial sobre el valor de tales tierras libres de mejoras, con lo que se aumentaría su productividad. Únicamente, serían susceptibles de propiedad los frutos de la tierra, obra del trabajo humano. El proyecto de reforma agraria de Andalucía no es original: se limita a aplicar las teorías de Henry George, cuyas influencias se extendieron ampliamente por la Península, dando lugar al movimiento conocido como «el georgismo». Los andalucistas, por otra parte, advirtieron que los problemas del agro andaluz eran ocasionados por el absentismo, negligencia y corrupción de los caciques; emprendieron contra ellos -“la verdadera plaga del campo andaluz”- una lucha sin cuartel.

A nivel local exigieron una cierta democratización de los municipios con la petición de referéndum y de información pública sobre las actividades locales.»

(Daniel González Lagier)

SPAEMANN, Robert.

Sobre el concepto de dignidad humana.

Persona y Derecho, Pamplona, núm. 18, 1988, págs. 13-33.

En el presente trabajo el autor comienza preguntándose por la relación existente entre el concepto de dignidad humana y el de los derechos humanos: «¿Cómo se relacionan entre sí la dignidad humana y los derechos humanos? ¿Hay un derecho a la dignidad? ¿O es, por el contrario la dignidad el fundamento de todo derecho?»

Parece, en todo caso, que la idea de dignidad humana es más antigua que la de derechos humanos, pero la noción es de difícil comprensión conceptual en cuanto que indica una cualidad indefinible y simple, lo que obliga a recurrir a ejemplos y paráfrasis para obtener siquiera un conocimiento intuitivo de la misma.

Continúa diciendo el autor: «porque el hombre es, como ser moral, una representación de lo absoluto, por eso y sólo por eso, le corresponde aquello que llamamos dignidad humana». De esto se sigue que ningún hombre en este mundo carece completamente de dignidad, lo cual nos lleva a intentar comprender el sentido del artículo I.1 de la ley Fundamental de la RFA: «La dignidad del hombre es inviolable.» En este sentido se pregunta el autor si puede ser lesionado el respeto a la dignidad humana por determinadas formas de actuación, lo cual no es posible para la mayoría de los teólogos morales católicos de Alemania, como Schüller, quien, según el autor, olvida así «que el principio *a priori* de la moralidad sólo tiene su realidad en la existencia empírica y concreta del hombre, que el principio trascendental del bien moral sólo se encuentra en la forma categorial del *homo sapiens*. No hay ningún respeto a la ley moral sin la exclusión categórica de determinados modos de tratar al hombre que no pueden ser justificados, ni aun cuando el interesado los apruebe». Entre tales tipos de acción el autor señala el asesinato, la tortura, etc.

Por último, se expone la teoría de que nuestra moderna civilización científica representa para la dignidad humana una amenaza «como nunca había existido anteriormente», pues la idea de dignidad es, fundamentalmente, ética y cuestiona por principio cada objetivación científica. Para hacer frente a este peligro el autor considera necesaria la existencia de una codificación jurídica.

(Victoriano Moreno Molina)

TREVES, Renato.

A la búsqueda de una definición de la Sociología del Derecho.

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 13-22.

Este artículo tiene por objeto mostrar tres concepciones acerca de la Sociología del Derecho fruto de la evolución del autor en esta materia.

La primera (aparecida en la introducción al volumen *La Sociología del Diritto. Problemi e ricerche*, de 1960), la presenta como una disciplina que pretende satisfacer diversas exigencias, entre ellas «la de estudiar las relaciones entre las estructuras jurídicas estáticas y a menudo anticuadas y el contexto social en transformación; la de conocer cómo el Derecho se realiza en la sociedad y cómo en ella obran los diversos operadores jurídicos; la de controlar las actitudes del público frente a la situación jurídica del presente y la de calcular y prever cuáles pueden ser las consecuencias de determinadas reformas legislativas».

La segunda definición (que encontramos en *Introduzione alla Sociologia del Diritto*), la considera como una disciplina que tiene por objeto las relaciones entre Derecho y sociedad, con una parte teórica que examina tanto las contribuciones de la Sociología general al Derecho como las de los juristas antiformalistas y una parte empírica que tiene por objeto «las relaciones entre determinadas normas e instituciones, por un lado, y determinados comportamientos individuales y colectivos por otro».

Por último, la tercera de estas concepciones (expresada en *Sociologia del Diritto. Origini, ricerche, problemi*) configura a la Sociología del Derecho como «una disciplina a la que corresponde la tarea de desarrollar dos órdenes de investigaciones conexas y complementarias; por un lado, las que tratan de individualizar la sociedad en el Derecho, es decir, las conductas sociales conformes o no conformes a los esquemas jurídico formales y, por otro lado, las que tratan de individualizar la posición y la función del Derecho mismo en la sociedad vista en su conjunto».

(Tomás Mingot Cortés)

TREVES, Renato.

La Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas.

Ed. Ariel, Barcelona, 1988, 252 págs. (trad. de M. Atienza, M. José Añón y Juan A. Pérez Lledó).

La presente obra constituye una nueva reelaboración de la caracterización de la Sociología del Derecho que había realizado el autor en anteriores trabajos, insertando ahora mutuamente las vertientes teórica y empírica de la disciplina, antes simplemente yuxtapuestas.

El objeto central de la Sociología del Derecho, según el autor, es el análisis de dos problemas fundamentales: «por un lado, el problema del Derecho en la sociedad, y más exactamente el de la posición, la función y el fin del Derecho en la sociedad considerada en su conjunto; por otro, el problema de la sociedad en el Derecho, es decir, el de las conductas sociales conformes o no conformes a las normas, conductas de las cuales puede derivar un Derecho libre, vivo, latente o en formación».

Así, en la primera parte (*«Orígenes de la Sociología del Derecho»*), de carácter teórico e histórico, el autor se propone determinar estos dos problemas examinando primero las doctrinas de los precursores de la Sociología del Derecho antes de la constitución de la Sociología como ciencia: el iusnaturalismo moderno, Vico, Montesquieu, Savigny, Bentham, Ch. Comte y otros (Cap. I). Analiza después las contribuciones a la fundación de la

Sociología del Derecho por parte de las doctrinas *Sociológicas* (Saint-Simon, A. Comte, Spencer, Tönnies, Durkheim, Gumpłowicz y Oppenheimer) (Cap. II), *políticas* (centrándose en el pensamiento socialista, marxista y no marxista) (Cap. III) y *jurídica* (la «revuelta contra el formalismo» conceptual -Ihering, Kirchmann, Kantorowicz y Ehrlich-, legal -Geny, Duguit y jurisprudencial -el realismo americano-) (Cap. IV). De este recorrido histórico el autor concluye que la aportación de las tres disciplinas es diversa. Por un lado, las doctrinas Sociológicas y políticas estudian prioritariamente el primero de los dos problemas fundamentales antes apuntados: el de la posición y función del Derecho en la sociedad, es decir, los problemas macro Sociológicos, conectados a menudo con los de las ideologías y la filosofía de la historia. Por otro lado, las doctrinas jurídicas se orientan, sobre todo, hacia el segundo: los fenómenos sociales vistos a través de las normas e instituciones del Derecho positivo y, por consiguiente, los problemas micro Sociológicos. Sólo cuando ambos problemas son abordados conjuntamente como objeto de una única disciplina, puede decirse que tiene lugar la «fundación» de la Sociología del Derecho. Ello sucederá con Weber, Gurvitch y Geiger, a quienes se dedica una especial atención (Cap. V).

En la segunda parte (*«Investigaciones y problemas»*), el autor analiza las principales investigaciones empíricas de la Sociología del Derecho actual. Destaca el enorme desarrollo de estas investigaciones (Cap. VI), declarando que hoy la Sociología del Derecho es y debe ser una disciplina prevalentemente (aunque no sólo) empírica, dichas investigaciones, en cuanto pertenecientes a la Sociología del Derecho y no a la ciencia jurídica (el autor defiende la tesis de la separación entre ambas), no son incompatibles con doctrinas jurídicas formalistas. El capítulo VII se dedica a los métodos de estas investigaciones (que, básicamente, no difieren de los de cualquier investigación Sociológica). En el

capítulo VIII se ofrece una descripción sistemática de los «campos de aplicación» de las investigaciones (producción, aplicación y no aplicación de las normas; jueces, abogados y otros operadores jurídicos; encuentro entre sistemas jurídicos distintos; resolución de disputas; opiniones de la gente sobre el Derecho).

Por último, la necesaria vinculación entre estas investigaciones y la teoría llevan de nuevo al autor al análisis de dos problemas teóricos generales de la Sociología del Derecho. En primer lugar, el de la *función del Derecho en la sociedad* (Cap. IX), analizando, críticamente, desde una perspectiva conflictualista, las doctrinas de los sociólogos funcionalistas (Parsons, Bredemeier, Evan, Friedman y Luhmann). En segundo lugar, el problema del *fin del Derecho* (Cap. X), a través del cual la Sociología del Derecho confluye con la filosofía política y jurídica. Es aquí donde el autor explicita los presupuestos metodológicos e ideológicos de su «Sociología crítica del Derecho»: el espíritu crítico frente al dogmático, el relativismo y el perspectivismo frente al absolutismo, el socialismo liberal frente a las ideologías conservadoras y autoritarias.

(Juan Antonio Pérez Lledó)

TOHARIA, José Juan,

Los españoles y la ley.

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 99-108.

El autor realiza en este artículo un somero análisis sobre una encuesta del CIS que aborda las reacciones de los españoles ante la ley, algunas de cuyas conclusiones son «Tan sólo el 3 por 100 de los españoles considera que, realmente, la sociedad iría mejor sin leyes.»

- «Sólo una llamativa minoría del 39 por 100 de nuestros compatriotas sabe decir, correctamente, cuál es el mecanismo concreto, aquí y ahora, para su elaboración.»

- Mientras da actitud de radical descalificación de la legalidad es ampliamente minoritaria casi uno de cada cuatro españoles (el 24 por 100 exactamente) se muestra de acuerdo con la frase “las leyes sólo benefician y protegen a unos pocos y, por ello, no merecen respeto”; los beneficiados por la ley no serían los políticos, sino “los poderosos” o “la clase alta”, “los ricos”.

- Por otro lado, «una mayoría clara de los españoles considera que “hemos de obedecer la ley, aun cuando vaya en contra de nuestros intereses”» pero «en opinión de los propios españoles, en nuestro país la tendencia dominante es la de la básica inobservancia de las leyes». Tal paradoja se la explica el autor aduciendo que «“cumplir la ley” no constituye una preocupación espontáneamente prioritaria en el comportamiento cotidiano de los españoles: la ley es algo con lo que uno “se topa”».

(Tomás Mingot Cortés)

TUORI, Kaarlo.

Ética discursiva y legitimidad del Derecho (trad. de Josep Aguiló Regla).

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 47-67.

En este artículo, que se estructura en cuatro apartados (1. *La legitimidad normativa del Derecho*; 2. *Los procedimientos de creación de normas jurídicas*; 3. *La aplicación del Derecho*; y 4. *Epílogo: Las dimensiones de la racionalidad del Derecho*), el autor sostiene la idea de que la teoría reconstructiva de la legitimidad procedimental del Derecho moderno desarrollada sobre la base de la teoría de la ética discursiva se ha limitado al aspecto deontológico de las pretensiones de validez de las normas y de los juicios jurídicos. Sin embargo, opina el autor, los aspectos teleológico y axiológico están vinculados, también, con las pretensiones de validez jurídica y con los procedimientos a través de los cuales se forman las normas y los juicios jurídicos. Por ello, en opinión del autor, «Las observaciones críticas sobre los diferentes procedimientos para la creación de normas y el aspecto axiológico de la aceptabilidad de las normas jurídicas parecen conducir a la siguiente conclusión. En la reconstrucción racional de los procedimientos para la creación de normas jurídicas y en el desarrollo de un concepto normativo de la legitimidad del Derecho moderno, no es suficiente con recurrir sólo al modelo de los discursos práctico-morales de justificación de normas. El concepto de legitimidad discursivo-procedimental parece requerir, en lugar de la teoría de la ética discursiva, una teoría general del discurso práctico o, más generalmente, de la formación racional de la voluntad colectiva. Tal teoría debería tomar en cuenta los aspectos teleológico y estratégico de las cuestiones prácticas» (pág. 57).

(Josep Aguiló Regla)

URBINA TORTELLA, Sebastián.

Perspectivas en la filosofía del Derecho.

Ed. Universitat de les Illes Balears, Palma de Mallorca, 1988, 211 págs.

«Estas notas -dice el autor- pretenden ocuparse de lo que tradicionalmente ha venido llamándose la ciencia jurídica. Aunque sea obvio, debo añadir que no he intentado realizar un análisis exhaustivo de esta parcela del conocimiento jurídico, ni tampoco agotar los trabajos de todos los autores.

Es claro -prosigue- que hay muchos y buenos trabajos sobre la ciencia jurídica en España que no he incorporado, no por falta de interés, sino por la finalidad de estas notas, mucho más modesta, entresacando diversas perspectivas que van, aproximadamente, desde los años 1969-70 hasta nuestros días.» El libro se divide en los siguientes apartados: *Compromiso y ciencia jurídica sin valores (entre sueños)*, Juan Ramón Capella; *Ciencia jurídica y filosofía de la ciencia* Albert Calsamiglia; *Sociología y, Filosofía, poder y derechos humanos*, Elías Díaz y Gregorio Peces Barba; *Apéndice; Retazos de una perspectiva anglosajona*, Ronald Divorkin; y *Análisis e ideología*, Ricardo Guastini. Completa el libro una traducción del artículo de Ricardo Guastini *El Derecho como lenguaje*, el lenguaje del Derecho.

(Daniel González Lagier)

VARGA, Csaba.

Teoría macrosociológicas del Derecho (trad. Juan José Gil Cremades).

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 23-53.

«En un empeño por encontrar respuesta a la cuestión básica de qué han significado y qué significan para el pensamiento jurídico las teorías macrosociológicas del Derecho -dice el autor-, me propongo discutir dos problemas. Primeramente, pasaré revista a cómo la aproximación macrosociológica al Derecho ha enriquecido al pensamiento jurídico tradicional (I). Este enriquecimiento justifica el papel que las teorías macrosociológicas del Derecho han jugado y pueden jugar para ampliar el universo conceptual del Derecho y lo que constituye la única alternativa de desarrollo del pensamiento jurídico para integrarlo en las ciencias sociales (II).»

Por lo que respecta a las aportaciones de las teorías macrosociológicas del Derecho, el autor se ocupa de las siguientes:

A) Respecto a la relación entre derecho y ley positiva se afirma que «son categorías que no pueden equiparse (...). Derecho es lo oficialmente promulgado (*Derecho positivo*) o reconocido (*Derecho consuetudinario*) como Derecho, y al mismo tiempo todo lo que oficialmente se realiza en nombre del Derecho (*práctica judicial y administrativa*)».

B) Respecto a las relaciones entre Derecho y Estado, «el momento realmente nuevo y perdurable de la aproximación sociológica consiste en la investigación de los sistemas de regulación no estatales Derecho primitivo, Derecho canónico y sistemas de normas de organizaciones amplias con el Derecho estatal».

C) «La aproximación Sociológica al Derecho ve en el Derecho mucho más y en parte algo diferente que un acto oficial de promulgación del mismo, más que un producto del Estado. Para ella, el Derecho es un proceso social que: a) no puede reducirse a una operación especulativa definida por una conclusión lógica, y b) no puede aislarse del entorno social que le condiciona y configura.»

D) De todo lo anterior se deduce «que el Derecho, en todos sus aspectos, es un fenómeno social. Incluso, los rasgos que parecen específicamente jurídicos están socialmente condicionados hasta el punto de que y ello no puede interpretarse, sino en el contexto social no se puede hablar, a fin de cuentas, de una rígida distinción entre las esferas “intrajurídicas” y “extrajurídicas”, o trazar los estrictos límites de algo así como lo “inequívocamente jurídico”».

E) «La aproximación sociológica está acentuadamente interesada en los componentes, posible función y actuales límites *del Derecho concebido como técnica específica de influencia social*.»

F) «Las cuestiones suscitadas anteriormente llevan gradualmente a la investigación del Derecho como un medio alternativo.» La alternatividad, desde un punto de vista jurídico, tiene dos sentidos: a) «Uno concierne a las *vías accesibles y transitables simultáneamente por el Derecho existente*» b) «El otro significado de alternatividad se refiere a la tipificación histórica del Derecho, a las posibilidades de reemplazar y sobrepasar sus formas dadas.»

En el apartado segundo de este artículo el autor se ocupa de la función de las teorías macrosociológicas en la fundamentación del pensamiento jurídico como ciencia social, opinando que

«es necesario volver al concepto marxista de ideología, y someter el Derecho mismo, en cuanto forma de consciencia presente como un medio de actividad social, a la crítica ideológica».

(Daniel González Lagier)

VERNENGO, Roberto José.

Categorías teóricas en el lenguaje jurídico y su jórmalización.

Theoria, San Sebastián, núms. 7-9, págs. 191-202.

«La informática jurídica -afirma el autor- ha requerido y continuará requiriendo de técnicas de análisis del lenguaje jurídico»; sin embargo, el hecho de que deba distinguirse entre enunciados jurídicos utilizados con propósitos prescriptivos y aquellos utilizados con fines predominantemente informativos hace necesario que tal análisis se extienda también al nivel pragmático del lenguaje normativo. No obstante, la elaboración de programas destinados al análisis pragmático formal del discurso jurídico tropieza con algunas dificultades, como, en un nivel teórico, «las difundidas orientaciones que estiman que el discurso jurídico, por sus características valorativas o ideológicas, no es susceptible de formalización lógica adecuada».

Se hace también necesaria, por otro lado, «una distinción suficiente, en el nivel semántico y en el plano pragmático, de los conceptos clasificatorios y de las categorías, efectivamente, usadas por el legislador y por el receptor de los mensajes normativos». El problema en este punto consiste en que, aunque es competencia de la teoría general del Derecho la construcción y explicación de tales conjuntos de categorías, no existe «un sistema categorial universal y uniforme para los datos jurídicos». Hasta la fecha, según el autor, los sistemas categoriales predominantes son el de Kelsen y el de Hohfeld, pero ambos «exhiben deficiencias en cuanto a su grado de completud para abarcar materiales habituales del conocimiento dogmático».

Otro problema para un análisis conceptual del lenguaje jurídico un problema que se refleja, por ejemplo, en la propuesta de L. E. Allen y C. S. Saxon es el derivado de la necesidad de combinar sistemas lógicos de distinta fuerza deductiva (lógica cuantificacional de predicados de primer orden, lógicas modales aléticas y deónticas y lógicas no clásicas, como son las llamadas lógicas naturales y relevantes). Pero no cabe duda -según el autor- de que la proliferación de lógicas tan variadas «lleva a pensar que el pensamiento teórico dispone de una gama de recursos deductivos que le permiten enfrentar viejos problemas de la teoría jurídica que, en el pensamiento dogmático, sólo recibían atisbos de soluciones pragmáticas».

El último punto del que trata el autor en este artículo es el de la «contaminación» del discurso jurídico con «nociones generales y categoriales provenientes de otras zonas de intereses». Opina este autor que «la referencia persistente a ideologías políticas y a criterios axiológicos es un dato verificable del discurso jurídico, tanto el prescriptivo como informativo». Esto produce dificultades para un análisis satisfactorio del lenguaje jurídico porque «la lógica -las reglas que rigen su funcionamiento como lenguaje del discurso valorativo difiere de la propia del lenguaje prescriptivo». Y estas dificultades aumentan cuando «se pretende que una interpretación adecuada del lenguaje del Derecho requiere la adopción de ciertos criterios morales».

En definitiva -concluye el autor respecto de este último punto- «tan pronto como se incluye en el lenguaje global del Derecho pautas de origen extrajurídico, como pueden ser las de una moral cualquiera, la interpretación formal y la formalización de ese lenguaje requiere hacerse cargo de esa

nueva complejidad. El tratamiento computacional de tales relaciones intersistemáticas no sólo ofrece un interés matemático y técnico, sino que obliga a formular en términos más precisos viejas dicotomías de la Filosofía y la teoría del Derecho, como el de la relación entre el Derecho y la moral».

(Daniel González Lagier)

VERNENGO, Roberto J.

Moral y Derecho. sus relaciones lógicas.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 29-42.

Tras una breve explicación histórica de los cambios a propósito de la consideración de las relaciones entre Derecho y moral, el autor se detiene a analizar las distintas alternativas de relación entre ambos códigos, para concluir lo siguiente: «En efecto, de alguna manera para pensar las relaciones entre la moral y el Derecho tenemos que recurrir al arsenal conocido de funtores lógicos. Lo tradicional, por ejemplo, en el pensamiento iusnaturalista religioso, ha sido sostener que el Derecho está en relación de subalternación con la moral. Esta tesis, debidamente formalizada e interpretada, parece implausible. La tesis inversa la que declara que toda obligación jurídica implica la correspondiente obligación moral- parece también contraria a corrientes intuiciones éticas. Va de suyo que la equiparación entre normas morales y normas jurídicas de idéntico carácter deóntico, no sólo parece contraria a notorios ejemplos en que entre moral y Derecho no hay tal relación lógica, sino que hace sospechar alguna ideología de tipo autoritario, sea en el campo moral, sea en el jurídico.

«Pareciera, pues, que la relación entre códigos morales y códigos jurídicos fuera enteramente contingente: a veces coinciden, en algunas culturas, normas morales y normas jurídicas. Otras veces, tal coincidencia o implicación no son admisibles. La tesis, hoy tan prestigiosa, que vuelve a insistir en una relación necesaria entre el Derecho y la moral, tendrá que ser rebajada al nivel de una contingente constatación empírica.»

(Josep Aguiló Regla)

VON WRIGHT, G. H.

En opinión del autor «corrientemente asociamos el pensamiento y la acción racionales con características tales como el razonar consistentemente, con creencias suficientemente confirmadas, así como con la capacidad de predecir y, quizá, de controlar el curso de los hechos en la naturaleza circundante». La ciencia occidental puede considerarse como prototipo de esta racionalidad. Esta ha obtenido frutos incalculables en el ámbito tecnológico, pero «se hace cada vez más claro que las transformaciones de la vida logradas a través de la ciencia y la tecnología no son siempre beneficiosas», lo que ha hecho que se ponga en cuestión el tipo de racionalidad que la ciencia representa. En opinión del autor, del debate ocasionado por este tipo de reflexiones puede concluirse, por lo menos, «que la racionalidad humana es algo multidimensional y que cuenta con muchos aspectos que no pertenecen a aquellos que han alcanzado su plena madurez en la ciencia de origen occidental». Una faceta de esta multidimensionalidad es la que «puede expresarse mediante el uso diferenciado de las palabras “racional” y “razonable”(…). La racionalidad, cuando se la contrapone con la razonabilidad, tiene que ver, en primer lugar, con la corrección formal del pensar, con la eficacia de medios para alcanzar un fin, con la confirmación y prueba de creencias. La racionalidad de la acción está orientada a fines. Los juicios de razonabilidad, en cambio, se orientan hacia valores. Atañen a la forma correcta de vivir, con aquello que es bueno o malo para el hombre». Si lo razonable es también racional, «lo “meramente racional” no siempre es razonable». A continuación, el artículo reconstruye a grandes rasgos lo que podría ser una «historia de la ciencia» que pasa por los siguientes momentos el surgimiento de la agricultura, que promueve una racionalidad orientada a fines, la concepción de la ciencia de los griegos, para quienes el orden cósmico era una eunomía (es decir, «un orden ajustado a leyes y justo»); la cultura árabe, que ocupa una posición intermedia entre la civilización greco-romana y la occidental y supone, a través de la magia, «un esfuerzo para armonizar por simpatía los asuntos humanos con los principios que rigen el universo, como un esfuerzo para alcanzar técnicas para el control y dominio de las “fuerzas” de la naturaleza»; la «revolución científica» de los siglos XVI y XVII, que surge, en opinión del autor, por «un renacimiento de la antigüedad, una supervivencia de la magia y la irrupción de la modernidad»; la revolución científica de fines del Renacimiento y del período barroco, que «disparó finalmente, dos siglos después, la revolución industrial»; y, por último, el paso de la física «clásica» a la nueva física, marcado por el desarrollo de la teoría de la relatividad y la física cuántica, y el desplazamiento en nuestro siglo del centro de gravedad «de la imagen científica del mundo» desde la física a la biología, tras la crisis de fundamentos de la primera. En su opinión, «para el observador externo es claro que, en la biología, hay una búsqueda al tanteo de “metodologías holísticas”, o “teórico-sistemáticas”». Esta visión holística del mundo quizá pudiera llegar a representar una nueva forma de racionalidad científica que fomente «una modificación en las ideas sobre las relaciones entre hombre y naturaleza, una transición de la idea de dominio a una de coevolución de lo coexistente, y ello puede ser beneficioso para la adaptación de la sociedad industrial a las condiciones biológicas necesarias para su supervivencia».

El artículo concluye con una reflexión acerca de si la revitalización industrial de Europa facilitará la adaptación del hombre al estilo de vida de la sociedad industrial o, por el contrario, agravará los síntomas de descontento y de dificultades de adaptación. El autor se muestra pesimista en este sentido

debido a «la inercia de la rueda de la tecnología, mantenida en movimiento por la ciencia».
(Daniel González Lagier)

WILHELMSON, Thomas.

¿Racionalidad de las necesidades en el Derecho privado? (trad. de Josep Aguiló Regla)

Doxa, Alicante, núm. 5, págs. 297-309.

Este artículo se estructura en cuatro partes. En la primera (*Teorías sobre la racionalidad de las necesidades en el Derecho*), el autor se detiene en dos teorías en las que la *racionalidad de las necesidades* juega un papel relevante. La primera es la de Lars D. Eriksson, que está centrada en el desarrollo de los modelos de argumentación jurídica en la sociedad capitalista y en la que se distinguen tres etapas en la evolución del Derecho. En la tercera etapa, que tiene un fuerte contenido normativo (se presenta como un componente básico para una jurisprudencia «alternativa»), el modelo de argumentación es el de la racionalidad de las necesidades. La otra teoría, es la de Gunther Teubner sobre el «Derecho reflexivo» que, en opinión del autor, puede ser interpretada como partidaria de incrementar la orientación hacia las necesidades en el Derecho.

En la segunda parte (*Conceptos orientados hacia la persona en el Derecho privado*), el autor parte de la idea de que la llamada materialización del Derecho ha supuesto que el hombre no aparezca ya como una persona abstracta, sino que cada vez más el Derecho se centre en los roles sociales, lo que implica la introducción de la diferenciación personal. Y como que, por lo general, la diferenciación personal se introduce en el ordenamiento para proteger a la parte más débil de la relación jurídica, el autor se detiene a analizar los conceptos mediante los cuales las normas describen a las referidas partes más débiles. Así, distingue entre: *a*) conceptos formales relativos a la persona («El contenido de la regulación es expresión de una racionalidad material, pero su metodología es formal. El campo de aplicación de las normas protectoras de la parte más débil se delimita mediante la diferenciación de los diversos tipos de contratos. En un contrato de seguros, el titular de una póliza está protegido sea la parte más débil o no») *b*) conceptos relativos a la función («En las últimas décadas se han desarrollado conceptos que hacen referencia a una parte en un contrato y a la función que esa parte cumple en el mercado. Dentro de este tipo de conceptos el más importante es el de *consumidor* (...). Pero este concepto todavía no es un concepto relativo a la persona, puesto que toda persona (física) puede actuar como consumidor. No es aún expresión de la creación de un Derecho privado orientado hacia las necesidades»; y *c*) conceptos relativos a la persona «real» («Hay normas que sólo son aplicables a ciertas clases de personas. En unos casos se da importancia a ciertas propiedades de una persona porque se considera que tales propiedades le confieren una determinada pericia -o, si se alude a las partes más débiles, falta de pericia. En otros casos, sin embargo, se toman en cuenta ciertas propiedades de una persona porque se considera que éstas reflejan alguna necesidad especial de aquélla. En otras palabras, puede distinguirse entre conceptos orientados hacia las capacidades y hacia las necesidades»).

En la parte tercera (*Dos casos concretos*) se exponen dos ejemplos tomados del Derecho finlandés para mostrar que dentro de las partes centrales del Derecho privado (el Derecho de la responsabilidad y el Derecho de contratos) es posible ya una argumentación relativa a la persona y orientada hacia las necesidades. Y, finalmente, en la parte cuarta (*Discusión*) el autor discute dos problemas conectados

con un posible incremento de esta orientación en el Derecho de contratos. El primero está relacionado con el hecho de que en el Derecho privado la relación se da normalmente entre dos partes cuyos intereses, en el caso de que surja una disputa, se oponen el uno al otro. En este campo, si una persona pide una solución orientada hacia las necesidades está obligada a argumentar por qué y en qué situaciones la otra parte debe financiar la satisfacción de sus necesidades. Y el segundo problema está relacionado con la eficacia de las regulaciones orientadas hacia las necesidades y, en particular, con sus problemáticos efectos secundarios. La cuestión que hay que responder es la de cómo puede evitarse que los principios relativos a la persona y orientados hacia las necesidades produzcan efectos negativos sobre las posibilidades de contratación de las personas protegidas.

(Josep Aguiló Regla)
