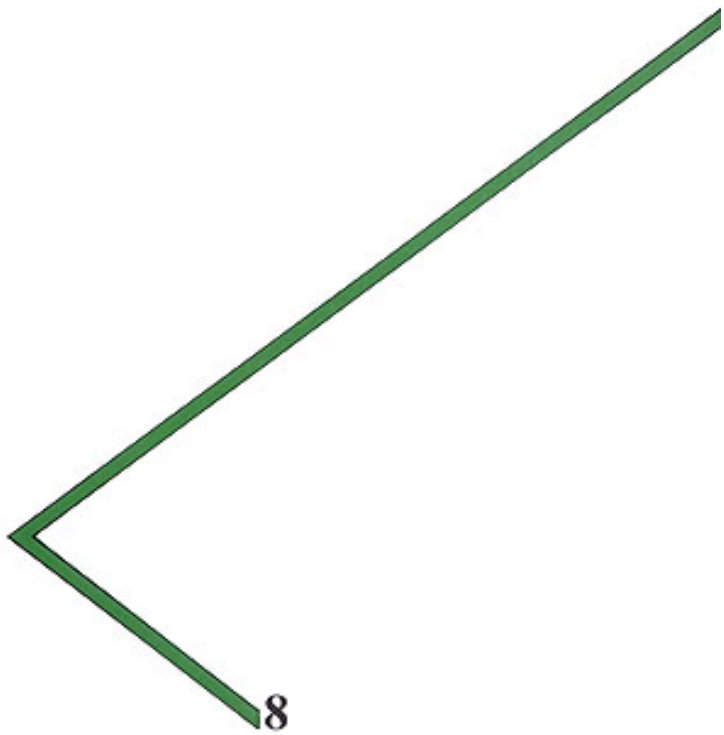
DOXA



CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Seminario de Filosofía
del Derecho de la
Universidad de
Alicante

Centro de Estudios Constitucionales

Alicante, 1990

Índice

- Presentación
- Sobre la justificación de las decisiones jurídicas
  - Aulis Aarnio - La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico
  - Manuel Atienza - Para una teoría de la argumentación jurídica
  - Julia Barragán - La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica
  - Gunnar Bergholtz - «Ratio et Auctoritas»:Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas
- Derecho y moral
  - Aleksander Peczenik - Dimensiones morales del Derecho
  - Ernesto Garzón Valdés - Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral
  - Francisco Laporta - Derecho moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista
  - Raimo Siltala - Derecho, moral y leyes inmorales
- Artículos
  - Winfried Hassemer - Derecho penal y filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania
  - Carlos Alarcón Cabrera- La paradoja de los «imperativos contrarios-al-deber»: una muestra de la evolución de G.H. von Wright
  - Paolo Becchi - Las nuevas fuentes para el estudio de la filosofía del Derecho hegeliana
  - Enrique P. Haba - Racionalidad y método para el Derecho: ¿Es eso posible? (II)
- Notas
  - Josep Aguiló Regla - Sobre «Definiciones y normas»
  - Jyrki Uusitalo - Desplazamientos conceptuales en la ciencia del Derecho: ¿Evolución o revolución?
  - Roland Schött - Reflexiones sobre la tradición conservadora en la teoría del Derecho
  - Joakim Nergelius - Derecho y democracia
- Entrevista
  - Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero - Entrevista a Renato Traves
- Bibliografía
  - Daniel González Lagier y Angeles Ródenas (Coords.) - La filosofía del Derecho en España (1989)

P R E S E N T A C I Ó N

La mayor parte de los trabajos que se publican en este número 8 de DOXA, que es el segundo de 1990, constituyen las ponencias presentadas al Seminario Internacional de Teoría del Derecho que se celebró en Alicante en diciembre de 1989. Los dos temas centrales allí discutidos, el de la justificación de las decisiones jurídicas y el de las relaciones entre el Derecho y la moral, sirven también de título para las dos secciones monográficas de este número.

La primera de ellas se abre con un artículo de Aulis Aarnio (La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico)*, en donde se critica la tesis de la única respuesta correcta (tanto en sentido fuerte -ontológico como en sentido débil -epistemológico o metodológico-) y se defiende para el razonamiento jurídico un principio regulativo que enuncia de esta forma:»En la decisión de un caso difícil, se debe tratar de alcanzar una solución tal y una justificación tal que la mayoría de los miembros racionalmente pensantes de la comunidad jurídica pueda aceptar esa solución y esa justificación.» A continuación, Manuel Atienza* (Para una teoría de la argumentación jurídica) *se plantea el problema de cómo representar adecuadamente los argumentos jurídicos. Para ello parte de concebir el Proceso de la argumentación como el paso de unas informaciones (las premisas) a otras (la conclusión) y distingue tres situaciones, según que la información inicial resulte ser necesaria y suficiente, insuficiente o excesiva (en el sentido de contradictoria). Mientras que, en el primer caso, la tarea de argumentar se reduce a ordenar unas informaciones (eso es lo que caracteriza a la deducción), en los otros dos supuestos, argumentar significa, respectivamente, añadir nuevas informaciones (argumentación analógica) o bien eliminar informaciones existentes (argumentación por reducción al absurdo). Julia Barragán* (La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica)

-en diálogo en cierto modo con los dos anteriores trabajos, y en especial con el de Aarnio- se plantea también el problema de la existencia de una única respuesta correcta en el razonamiento jurídico, que considera desde dos puntos de vista: el de la derivación lógica de una conclusión a partir de unas premisas; y el de la elección de una alternativa, entre varias, con el fin de maximizar la certeza jurídica. Aunque en ninguno de los dos casos puede hablarse de una única respuesta correcta, ello no implica renunciar a la posibilidad de la justificación que, sin embargo, se plantea de manera diferente en ambos supuestos: en el primero se trata simplemente de analizar la coherencia que guarda la conclusión con las premisas y las reglas utilizadas, pero en el segundo el análisis de la coherencia es insuficiente (aunque necesario); al anterior requisito deben añadirse los que derivan de considerar la decisión jurídica como una decisión racional interactiva bajo incertidumbre, cuya finalidad es maximizar la certeza jurídica. Finalmente, Gunnar Bergholtz (Ratio et Auctoritas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas) *analiza desde un punto de vista histórico y de Derecho comparado la obligación de fundamentar las decisiones judiciales y muestra cuál es el papel que juega dicha obligación en el contexto del Estado de Derecho.*

En la segunda sección de este número, Derecho y moral, Aleksander Peczenik (Dimensiones morales del Derecho)*, después de distinguir entre dos tipos de juicios morales: «Prima facie» y «consideradas todas las cosas», defiende la tesis de que existe una obligación moral prima facie general de obedecer al Derecho, al mismo tiempo que entiende que un sistema normativo extremadamente inmoral no es Derecho válido. Ernesto Garzón Valdés* (Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral) *arranca de considerar que la persistencia de la polémica acerca de la relación entre el Derecho y la moral se debe a los distintos puntos de vista que se adoptan para la definición del concepto de Derecho y a los distintos significados que suele atribuirse a la palabra «moral». La tesis fundamental que defiende es que es imposible prescindir de la vinculación entre Derecho (entendido en el sentido de ordenamiento jurídico existente) y moral (trátese de la moral positiva o de la moral crítica de los funcionarios). Por otro lado, sostener la tesis de la separación entre el Derecho y la moral lleva, en su opinión, a serios problemas de tipo conceptual y práctico. Francisco Laporta* (Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista) *ve las cosas de una manera un tanto distinta. Para él, no hay una conexión necesaria entre el Derecho y la moral, es*

decir, el enunciado «esto es un Derecho válido pero es inmoral» no es contradictorio, si se supone que quien lo emite es un observador externo que se está refiriendo a una norma aislada, la cual satisface los criterios de pertenencia a un sistema y es vigente empíricamente pero, para las pautas de moralidad crítica de ese observador, es inmoral. Además de vindicar este punto de vista del observador crítico para afrontar el problema (práctico) de las relaciones entre el Derecho y la moral, Laporta muestra cuáles son las dificultades con que se enfrenta el iusnaturalista que, como observador externo («que es lo único que puede ser un iusnaturalista consecuente»), sostiene que existe una conexión necesaria entre estos fenómenos: «... entra de lleno en un camino que le conduce a una aporía, ya que su propuesta de comprender el derecho ?moralmente" se salda con la necesidad de aceptar una moralidad incomprensible». Finalmente, Raimo Saitala (Derecho, moral y leyes inmorales) *aborda el problema de las relaciones entre el Derecho y la moral a partir de un análisis de diversas obras de teoría del Derecho. Arranca así del ya clásico debate entre Hart y Fuller de los años 50 y 60; luego pasa a considerar un reciente trabajo de Alexy en el que se defiende la existencia de una relación conceptual entre el Derecho y la moral a partir de la idea de que al Derecho le es inherente una pretensión de corrección (una tesis muy próxima a la de la «moralidad interna» de Fuller); y concluye con algunos comentarios a propósito de la postura sostenida por Peczenik en sus últimas obras (y, por tanto, en el trabajo antes indicado). En relación con esto último, Siltala critica la idea de que la existencia de un deber jurídico «consideradas todas las circunstancias» signifique la existencia de un deber moral correspondiente con el mismo contenido, por entender que la «tesis de la inclusión» de Peczenik es tan sólo un enunciado analítico.*

La sección de artículos de lema libre se inicia con un trabajo de Winfried Hassemer (Derecho penal y filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania)*, en el que se muestra como, en la tradición alemana, la estrecha conexión existente, en la época del idealismo y de la ilustración, entre la filosofía, la filosofía del Derecho y la ciencia del Derecho, se fue debilitando poco a poco a lo largo del XIX y del XX, a medida que la filosofía del Derecho fue siendo sustituida por la teoría y la sociología del Derecho. Sin embargo, esta tradición jurídico-filosófica tuvo un mayor vigor en el ámbito del Derecho penal y, en opinión de Hassemer, incluso en la actualidad sigue teniendo un gran significado para el tratamiento de diversas cuestiones jurídico-penales. En* La paradoja de los «imperativos contrarios-al-deber»*:*

Una muestra de la evolución de G. H. von Wright, *Carlos Alarcón Cabrera expone las soluciones que se han ofrecido para evitar la paradoja de los «imperativos contrarios al deber», que surge cuando los imperativos que entrañan la obligación de hacer algo en virtud de haber incumplido un deber previo se intentan formalizar en el sistema de lógica deóntica desarrollado por von Wright en su artículo* Deontic logic *(1951). Alarcón se ocupa tanto de las propuestas (del propio von Wright y de otros autores) que siguen básicamente fieles a este sistema de lógica deóntica, como de las que inciden en aspectos que afectan a la propia naturaleza de la lógica deóntica. Paolo Becchi, en* Las nuevas fuentes para el estudio de la filosofía del Derecho hegeliana*, proporciona una información verdaderamente exhaustiva sobre la nueva situación de las fuentes para la interpretación del pensamiento jurídico-filosófico de Hegel (tras la publicación de los cuadernos tomados por los oyentes durante los siete cursos dictados por Hegel entre 1817 y 1831) y suministra también diversas aclaraciones sobre su proceso de formación. Finalmente,* Racionalidad y método para el Derecho: ¿Es eso posible? *es la continuación del trabajo de Enrique P. Haba, cuya primera par te se publicó en el anterior número de DOXA; los análisis de Haba se centran ahora en poner de manifiesto las limitaciones del método de la lógica formal en el Derecho, pero también de la nueva retórica de Perelman, de la dialéctica de tipo hegeliano (ejemplificada en la obra de Wolfgang Röd), de la hermenéutica de Gadamer y de la «razón jurídica» tal y como la entiende André J. Arnaud.*

En la sección de Notas*, Josep Aguiló Regla parte de la dicotomía hartiana entre reglas primarias y reglas secundarias para criticar una propuesta de Alchourrón y Bulygin consistente en considerar a las «reglas que confieren poderes»no como normas, sino como definiciones a reglas conceptuales. Jyrki Uusitalo* (Desplazamientos conceptuales en la ciencia del Derecho: ¿Evolución o revolución?) *muestra que una descripción en términos puramente evolucionistas no se puede considerar como satisfactoria desde la perspectiva de la ciencia jurídica, sino que para reconstruir sus procesos intelectuales y cognitivos básicos hay que recurrir al concepto de desplazamiento o dislocación conceptual. Roland Schött* (Reflexiones sobre la tradición conservadora en la teoría del Derecho) *traza un desarrollo del pensamiento conservador en la ciencia jurídica desde la Revolución francesa hasta nuestros días, prestando una especial atención a la obra de Burke, von Savigny y Gneist. Y Joakim Nergelius* (Derecho y democracia) *estudia tres cuestiones: cuáles son los*

elementos básicos de una democracia; cómo deben entenderse las ideas de los derechos humanos y de «imperio de la ley»; y hasta qué punto es útil ampliar el concepto de democracia para cubrir no sólo el ámbito político, sino también el económico, el educativo, el familiar, etc.

En la entrevista que Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero realizan a Renato Treves, el sociólogo y filósofo del Derecho italiano, que tanta influencia ha tenido en las jóvenes generaciones de iusfilósofos españoles, contesta a diversas cuestiones concernientes a su biografía intelectual, a las relaciones entre la teoría y la sociología del Derecho, al relativismo en ética y al reciente desarrollo de la sociología del Derecho en Italia.

Finalmente, el apéndice bibliográfico, que recoge los resúmenes de la producción iusfilosófica española en 1989, ha sido coordinado por Daniel González Lagier y Angeles Ródenas.

SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JURÍDICAS

LA TESIS DE LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA Y EL PRINCIPIO REGULATIVO DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

1. **Planteamiento**

Los textos jurídicos son una parte especial del lenguaje. Por ello, todas las dificultades que presenta la interpretación en general están necesariamente presentes también en la interpretación jurídica. A menudo esto significa que los textos jurídicos son ambiguos o que hay otros tipos de obscuridades en el texto. Con el fin de aclarar los problemas que provoca tal falta de claridad pueden tomarse como ejemplo los llamados *casos-situaciones difíciles*.

El texto jurídico L permite cuatro interpretaciones alternativas y no equivalentes I_1 -- I_4. Llamémoslas *alternativas semánticamente posibles*. Estas interpretaciones pueden concordar con el uso ordinario del lenguaje o con una parte especial de éste («lenguaje técnico»). En principio, estos significados pueden descubrirse recurriendo solamente a los métodos de la interpretación no jurídica. Sin embargo, el intérprete, por ejemplo el juez, tiene que hacer también una elección entre las alternativas expuestas. Su decisión tiene que ser *jurídica*. En esta misma elección se usa un patrón de interpretación jurídica establecido. Supongamos ahora que dos de las alternativas semánticamente posibles han sido seleccionadas como jurídicamente posibles, por ejemplo, I_1 e I_2.

La elección final, la decisión jurídica propiamente dicha debe realizarse entre estas dos posibilidades. En el proceso, el juez tiene además la obligación de dar una sola respuesta a cada caso. Por otro lado, la comunidad jurídica también espera una solución así de la dogmática jurídica. La gente espera que los dogmáticos recomienden la solución «apropiada» para cada caso. Por lo tanto, el problema de la única respuesta correcta se plantea no sólo en el ámbito judicial, sino también en el de la ciencia jurídica.

2. **El concepto de única respuesta correcta**

El concepto de única respuesta correcta es ambiguo. Al me nos hay dos versiones diferentes de esta noción.

2. 1. ***La versión fuerte***

Según esta versión, para cada caso concreto *existe* una respuesta correcta que, además, puede ser *detectada*. La respuesta está «oculta» en algún lugar dentro del ordenamiento jurídico, y la habilidad del juez consiste justamente en hacer explícito lo que está ya implícito. Este tipo de versión fuerte fue representada por las doctrinas extremas del Derecho natural racionalista y de la jurisprudencia de conceptos (*Begriffsjurisprudenz*).

2.2. ***La versión débil***

Esta versión acepta la idea de que **existe** la respuesta correcta pero vacila a propósito de las posibilidades de descubrirla. La única respuesta correcta no puede detectarse siempre (quizá nunca). Esta interpretación de la noción ha sido representada por algunas doctrinas positivistas. Por ejemplo, en Finlandia los principales administrativistas están de acuerdo con esta postura.

Como ha señalado *Jerzy Wróblewski*, el fundamento de esta versión es principalmente ideológico: el sistema jurídico tiene que carecer de lagunas. Por otra parte, cada juez o dogmático debería tener como guía cierta meta (la respuesta correcta). Como seres humanos que somos, tal vez no tengamos éxito a la hora de encontrar la respuesta correcta, pero a pesar de todo ella
está «allí». En otro caso -alguien podría decir-, toda toma de decisión jurídica sería arbitraria.

Hay, sin embargo, muchos problemas entrelazados con esta versión. Desde el punto de vista filosófico, uno de los más interesantes es el llamado dilema falibilístico: *nunca se puede saber* si la única respuesta correcta está disponible o no. ¿Qué significa entonces al final el concepto?

2.3. ***La postura crítica***

En lo que sigue intentaré argumentar en favor de una respuesta negativa: no puede haber respuestas correctas en el razo-

namiento jurídico (tesis ontológica). Por consiguiente, tales respuestas tampoco pueden ser detectadas (tesis epistemológica y metodológica). De la «naturaleza» misma de la ambigüedad semántica se desprende que hay que abandonar tanto la versión fuerte como la débil.

3. **Principales características del razonamiento jurídico**

3. 1. ***Tres perspectivas***

El razonamiento jurídico -tanto la toma de decisión judicial como la interpretación doctrinal- puede abordarse por lo menos desde tres perspectivas diferentes. La *descripción heurística* (contexto de descubrimiento) da información sobre el procedimiento real del razonamiento jurídico (¿*cómo* es hallada la respuesta?). La *explicación* causal o intencional, por otro lado, responde a los *porqué* (¿por qué las cosas suceden así y así?). Finalmente, el aspecto *justificatorio* (contexto de justificación) arroja luz sobre la argumentación (sobre ¿cuáles son las razones?). En lo que sigue, me centraré sólo en la justificación y mi tarea será dar una formulación más exacta a la sentencia:

P: Sobre la base de los argumentos G, la interpretación apropiada para el texto jurídico L es I.

3.2. ***¿Por qué es importante la justificación?***

El sistema del Estado de Derecho garantiza, entre otras cosas, un máximo de *certeza jurídica* para las partes de un proceso. La certeza jurídica puede caracterizarse incluso como una expectativa jurídica primaria de los miembros de la sociedad. De acuerdo con su formulación clásica, certeza jurídica significa negación de la *arbitrariedad*. Los ciudadanos tienen que poder planificar su conducta, y ello sólo es posible sobre la base de una práctica judicial previsible. En otras palabras, la interpretación que presentan los jueces no puede ser meramente azarosa o estar basada en la irracionalidad, tiene que basarse siempre en el Derecho y sólo en él. Así, en el sistema del Estado de Derecho la certeza jurídica se realiza, v.g., por medio de (1) la división de poderes, (2) la igualdad formal entre los ciudadanos, (3) la separación entre el Derecho y la moral y (4) el modelo formalista de razonamiento jurídico (el silogismo).

En todos los llamados Estados de bienestar la idea original

del Estado de Derecho ha ido perdiendo gradualmente su significación de única ideología jurídica. El núcleo ya no estriba tanto en la igualdad *formal* entre la gente como en la *material*. La meta del Estado de bienestar es garantizar la calidad de vida y, coherentemente con ello, proteger a la parte más débil de la relación social. Esto significa que en el moderno Estado de bienestares imposible una separación estricta entre Derecho y moral. Justicia, razonabilidad, equidad son conceptos clave del sistema del Estado del bienestar y, por tanto, necesariamente también son criterios para las decisiones jurídicas.

En resumen, en una sociedad moderna la certeza jurídica cubre dos elementos diferentes (a) en el *razonamiento* jurídico ha de evitarse la arbitrariedad (principio del Estado de Derecho) y (b) la decisión misma, el *resultado* final, debe ser apropiado. De acuerdo con el punto (b), las decisiones jurídicas deben estar de acuerdo no sólo con el Derecho (formal), sino que también tienen que satisfacer criterios de certeza axiológica (moral). Utilizando la terminología de *Max Weber*, en una sociedad moderna el Derecho está materializado.

En la sociedad, la decisión jurídica sólo puede ser aceptable a condición de que *ambos* conjuntos de criterios (a) y (b), sean satisfechos. El proceso de razonamiento debe ser racional y sus resultados deben satisfacer las demandas de justicia. Además, si una decisión no es aceptable tampoco puede ser legítima -en el sentido amplio de la palabra.

En toda sociedad, un alto grado de legitimidad es una propiedad natural del orden jurídico. El nivel de certeza jurídica es una de las medidas importantes para valorar la legitimidad. Cuanto más alto es el grado de certeza jurídica, tanto mayor es la confianza de la gente en las funciones del orden jurídico. Así, los tribunales tienen una responsabilidad social especial en maximizar la certeza jurídica. Solamente entonces es aceptable su función. Sin embargo, ¿cómo conseguirla?

Una posible respuesta es la siguiente. En los Estados modernos (del bienestar) los jueces, o los tribunales en general, ejercen su responsabilidad *justificando* las decisiones de una forma bien conocida. Esta y sólo ésta les garantiza la autoridad necesaria en su función. La simple referencia a los textos jurídicos o a otros materiales estrictamente autoritativos no es suficiente. La gente pide más, y plantea una cuestión adicional: ¿por qué? La única respuesta a *aquella* cuestión es usar argumentos apropiados (razones). Por eso, en todas las sociedades modernas se ha incrementado la importancia del razonamiento jurídico.

3.3. ***Sobre las razones apropiadas***

Según *Gunnar Bergholtz*, este desarrollo está profundamente conectado con nuestra visión de la *democracia*. Esto es así debido al hecho de que una de las propiedades más importantes de una democracia madura es su carácter abierto. Ello hace posible el control externo de la toma de decisiones. Esto es verdad también por lo que concierne a la adjudicación. La independencia de los tribunales no significa que ellos estén completamente fuera del control democrático. La división de poderes garantiza la independencia de los tribunales sólo en relación a los otros centros de poder, especialmente frente al poder ejecutivo. Por otro lado, los tribunales de justicia son una parte de la sociedad y de su orden democrático. Los tribunales también deben estar sometidos a un control social ejercido por la gente. El único medio para este control es la exigencia de que los tribunales realmente argumenten sus decisiones.

La siguiente matriz da una visión general sobre los *tipos* de razones que pueden usarse como medios para este control:

	Razones reales	Razones públicas
Razones jurídicamente aceptables	NO	SÍ
Razones jurídicamente inaceptables	NO	NO

«Razones reales» significa aquí una razón usada en la búsqueda de la solución (contexto de descubrimiento). Razones públicas, por su parte, se refiere a la justificación. Jurídicamente aceptables son las razones que muestran que la decisión está dentro del armazón del orden jurídico. Ellas «hacen» jurídica la decisión.

La matriz muestra que desde el punto de vista de la *certeza jurídica* sólo son importantes las razones jurídicamente aceptables y públicas porque sólo ellas permiten valorar la relevancia jurídica de la decisión. Si las razones permanecen ocultas y/o son inaceptables carecen de valor para el control público. Por ejemplo, si las decisiones están siempre razonadas sólo «entre
bastidores», entonces nunca se sabe *por qué* el uso del poder jurídico tiene tales o cuales contenidos.

4. **La mejor justificación posible**

4.1. ***La justificación interna y la externa***

4.1.1. *Sobre las fuentes del Derecho*

Las razones (argumentos) usados en la justificación jurídica se llaman *fuentes del Derecho*. En función de su historia y de sus condiciones sociales, cada cultura ha aceptado un conjunto de fuentes. Ellas pueden dividirse en grupos, por ejemplo, en fuentes autoritativas y substantivas. Las fuentes del Derecho autoritativas incluyen la ley, los trabajos preparatorios y los precedentes; por el contrario la expresión «razones substantivas» alude a, v. g., las opiniones doctrinales, los diversos tipos de razones prácticas (v. g., intereses), el Derecho comparado y los argumentos históricos. En ocasiones el concepto de «fuente del Derecho» se entiende en sentido estricto, es decir, como referido solamente a las razones autoritativas. En la tradición escandinava, sin embargo, la doctrina de las fuentes del Derecho es bastante liberal y abarca tanto a las razones autoritativas como a las substantivas.

4.1.2. *La justificación interna*

En el razonamiento jurídico es importante no sólo el catálogo de fuentes del Derecho sino también la *manera de usarlas*. Desde este punto de vista, puede distinguirse entre *justificación interna y externa*. La primera se refiere a la estructura interna («lógica») del razonamiento. El modelo clásico de justificación interna es el llamado silogismo aristotélico (modus ponens). La primera premisa consiste en la «base normativa» de la decisión (premisa normativa), mientras que la segunda describe el hecho del caso (premisa fáctica). La forma lógica de la inferencia garantiza que la conclusión, la decisión normativa, se siga de las premisas.

Toda decisión jurídica puede *ex post* ser escrita en la forma de un silogismo con independencia de la forma en que ha sido alcanzada. La justificación interna es, en este sentido, independiente del contexto de descubrimiento. Sin embargo, especialmente en los casos difíciles, siempre se puede poner en cuestión las premisas de la inferencia. Por ejemplo: ¿por qué se optó por la premisa normativa Na en lugar de Nb? En tal situación, la premisa misma debe ser objeto de argumentación. Esta es tarea de la justificación *externa*.

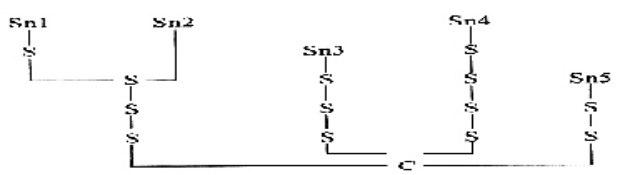
4.1.3. *La justificación externa*

La respuesta a este porqué (externo) es posible darla a través de otro silogismo, es decir, un silogismo en el que la premisa problemática aparece como conclusión. Pensemos en un ejemplo de justificación externa:

SILOGISMO I: PR1: Si F1, entonces (debe ser) G1.
PR2: f es F1.
C: Si f, entonces (debe ser) G1.

SILOGISMO II:
PRI: Si en los trabajos preparatorios se dice que el texto jurídico L (Si F, entonces debe ser G) significa «Si F1, entonces G1», la interpretación L debe ser «Si F1, entonces (debe ser) G1».
PR2: Los Trabajos preparatorios dicen «Si F1, entonces G1».
C: Si F1, entonces (debe ser) G1.

De esta manera, se pueden construir *cadenas* de silogismos que dan soporte argumentativo a la decisión (interpretación). Una rama del «árbol silogístico» versa sobre los trabajos preparatorios, las otras sobre las decisiones de los tribunales (precedentes), sobre las consecuencias prácticas de la decisión o, por ejemplo, sobre las opiniones doctrinales de la ciencia jurídica. El «árbol silogístico» puede entonces verse como sigue:



En un caso-situación difícil *ninguna* de las cadenas del silogismo da por sí misma soporte *suficiente* al resultado final, aunque ellas son necesarias por lo que se refiere a su fuerza justificatoria. El factor decisivo es la *totalidad* de los argumentos. En este sentido, la justificación externa es semejante a la construcción de un rompecabezas: el «mejor» resultado es la totalidad más homogénea (Sn1, Sn2, Sn3, Sn4, Sn5) que pueda construirse. Sin embargo, un rompecabezas normal y el razonamiento jurídico difieren entre sí en un aspecto muy importante. En un rompecabezas normal se sabe de antemano la figura que hay que construir. En el razonamiento jurídico «la figura» será desarrollada durante todo el juego y nadie sabe de antemano cuál es la totalidad de argumentos *correcta*.

Las premisas *últimas* de un árbol silogístico no son autoevidentes o empíricamente verdaderas. Son el resultado de *sopesamientos y ponderaciones*. Puede haber diferentes composiciones de argumentos, cada una de las cuales consiste en cadenas silogísticas internamente lógicas, pero de manera que las últimas premisas difieren de unas a otras. Lo decisivo aquí es el grado de coherencia del conjunto de premisas que se puede construir. La «medida última» es así la coherencia, no la correspondencia como en las afirmaciones empíricas.

Siguiendo con la metáfora del rompecabezas, la justificación externa ha sido denominada también *diálogo*. El intérprete *A* presenta su postura C1 a otra persona, el destinatario *B*. Al
principio, *A* y *B* están en desacuerdo entre sí y es necesario argumentar en favor y en contra de la conclusión, es decir, añadir nuevas premisas. En el curso de este razonamiento, *A* y *B* discuten sobre la importancia y el peso de sus argumentos. Al final, ambos pueden estar de acuerdo o en desacuerdo o llegar a un compromiso sobre la conclusión. En el último caso mencionado ellos alcanzan un *consenso* sobre la decisión «correcta».

4.2. ***Persuasión versus convicción***

Entendida como un diálogo, la justificación jurídica que utiliza razones públicas no puede basarse en la manipulación. El principio de certeza jurídica no permite que la elección final entre las interpretaciones alternativas sea sólo el resultado de la persuasión o del uso del poder. Un buen diálogo justificatorio sigue siempre los estándares de la argumentación *racional*. Su meta es convencer a la otra parte, no manipularla. ¿Por qué? Porque toda la idea de lo que es Derecho está profundamente entrelazada con nuestras expectativas relativas a la conducta

predecible de las autoridades. La arbitrariedad y la toma de decisiones al azar son ajenos a la concepción europea sobre el Derecho y la justicia.

Esto no significa, sin embargo, que cada caso particular tenga una y sólo una respuesta correcta. Por el contrario, la idea de razonamiento jurídico racional sólo presupone que las decisiones están tan bien argumentadas como sea posible. Nuestra expectativa concierne a la «mejor justificación posible», no a soluciones absolutamente correctas. Por ello en lo que sigue me ocuparé de la noción de «mejor justificación posible».

4.3. ***La justificación ideal***

La mejor justificación *posible* presupone que no hay factores ocasionales que perturben el procedimiento de razonamiento. *John Searle* y *Jürgen Habermas* hablan al respecto de *situación ideal de habla*. El criterio decisivo para esta clase de situación (ideal) es la *libertad*. Todo aquel que participa en la discusión es inmune frente a la manipulación, el recurso a la fuerza mental o física, a la persuasión, etc. Además, todos los participantes deben ser iguales en la discusión, deben tomar parte en ella voluntariamente y deben estar dispuestos a seguir los estándares del discurso racional.

En relación con esto, Jürgen Habermas usa la expresión «racionalidad comunicativa» que significa la racionalidad que guía el discurso en una situación ideal de habla. Utilizando una terminología más precisa se puede hablar de *racionalidad-D* (racionalidad discursiva) como algo opuesto a, v. g., la racionalidad lógica (racionalidad-L).

Este tipo de situación de habla es, naturalmente, sólo un ideal. Sin embargo, es un ideal importante, porque puede utilizarse como *medida* para la corrección del discurso jurídico. Si el discurso jurídico no cumple esos tipos de criterios, no satisface nuestra concepción del Derecho y la justicia.

Ronald Dworkin utiliza para sus propios fines teoréticos un fenómeno ideal similar, el super juez llamado Hércules J. Este super juez lo sabe todo, dispone de tiempo ilimitado para tomar la decisión, su información sobre el caso y sobre los argumentos relevantes es ilimitada, es incluso capaz de hacer las elecciones más difíciles y, esto es importante para la imparcialidad, es capaz de cambiar su rol con otros sin ningún límite. Resumiendo: Hércules J. es una persona ideal que opera en la situación ideal de habla que tiene como tarea tomar las «mejores» decisiones jurídicas «posibles».

5. **De nuevo sobre la única respuesta correcta**

¿Es Hércules J. capaz de producir con seguridad una respuesta correcta para cada *caso difícil*? Al principio, Dworkin parece inclinarse por una respuesta afirmativa. Este es justamente el rol de Hércules J. Más tarde, la tesis de Dworkin se hace más débil, pero, con todo, se mantienen las tesis centrales de su teoría de la única respuesta correcta. *Robert Alexy* defiende también una tesis debilitada: Hércules J. puede ser incapaz de producir una respuesta correcta para cada caso singular, pero está bien mantener la idea misma de una única respuesta correcta. Esta respuesta es como una meta oculta de nuestra toma de decisiones, un presupuesto ideológico.

Todos estos puntos de vista están expuestos a la crítica. Una manera de formular el núcleo de la crítica es preguntar: ¿qué ocurre si hay dos Hércules J.? Ambos son ciertamente seres racionales pero ¿son capaces de resolver genuinos *problemas axiológicos*? Esto es importante, porque las elecciones finales en el razonamiento jurídico no descansan solamente sobre la racionalidad del procedimiento del razonamiento y las estructuras libres que aseguran la discusión ideal. El otro factor decisivo es el «*in put*», es decir, los datos que se introducen en la discusión. En fin, Hércules J. también está vinculado v. g. a los *intereses* que presenta o está obligado a presentar en el discurso. Hablando toscamente, ellos no abordan el problema desde el mismo -o incluso similar- punto de vista. *Por consiguiente* dos o más Hércules J. *pueden* alcanzar varias respuestas no equivalentes pero igualmente bien fundadas.

Si se pretende ahora que una de las respuestas dadas es «mejor» que las otras o que es la única correcta, hay que tener algún criterio para esta postura. Y además, hay que salir fuera de la discusión, lo que significa recurrir a un *metaHércules J.*, y así sucesivamente. Cada intento de probar que una de las respuestas alternativas es la «correcta» conduce así a un regreso al infinito argumentativo, y ello está condenado necesariamente al fracaso.

Esto también puede expresarse refiriéndose al concepto de *coherencia*. Lo que es necesario para una mejor solución posible es un argumento material coherente. Si hay dos o más conjuntos de razones igualmente coherentes, entonces la comparación no es posible. Desde un punto de vista justificatorio, todas ellas son igualmente buenas. Por medios racionales no podemos hacer más, porque no hay argumentos disponibles.

Así, una persona que hable de una solución «correcta» en este tipo de situaciones, remite a argumentos que están «detrás»

de las razones públicas. Es imposible continuar la discusión racional con ella. No hay medios para establecer contraargumentos. Por consiguiente, todos estos argumentos «ocultos» son elementos *innecesarios* (sobre los que operaría la Navaja de Occam) para la teoría de la respuesta correcta.

6. **El principio regulativo del razonamiento jurídico**

6. 1. ***El concepto de auditorio***

Si no hay respuestas correctas para los casos difíciles, la siguiente pregunta es natural: ¿Tampoco es posible hablar de «la mejor respuesta posible»? Esta cuestión nos lleva al problema del principio regulativo.

Todo aquel que argumenta en favor o en contra de un cierto punto de vista dirige su argumentación a otra persona. A este respecto, el discurso jurídico es, también, un diálogo o, en general, un procedimiento discursivo. En un caso difícil hay dos partes en el diálogo, el intérprete (A) y el destinatario (B). Siguiendo a *Chaim Perelman*, puede llamarse auditorio al destinatario. Este es el auditorio del intérprete.

Demos un paso más allá y definamos dos conceptos adicionales:

La *comunidad jurídica I* consiste en todos los juristas profesionales y demás personas que tratan o pueden tratar con asuntos jurídicos. Esta comunidad es, pues, un «auditorio concreto» que existe realmente en la práctica jurídica. En la realidad, la argumentación dirigida a la comunidad jurídica I incluye elementos persuasivos porque la gente no satisface los criterios de Hércules J. Somos demasiado humanos, demasiado débiles y demasiado proclives a manipular a los demás como para ser seres ideales. En nuestras discusiones, ocultamos toda suerte de factores azarosos.

La *comunidad jurídica II* abarca a todos los que se comprometen con las reglas y principios de la racionalidad-D. Este auditorio es, pues, necesariamente ideal. Por lo tanto, la comunidad jurídica II es una medida por medio de la cual se puede evaluar el razonamiento y, lo que es importante, criticarlo.

Si todos los que prestan atención al procedimiento de razonamiento aceptan los estándares de la racionalidad-D, lo único que los separa entre sí es la diferente base material. No obstante, la idea de razonamiento jurídico racional presupone que cada uno dispone de todas las fuentes materiales. Todos los partici-

pantes pueden usar de la información dada sin ninguna limitación específica. ¿Cómo es posible entonces que en la comunidad jurídica II se llegue a más de una respuesta? La clave de esta cuestión está en los materiales mismos de la argumentación.

En el discurso jurídico, muchas de las *elecciones* decisivas tienen *carga valorativa*. La elección entre las fuentes del Derecho, así como el peso de fuentes individuales, están parcialmente basadas sobre valoraciones. A menudo se hace referencia a la inferencia por analogía o a contrario. Ambas están vinculadas con valores; el concepto de «semejanza» no es valorativamente neutral. Todas las clases de metas argumentativas están conectadas al código de valores del que toma la decisión. Finalmente, los valores (y los puntos de vista morales) pueden estar directamente implicados en el razonamiento jurídico, como es el caso de los motivos sociales para el aborto.

Se puede así estar de acuerdo con *Jerzy Wróblewski* quien en diferentes contextos ha enfatizado que las interpretaciones jurídicas se basan en tres tipos de argumentos: (1) fuente material de Derecho (2) directivas de razonamiento jurídico y (3) valores y valoraciones. Las conclusiones finales son el resultado de todos estos factores. Esto sigue siendo verdad también en la comunidad jurídica II. Personas que aun estando de acuerdo con todos los estándares de racionalidad-D tienen códigos de valores diferentes.

La comunidad jurídica II no es, pues, un auditorio universal en el sentido de Perelman. Es universal sólo en la medida en que presupone la racionalidad del discurso. Todos los miembros aceptan el universo de racionalidad. Veamos más de cerca esta comunidad.

6.2. ***Elprincipio de la mayoría***

El intérprete *A* presenta la solución justificada R para el problema jurídico P ante la comunidad jurídica II. Supongamos, además, que la justificación incluye un punto de vista S sobre un valor intrínseco V. Dado que todos los miembros de la comunidad jurídica II están comprometidos con los estándares de la racionalidad-D y dado que todos disponen de los materiales relevantes, la diferencia en la aceptabilidad de R depende solamente de la valoración del punto de vista S.

Ahora es posible que sólo una parte de la comunidad jurídica II esté de acuerdo con *A*. Esta parte de la comunidad hace justamente la misma interpretación de V que A. La otra parte hace

otra interpretación de V, digamos S1. Esta parte de la comunidad defiende, pues, la solución R1 ¿Bajo qué condiciones podemos comparar las soluciones R y R1? ¿Es eso posible? Sí y no.

En esta comunidad ideal no hay una medida común para la comparación. No hay respuestas correctas y ninguna de las respuestas es *en términos generales* la mejor posible. Hay dos soluciones igualmente bien fundadas (R y R1). No obstante, en esta situación una solución puede ser *más relevante* que otra, y desde esta perspectiva es también la «mejor posible». ¿Qué significa esto?

Una respuesta prometedora parece ser esta: si la mayoría de la comunidad jurídica II está dispuesta a aceptar, digamos, la solución R, esta solución es *por el momento* la «mejor posible». Esto no significa que los miembros de la comunidad jurídica II «voten» en favor o en contra de R. La mayoría simplemente muestra la *mayor aceptación posible* para la solución R. En otras palabras, la solución R sería aceptable para la mayoría si R fuera discutida en este auditorio. Desde el punto de vista social, la otra solución es, como propuesta minoritaria, «más débil» que R.

La crítica ahora puede venir por la pregunta de si este tipo de principio mayoritario viola los derechos de las minorías. Este no es el caso. Consideremos los siguientes argumentos:

1) Primero, este modelo considera sólo el razonamiento jurídico en una situación *ideal* de habla. La protección de la minoría tendría significación en una comunidad jurídica real (concreta), es decir, en un auditorio donde todas las clases de constelaciones de poder juegan un papel. En una comunidad ideal, como en la comunidad jurídica II, el uso de poder no es un problema. Esto se sigue del concepto de situación ideal de habla. Los participantes se supone que son libres.

2) En el discurso racional *todas las razones* relativas a los asuntos son tenidas en cuenta. Así, la opinión minoritaria forma parte también del razonamiento.

3) Dado que cada miembro de la comunidad jurídica II está comprometido con los estándares de la racionalidad-D, todos tienen que aceptar necesariamente también el principio mayoritario. Una persona racional puede preguntar: ¿cuál podría ser el principio alternativo si el principio de la mayoría no fuera aceptado? ¿Una decisión por sorteo?

4) La última pregunta mencionada está conectada a otra: ¿por qué no contentarse con *dos* (o más) decisiones igualmente bien fundadas y, en consecuencia, racionalmente aceptables, v.

g., con R y R1? ¿Por qué es necesario comprometerse con el principio mayoritario?

Como se ha señalado anteriormente, la aceptación de más de una respuesta posible es teóricamente incluso necesaria. En primer lugar, la visión relativista, asumida en esta contribución, parte del presupuesto de que no hay respuestas correctas en el ordenamiento jurídico *ex ante*. En segundo lugar, todas las soluciones bien fundadas, R y R1, son «correctas» *ex post*, en el sentido de que ellas son las respuestas apropiadas *dentro* de un seguro armazón justificatorio. No se pueden añadir más argumentos. Se ha llegado al límite del razonamiento racional, donde es imposible ir «más allá» de R o R1 en orden a compararlos.

Sin embargo, la *cooperación social* presupone que la gente pueda estar de acuerdo con ciertas soluciones. Esto puede ilustrarse como sigue. En las figuras siguientes, el símbolo «H» significa «Hércules J.» en el sentido dworkiniano.

En este caso, la comunidad jurídica II consta sólo de dos miembros, H1 y H2. En ella se da un permanente *desacuerdo* entre puntos de vista, y este desacuerdo provoca *incerteza* sobre qué es correcto y qué es erróneo; y hay dos candidatos iguales para la solución «correcta». También en este caso, las autoridades necesitan una solución final para su puesta en práctica. Sin embargo, esta solución *final* no resuelve la tensión entre H1 y H2. No se puede saber si la solución final es correcta o no. Sólo es una de las alternativas encontradas. El problema del principio de la mayoría no puede plantearse porque no hay mayoría en la comunidad. La *elección* racional entre R y R1 sólo puede realizarse por sorteo.

En este otro caso, H1 y H2 forman una mayoría en relación a H3. El desacuerdo acerca de las soluciones es el mismo que antes. Según nuestros presupuestos básicos esta comunidad jurídica es racional en cuanto a su naturaleza. A partir de este presupuesto resultan las siguientes tesis:

a) Todo H acepta los estándares de la racionalidad-D;

b) Todo H acepta la idea de cooperación social;

c) Todo H acepta el principio de que la cooperación social presupone la predictibilidad.

d) Todo H acepta el principio de que la predictibilidad no funciona si la solución se obtiene por sorteo.

Si se aceptan estos presupuestos, los mismos constituyen, al mismo tiempo, argumentos para otra tesis: cada caso difícil *tendría* una respuesta. Esto no significa que tal respuesta sea «la única correcta»; es solamente la respuesta más operativa a la luz de los presupuestos (a)-(d). «La más operativa», a su vez, significa que la mayoría de la gente en la comunidad puede estar de acuerdo con esta respuesta. En otras palabras, esta respuesta tiene el apoyo de la mayoría de una comunidad que no acepta decisiones por sorteo. A este respecto, puede decirse también que esta solución es por el momento «la mejor posible». Más tarde, la opinión minoritaria puede convertirse en opinión mayoritaria, lo que significa que las dinámicas sociales mismas cambian también las «mejores soluciones posibles» para el caso en discusión.

7. **Los contenidos del principio regulativo**

Tomando el análisis antes mencionado como punto de partida se puede proponer la siguiente directriz para el razonamiento jurídico:

> En la decisión de un caso difícil se debe tratar de alcanzar una solución tal y una justificación tal que la mayoría de los miembros racionalmente pensantes de la comunidad jurídica pueda aceptar esa solución y esa justificación.

Este no es un manifiesto de ideología «*Besser-Wisser*». El principio regulativo no da ninguna autoridad a proclamar: *tengo razón*. Sólo trata de (1) incitar a la justificación racional al que toma la decisión y (2) prevenirle del objetivismo valorativo que es típico, v. g., de Ronald Dworkin. La aceptabilidad por la ma-

yoría de la comunidad jurídica II es *más* que lo que el juez o el dogmático pueden alcanzar en su razonamiento. Este tipo de aceptabilidad da la medida más objetiva también para la crítica.

Finalmente, la aceptabilidad como meta del razonamiento jurídico es suficiente para los seres humanos. Usando el principio regulativo se puede tratar de maximizar las expectativas de la certeza jurídica. Presuponer «una respuesta correcta» no nos ayuda a servir mejor a la sociedad. Lo que realmente necesitamos es justificación racional.

(Trad. de Josep Aguiló Regla)

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, Aulis, The Rational as Reasonable. Dordrecht, 1987.

Aarnio, Aulis; Alexy, Robert; Peczenik, Aleksander, *The Foundation of Legal Reasoning. Rechistheorie*, 1981, págs. 133 y sigs., págs. 257 y sigs. y págs. 423 y sigs.

Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, 1978.

——, *Theorie der Grundrechte*, Baden Baden, 1985.

Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, 2.ª ed. Londres, 1978.

Habermas, Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handelns: zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, I-II, Frankfurt am Main, 1981.

Peczenik, Aleksander, On Law and Reason, Dordrecht, 1989.

Perelman, Chaim, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, Londres, 1963.

Searle, J. R., *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Londres, 1969.

Summers, Robert S., *The Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification*, Cornell Law Review (63), 1978, págs. 724 y sigs.

Wróblewski, Jerzy, *Meaning and Truth in Judicial Decisión* (ed. por Aulis Aarnio), 2.a ed., Tampere, 1983.

PARA UNA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

I

Hay por lo menos tres perspectivas (relativamente distintas entre sí) desde las que puede examinarse una teoría de la argumentación jurídica. La primera se refiere a su contenido o campo de aplicación. Quien se sitúa en esta perspectiva y se plantea, en consecuencia, la cuestión de qué es lo que explica la «teoría estándar de la argumentación jurídica» (y con este concepto pretendo aludir a la teoría elaborada por autores como Aulis Aarnio, Robert Alexy, Neil MacCormick o Aleksander Peczenik, para citar a los que cabe considerar como más influyentes en la última década) podría contestar diciendo que todas ellas (con diversos grados e intensidades) son teorías que estudian los aspectos normativos (entendiendo por tal la argumentación que se contiene en los «fundamentos de Derecho») de la justificación o fundamentación de las decisiones tomadas por órganos judiciales situados en los niveles más altos de la administración de justicia. De aquí resultan también una serie de críticas que se podrían dirigir a la teoría estándar de la argumentación jurídica: Por ejemplo, podría dudarse de que en este campo tenga sentido (es decir, resulte fructífera) la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, y así se podría reprochar a estos autores el haber construido teorías *normativas* (no en el sentido de que se refieran a normas, sino en el de que proponen o prescriben normas) de la justificación de las decisiones que, sin embargo, no pueden dar cuenta del proceso real de la fundamentación; es decir, no es sólo que no se explique cómo se llega a una decisión, sino que tampoco se da cuenta de cómo se fundamenta *de hecho* la decisión tomada. Podría criticárseles también el no haber prestado atención a los aspectos empíricos de la argumentación, es decir, a la argumentación ligada no con normas jurídicas, sino con hechos (por ejemplo, la argumentación en materia de prueba). El haber descuidado el estudio de la

argumentación que tiene lugar en los tribunales inferiores o incluso en órganos que no poseen carácter judicial. O, en fin, el no haber considerado el hecho de que no se argumenta sólo en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho, sino también en el de su establecimiento.

La segunda perspectiva se refiere a los métodos o instrumentos utilizados por la teoría estándar; por lo tanto, la cuestión no es ya: ¿qué es lo que explica la teoría?, sino ¿cómo lo explica? Un crítico situado en esta perspectiva podría hacerse la siguiente reflexión: Concedamos que lo que debe explicar una teoría de la argumentación jurídica sea precisamente lo que explica la teoría estándar. ¿Pero lo explica bien? ¿No cabría plantear las cosas de otra manera, es decir, utilizar otros instrumentos conceptuales, diferentes a los manejados por estos autores? ¿Cuáles serían esos métodos?

Finalmente, la tercera perspectiva concierne a los resultados obtenidos por la teoría estándar de la argumentación jurídica. Quien se sitúa en este punto de vista se plantea la cuestión de para qué sirve esta teoría. Las críticas que pueden dirigirse desde aquí pueden ser de dos tipos. Por un lado, puede ponerse en cuestión el valor instrumental de la teoría, por ejemplo, procurando mostrar que no tiene interés -o que tiene un interés muy limitado- tanto para el práctico como para el dogmático del Derecho. Por otro lado, puede discutirse acerca de su valor ideológico; por ejemplo, podría aducirse que la teoría estándar lleva en realidad a justificar las formas de fundamentación dominantes en la práctica y en la dogmática jurídica (y ésta es, una objeción que quizás no sea incompatible con la anterior) y, en el fondo, a la justificación del propio sistema jurídico de referencia, e incluso del Derecho en cuanto tal (o, si se quiere, de un tipo de Derecho: el Derecho de los Estados democráticos).

Antes he dicho que estas críticas no podrían aplicarse a todos los autores por igual. Ahora tengo que precisar que algunas de ellas no se les podría aplicar (por lo menos a algunos de ellos) en absoluto, lo que sin embargo no afecta a la validez del concepto de «teoría estándar de la argumentación jurídica». Esto es así porque el concepto en cuestión lo entiendo como un «tipo ideal» en el sentido de Max Weber; por lo tanto, no pretende tener un carácter descriptivo, sino un valor instrumental. Por ejemplo, a partir de él podría procederse a analizar las teorías de estos (o de otros) autores para comprobar si, y hasta qué punto, pueden dirigírseles las críticas sugeridas antes (que, por otro lado, no hay por qué dar por descontado que sean acertadas).

Aquí, sin embargo, no voy a pretender efectuar un análisis de

semejante amplitud. Me contentaré con situarme en la segunda de las perspectivas señaladas, y con ocuparme -o empezar a ocuparme- de una de las críticas que podría dirigirse contra la teoría estándar y que me parece tiene una considerable relevancia. La crítica en cuestión es ésta: Para representar (a fin de analizar conceptualmente) la argumentación jurídica, la teoría estándar recurre a la lógica formal (bien se trate de la lógica proposicional o de la lógica de predicados, y bien se usen o no operadores deónticos), pero ésta, por sí sola, no constituye un instrumento adecuado para tal fin. Aunque aquí no voy a dedicarme a mostrarlo, doy por descontado que éste es un reproche (con independencia de que esté o no justificado) que sí se puede formular a todos y cada uno de los autores recordados al principio. Y, en fin, creo que también puede aceptarse sin necesidad de mayores comentarios que esta cuestión está estrechamente conectada con otros problemas que se planteaban desde las otras perspectivas (por ejemplo, el no disponer de un instrumental adecuado para la representación de la argumentación puede tener que ver con el abandono de ciertos aspectos de la argumentación y con su utilidad o no utilidad para la práctica), lo que vendría a probar que se trata de una cuestión verdaderamente central para la argumentación jurídica.

II

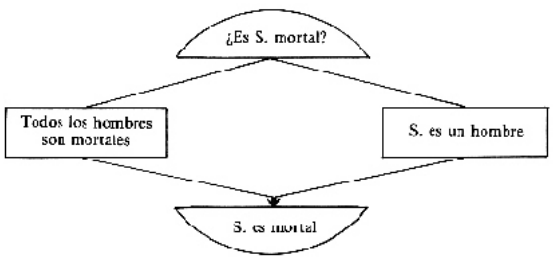
Para empezar por el principio, podríamos retomar el ejemplo clásico de silogismo o inferencia lógica: «Todos los hombres son mortales; Sócrates es un hombre; luego, Sócrates es mortal». Con independencia de que lo anterior lo entendamos como una regla de inferencia (o, mejor, como la aplicación de una regla de inferencia), a la manera de la silogística tradicional, o bien como una proposición de la forma «si... y... entonces...» a la manera de Aristóteles [cfr. G. Patzig, 1959, págs. 13 y sig.], y de que lo representemos o no en la notación de la lógica proposicional ($[p \rightarrow q) \wedge p] \rightarrow q$) o de predicados ($\wedge x [Px \rightarrow Qx \wedge Pa] \rightarrow Qa$), hay algo -o más que algo- en todo lo anterior que resulta insatisfactorio. Por supuesto, que todos estamos de acuerdo en que si es cierto que «todos los hombres son mortales» y que «Sócrates es un hombre», entonces también tiene que ser necesariamente cierto que «Sócrates es mortal». La noción lógica de argumentación sirve, por tanto, para indicar que hay (o que no hay) una conexión necesaria o de deducibilidad entre unas proposiciones (las premisas) y otra u otras (la conclusión). Pero pa-

rece que esto no es suficiente para reconstruir lo que habitualmente entendemos por argumento o por buen argumento. Por ejemplo, según lo anterior cabría construir también argumentos (buenos argumentos, desde el punto de vista lógico) con premisas falsas [en realidad, por lo anteriormente dicho, la silogística tradicional no considera, o bien excluye, la posibilidad de que las premisas sean falsas, mientras que Aristóteles se refiere muchas veces a conclusiones válidas efectuadas a partir de premisas falsas; cfr. Patzig, *ibid.*], o bien con premisas que contienen información no suficientemente comprobada: «Todas las mujeres griegas respetan a sus maridos; Xantipa es una mujer griega; luego Xantipa respeta a su marido»también sería entonces un argumento válido, aunque no parece que sea tan cierto que Sócrates haya sido respetado por su mujer.

Hay sin embargo todavía otra (al menos otra) razón por la que el modelo puramente lógico de argumento no resulta satisfactorio [cfr. Quesada, 1986, págs. 113 y sigs.; una crítica clásica a la concepción deductiva de la argumentación que aquí tomo muy en cuenta es la de Toulmin, 1958]. Y la razón es que nadie se lanza sin más ni más (sino que solamente lo hace en contextos muy especiales) a construir silogismos. Dudaríamos incluso de la salud mental de alguien con quien nos tropezáramos por la calle y nos recibiera con un: «Todos los hombres son mortales; Sócrates es un hombre; luego Sócrates es mortal», o bien con un saludo del tipo siguiente: «Cada vez que me encuentro con usted siento una gran alegría; ahora me acabo de encontrar con usted; por lo tanto siento una gran alegría.» Podríamos decir que entendemos lo que se nos dice (entendemos el significado de las palabras y de las proposiciones), pero realmente no le encontramos sentido a lo que se nos dice (salvo, por ejemplo, que supiéramos que la persona en cuestión está estudiando lógica y que, por tanto, no pretende propiamente argumentar, sino mostrar sus conocimientos sobre lógica). Argumentar, para decirlo claramente, es un acto de lenguaje que sólo cabe efectuar (en sentido propio) en determinadas situaciones; concretamente, en el contexto de un diálogo (con otro o con uno mismo), cuando aparece una duda o se pone en cuestión un enunciado, y aceptamos que el problema ha de resolverse por medios lingüísticos (por tanto, sin recurrir a medios como la coacción física [Lorenzen, 1973]).

Para que el ejemplo tradicional de silogismo podamos interpretarlo realmente como un argumento, tenemos que ser capaces de concebir una situación en que alguien se cuestiona (o cuestiona a otro) si Sócrates es mortal habida cuenta de sus excepciona-

les virtudes, muy superiores a las de los hombres «de carne y hueso». Entonces sí que cobran sentido las premisas y la conclusión pues, en efecto, si las premisas son verdaderas, entonces la solución para nuestro problema (la conclusión) no admite ya duda: Sócrates es mortal, y nuestro diálogo o nuestra reflexión interior puede continuar a partir de aquí. El argumento en cuestión podemos ahora representarlo así:



Y ello lo interpretamos de esta forma: la conjunción de las proposiciones «todos los hombres son mortales» y «Sócrates es un hombre» es un argumento en favor de la afirmación de que «Sócrates es mortal».

Sin embargo, no siempre (mejor dicho, casi nunca) las cosas son tan simples. Un argumento como el anterior presupone una situación (que quizás sólo se dé en los libros de lógica) en la cual la información que nos ofrecen las dos premisas no suscita duda alguna. Argumentar se reduce entonces a recordar (si se quiere, a ordenar) algunas cosas; pero, por supuesto, al final del proceso no puede decirse que hayamos obtenido nada nuevo. Ahora bien, los problemas para los que los hombres suelen necesitar (y a veces utilizan) la argumentación son de un género bastante más complejo. En realidad, cabría decir que la situación anterior es una situación límite. Si concebimos el proceso de argumentar como el paso de unas informaciones (las premisas) a otras (la conclusión), la situación anterior se caracterizaría porque desde el comienzo (es decir, al plantear el problema) disponemos ya de toda la información necesaria y suficiente para llegar a la conclusión. Lo único que se necesita, como he dicho, es ordenarla.

Pero cabe pensar en otras dos situaciones más complejas.

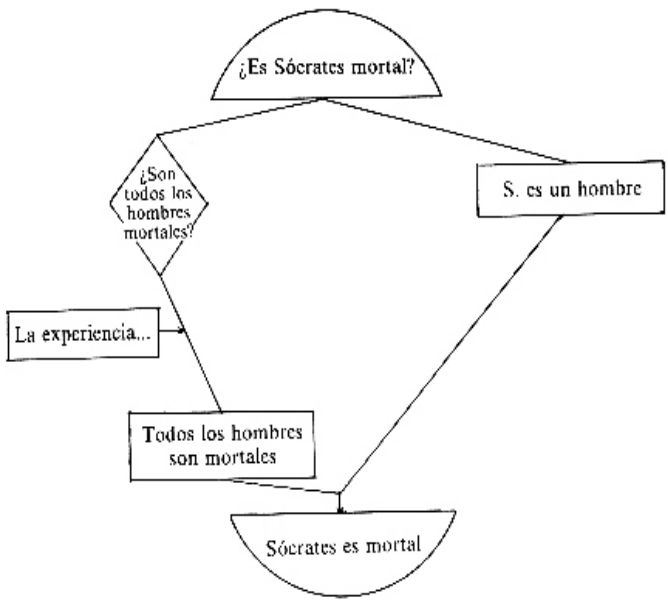
Cabe pensar, en primer lugar, en que en el origen tenemos una cantidad de información que es insuficiente para llegar a

una determinada solución del problema. Ello puede ocurrir por que las premisas no ofrecen apoyo bastante, o bien porque no ofrecen ningún apoyo (la información que contienen es irrelevante para la conclusión). Y, en segundo lugar, es posible que en el punto de partida tengamos un exceso de información. Ello puede deberse, a su vez, a dos causas: a que la información es simplemente redundante, esto es, con menos información podría llegarse también a la conclusión; o a que la información de que se dispone en excesiva, pero no ya por redundante, sino por contradictoria. Las situaciones en que existe una información redundante no plantean, como es obvio, mayores problemas (el problema suele ser el de determinar que efectivamente hay una redundancia); podemos sin más reconducirlas a la situación (aproblemática) en que existe una cantidad de información necesaria y suficiente. Quedan, por tanto, dos tipos de situaciones problemáticas: cuando existe una información insuficiente, o bien contradictoria. En estos supuestos, argumentar sólo puede significar añadir nuevas informaciones, o bien eliminar informaciones existentes, de manera que la solución a la que se pretende llegar pueda tener, al final del proceso de la argumentación, un mayor apoyo (y, si fuera posible, un apoyo concluyente) que al comienzo. En estos casos sí que se puede decir que al final del proceso hemos obtenido algo nuevo, es decir, algo que no existía en un comienzo.

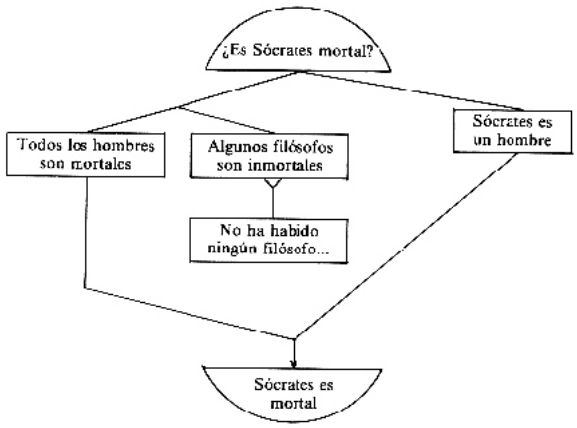
Por otro lado, si volvemos de nuevo al ejemplo de Sócrates, podemos imaginar que las situaciones problemáticas (por falta de información o por información contradictoria) podrían referirse a diversas cuestiones. Así, podría ofrecer dudas: 1) la validez del enunciado genera «»todos los hombres son mortales»; 2) la determinación del hecho de que «Sócrates es un hombre»; 3) el sentido en que deban entenderse las expresiones del enunciado general (cada una de ellas por separado: por ejemplo, «todos», «hombres», etc., o bien el conjunto, la proposición en bloque); 4) el que usemos o no en el mismo sentido la palabra «hombre» en las dos premisas. Veamos un poco más de cerca cómo podemos representar, en sus dos variantes, la primera situación.

Supongamos, en primer lugar, que no podemos partir sin más del enunciado general «todos los hombres son mortales», porque nuestro interlocutor en el diálogo lo pone en cuestión. Podemos sin embargo avanzar una afirmación como «la experiencia muestra que todos los hombres han muerto antes de los 170 años», y es bastante probable que nuestro interlocutor no tenga más remedio que asentir a ella. Si él no tiene nada que aducir en contra del enunciado general (o en favor de su nega-

ción), el proceso de argumentación podríamos quizás representarlo así:



La segunda posibilidad era que la duda a propósito del enunciado general «todos los hombres son mortales» surja como consecuencia de una afirmación efectuada por un interlocutor y que la contradice; por ejemplo: «algunos filósofos son inmortales». En este caso, quien pretende argumentar en favor de la conclusión «Sócrates es mortal» podría aducir una afirmación como «no ha habido ningún filósofo que haya vivido más de 170 años». Suponiendo que nuestro interlocutor no ponga en cuestión esta afirmación (lo que seguramente no haría aunque él mismo fuera un filósofo) y no avance tampoco ninguna otra afirmación en favor de su primer aserto, podemos concluir negando esto último (la afirmación inicial de nuestro interlocutor). Ahora bien, al negarlo deja de existir la contradicción inicial, de manera que desaparece también la razón para dudar del enunciado general «todos los hombres son mortales». La argumentación podríamos representarla así:



En el primer caso (información insuficiente) la afirmación de que «la experiencia muestra que todos los hombres han muerto antes de cumplir 170 años» nos permite pasar de la situación de duda inicial a la proposición «todos los hombres son mortales», de manera que lo primero es un argumento en favor de lo segundo. En el segundo caso (información contradictoria) la afirmación «no ha habido ningún filósofo que haya vivido más de 170 años» nos permite descartar una proposición (es un contraargumento respecto de esta última) y ratificar así la proposición contradictoria con ella. En los diagramas, el símbolo « —› » se utiliza, pues, en el sentido de «es un argumento en favor de», y « —‹ » en el de «es un argumento en contra de».

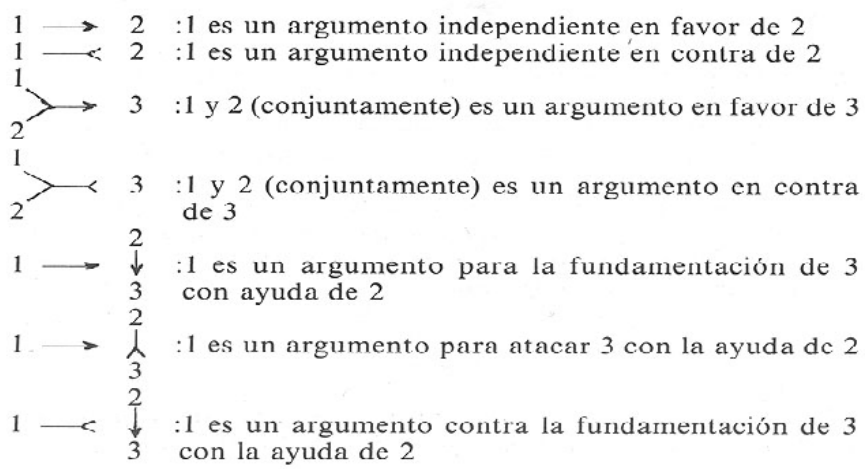
Ahora bien, las dos situaciones examinadas son todavía demasiado simples. Ni en la vida cotidiana ni, por supuesto, en la vida jurídica argumentar significa efectuar operaciones tan simples como las aquí representadas. ¿Para qué entonces sustituir la representación lógica habitual de los argumentos por diagramas de flechas como los aquí trazados?

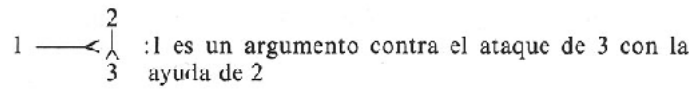
III

La ventaja esencial de la representación propuesta [cfr. E. v. Savigny, 1976; U. Neumann, 1986; Schroth, 1980] es que de esta

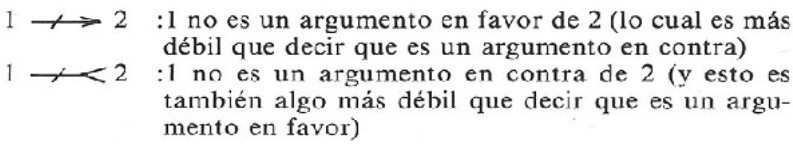
manera es posible dar cuenta de la relación «es un argumento en favor de» y «es un argumento en contra de» sin las que difícilmente se puede reconstruir el proceso real de las argumentaciones, esto es, las argumentaciones como realmente se producen. Esta relación difiere de la relación de inferencia lógica, al menos, en dos aspectos: 1) porque tiene un carácter más débil, en el sentido de que *x* puede ser un argumento en favor de *y* y *x* ser verdadero (o, en general, válido) sin que por ello quede asegurada la verdad (la validez) de *y*; por ejemplo, porque *z* es un argumento en contra de *y* y que tiene mayor peso que *x*; 2) porque tiene un carácter subjetivo, en cuanto que un argumento, según esto, es lo que una determinada persona considera como argumento.

La noción general de argumento («*x* es un argumento») puede ahora, siguiendo a Eike von Savigny [1976, pág. 31; esta misma definición está también recogida por Schroth, 1980, pág. 120 y Neumann, 1986, pág. 115] introducirse así: «Un autor aduce *x* como argumento en favor/en contra de algo, o aduce algo como argumento en favor/ en contra de *x*, y *x* no se puede separar en partes, de manera que el autor aduzca la primera parte como argumento en favor/en contra de la segunda parte, o viceversa». Por otro lado, los argumentos pueden presentarse como argumentos independientes o en conexión con otros. Pueden así distinguirse las siguientes relaciones argumentativas [cfr. E. v. Savigny, *ibid.* pág. 39; Scroth introduce otros tipos de relaciones de las que aquí prescindo]:



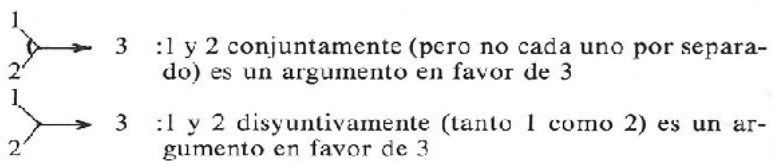


La tabla puede todavía, en mi opinión, enriquecerse en tres sentidos. Por un lado, introduciendo la noción de «negación de un argumento». Por ejemplo:



. . .

Por otro lado, dos o más argumentos pueden constituir un argumento en favor o en contra de otro en forma conjuntiva o disyuntiva. Por ejemplo:



. . .

Finalmente, cabe introducir la noción de argumento deductivo que vendría a ser un caso específico (límite) de la de argumento en general. Como definición de argumento deductivo propongo la siguiente:

«Si un autor aduce *x* como argumento en favor/ en contra de algo, o aduce algo como argumento en favor/en contra de *x*, entonces su argumento es un argumento deductivo si y sólo si:

a) *x* no se puede separar en partes de manera que el autor aduzca la primera como argumento en favor/en contra de la segunda, o viceversa, y

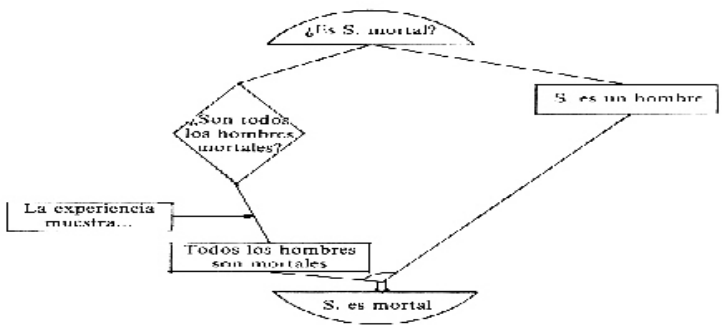
b) si *x* es un argumento en favor de *y* y *x* (o, en su caso, lo aducido en favor de *x*) es válido (es verdadero, es correcto, etc.), entonces necesariamente debe serlo también *y* (o, en su caso, *x*); y si *x* es un argumento en contra de *y* y *x* (o, en su caso, lo aducido en contra de *x*) es válido (es verdadero, es correcto, etc.), entonces necesariamente debe ser inválido (falso, incorrecto, etc.) *y* (o, en su caso, *x*).»

Los argumentos deductivos podríamos representarlos así:

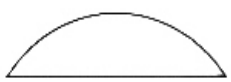
1 ⟹ 2 ;1 es un argumento deductivo en favor de 2

1 ⟸ 2 ;1 es un argumento deductivo en contra de 2

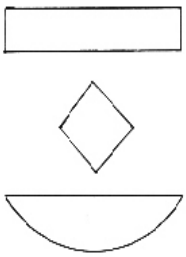
En los diagramas utilizados en el apartado 2., el último tramo habría que considerarlo como deductivo. El segundo de los diagramas, por ejemplo, podría representarse ahora así:



Antes de acometer la tarea de trasladar todo esto al campo de la argumentación jurídica, es preciso introducir todavía nuevas distinciones. En los ejemplos utilizados hasta ahora he recurrido a diversas figuras geométricas para distinguir tipos distintos de enunciados o, si se quiere, de actos de lenguaje que integran el acto de lenguaje complejo en que consiste argumentar. Hasta ahora hemos utilizado



para representar el planteamiento de un problema

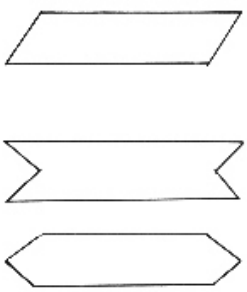


para representar enunciados empíricos (universales o singulares)

para representar una pregunta que se plantea en el curso de la argumentación y que puede tener una o más salidas

para representar la propuesta de una solución al problema inicial

Si queremos representar, sin embargo, adecuadamente argumentaciones no tan simples y, en particular, si queremos aplicar lo anterior a las argumentaciones jurídicas, debemos introducir nuevas categorías de enunciados. Básicamente [Rottleuthner,1980, por ejemplo, hace una clasificación en la que incluye diez categorías de enunciados] serían éstas:

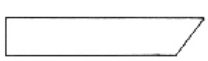


para representar un enunciado normativo (que obliga, prohíbe o permite hacer algo) que no sea el resultado final de la argumentación

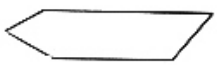
para representar una definición o un postulado de significado

para representar un enunciado valorativo (de la forma «es deseable el estado de cosas S»)

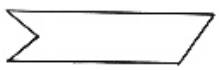
A partir de aquí podrían crearse todavía (si fuese necesario) subtipos de enunciados: por ejemplo, podría distinguirse entre enunciados empíricos universales o singulares, entre enunciados normativos abstractos y concretos, etc... Y podrían crearse también enunciados intermedios o híbridos. Por ejemplo:



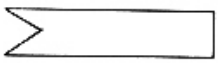
para representar un enunciado deóntico ambiguo que pueda interpretarse tanto como una norma (lado derecho) como una proposición normativa (lado izquierdo)



para representar un principio (que puede considerarse como un enunciado a mitad de camino entre los valores y las normas)

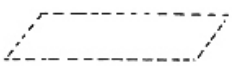


para representar una definición estipulativa



para representar una definición lexicográfica

Y, en fin, podría distinguirse también entre todos los anteriores enunciados cuando se afirman categóricamente, o bien de forma simplemente hipotética. Así, por ejemplo:



para representar un enunciado del tipo: «supongamos que existe una norma...»

para representar un enunciado del tipo: «supongamos que ha sido, es o será el caso de que...»

El conjunto de las anteriores relaciones de argumentación y de los tipos de enunciados que he introducido en este apartado permiten, me parece, representar adecuadamente cualquier argumentación jurídica que tiene lugar de hecho. En lo que sigue sólo haré uso, sin embargo, de un número relativamente reducido de estas categorías.

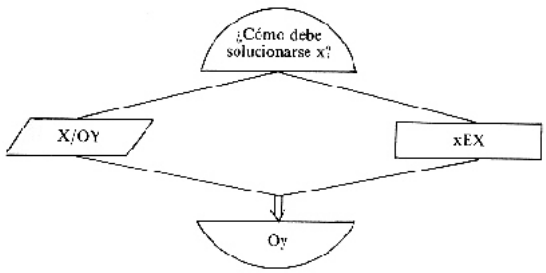
IV

Y ahora llega por fin el momento de ver cómo puede utilizarse lo anterior en el campo de la argumentación jurídica. El argumento a propósito de la inmortalidad de Sócrates era muy simple, pero puede ayudarnos, según creo, a introducirnos en el caso más complejo

de los argumentos jurídicos.

Para ello, conviene empezar por establecer qué es lo que puede considerarse como un problema jurídico que, por tanto, puede desencadenar un proceso argumentativo. Si nos limitamos al campo de la aplicación del Derecho, podemos convenir quizás en que un problema jurídico comienza con una pregunta del tipo «¿cómo se debe solucionar el caso (real o ficticio) x»?, para la que hay que encontrar una respuesta de la forma» al caso x debe aplicársele la solución y». Entre el problema y la solución tendremos que contar, por lo menos, con un enunciado empírico de la forma «x ha tenido lugar», y uno normativo que correlacione el caso y la solución: «en los casos X (y x está excluido en X) debe ser y».

Antes de seguir adelante conviene todavía aclarar la noción de «caso» y de «solución» [sigo aquí a Alchourrón y Bulygin, 1973]. Los casos se definen a partir de propiedades y pueden ser abstractos o concretos. Por ejemplo, la muerte de A ocasionada por B, C y D en las circunstancias E, o la acción del señor S al decir en determinadas circunstancias «todos los soldados son asesinos potenciales» son casos concretos. El homicidio en riña tumultuaria y las injurias al ejército son casos abstractos. Los supuestos de hecho de las normas establecen casos abstractos y los problemas jurídicos pueden referirse a casos abstractos o concretos [en general puede decirse que la dogmática se centra en los primeros y los jueces y órganos aplicadores del Derecho en los segundos]. De forma parecida, las soluciones -que son enunciados que constan de una acción y de un operador deóntico- pueden ser también concretas o abstractas. La imposición a B, C y D de la pena de diez años y un día de prisión mayor o la absolución del Sr. S son soluciones concretas. La fijación de la pena de prisión mayor para el homicidio en riña tumultuaria o de prisión menor para las injurias al ejército son soluciones abstractas. Se puede entonces utilizar las minúsculas para referirse a casos o soluciones concretas (el caso x o la solución y) y las mayúsculas para aludir a casos abstractos y soluciones abstractas (el caso X o la solución Y); se parte también de que x está incluido en X e y en Y. Los casos concretos, sin embargo, pueden considerarse como más complejos que los abstractos en cuanto que plantean por lo menos dos problemas que no se dan en los otros: el problema de determinar si efectivamente ha ocurrido x; y el de fijar una solución concreta para el mismo: y. Si se parte, como aquí se hace, de casos concretos, el tipo de argumentación más simple podría representarse así:



En el diagrama, O representa un operador deóntico, cualquiera que este sea. Por otro lado, se prescinde también -como igualmente haré en lo sucesivo- de la cuestión del paso de Y a y. En realidad, esto último no significa simplificar demasiado las cosas, pues con frecuencia las soluciones previstas en las normas son ya soluciones inequívocamente determinadas, de manera que no hay mayor problema en pasar de la solución abstracta a la concreta; por ejemplo, cuando una norma establece que son nulos los matrimonios contraídos por error en la persona o por alguna circunstancia que vicie el consentimiento, o que el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco anos a petición de cualquiera de los cónyuges es causa de divorcio.

Ahora bien, en forma semejante a lo que sucedía en el ejemplo tradicional de silogismo, podría ocurrir ahora que nos encontráramos con problemas de falta de información o de información contradictoria, a propósito de las siguientes circunstancias:

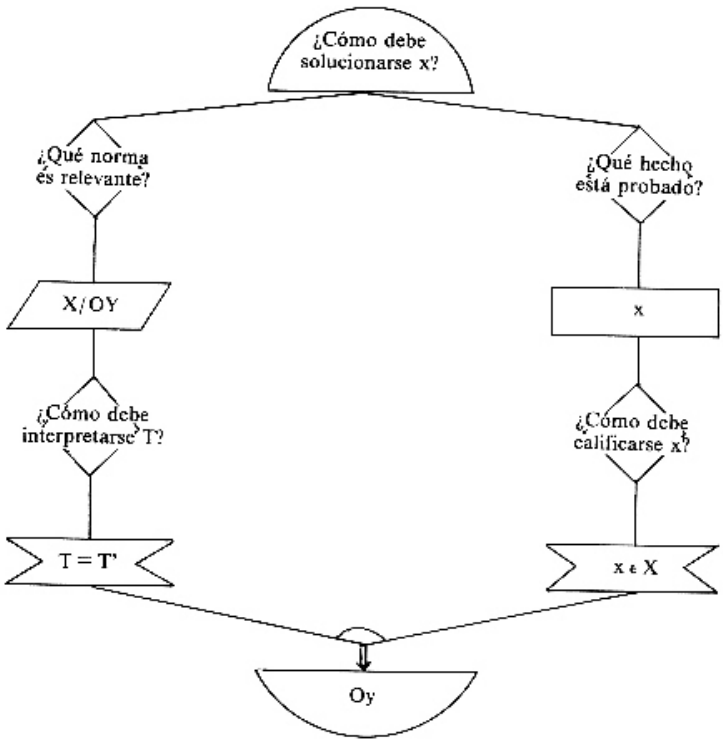
1) Existen dudas sobre qué norma haya que aplicar al caso x. Llamaré a estos problemas [aquí, como en los otros tres supuestos, sigo a MacCormick, 1978, págs. 65 y sigs.] problemas de relevancia.

2) Existen dudas sobre de qué manera deben entenderse los términos (todos ellos o algunos de ellos) de la norma X/OY. Llamaré a estos problemas, problemas de interpretación.

3) Existen dudas sobre si x ha tenido lugar. Llamaré a estos problemas, problemas de prueba.

4) Existen dudas sobre si x es un supuesto de X. Llamaré a estos problemas, problemas de calificación.

Esquemáticamente, podría representarse así:



Evidentemente, la solución de algunos casos jurídicos puede requerir resolver problemas de los cuatro tipos o de más de un tipo de los señalados; a veces no es fácil determinar de qué tipo de problema se trata [en particular, puede discutirse si los problemas de calificación y de interpretación son en realidad problemas distintos; no entraré sin embargo aquí en esta cuestión], y casi siempre se producen remisiones de un tipo de problema a otro, de manera que la clasificación anterior vendría a establecer también algo así como tipos ideales de problemas jurídicos. Creo, sin embargo, que la misma constituye un buen esquema inicial para reconstruir conforme a él cualquier caso jurídico real.

A partir de dicho esquema, puede pasarse a considerar la argumentación jurídica como un proceso (el proceso para solucionar un problema jurídico) en el que cabe distinguir los siguientes estadios:

1. Identificación del tipo de problema que hay que resolver. En lo que sigue voy a considerar únicamente los problemas de relevancia, si bien parto de la hipótesis de que los otros problemas son susceptibles de un tratamiento análogo.

2. Determinación de si se trata de una situación en que existe una insuficiencia de información (es decir, de si existe una laguna [2.l.]) o bien un exceso de información (una contradicción [2.2.[1]]). Los problemas de redundancia, o bien son casos aproblemáticos (es decir, existe realmente redundancia) o bien pueden considerarse como casos de información insuficiente (que se transforma en redundante cuando se añaden premisas que se entienden implícitas).

3. Establecimiento de hipótesis, esto es, de nuevas premisas. Aquí deben introducirse las siguientes consideraciones:

3.1. Si se trata de un problema de insuficiencia de información, entonces es preciso efectuar un paso desde la información disponible (la norma dada: X'/OY) a la información que podría permitir resolver el caso (una nueva norma). Aquí cabe todavía efectuar tres hipótesis distintas, en cuanto que esa nueva norma podría consistir en:

3.1.1. Una norma de la forma X' v X/OY, es decir, una norma que consista en una ampliación del supuesto de hecho respecto de la norma inicial y que contiene ya el caso x.

3.1.2. La negación de esa norma, a la que llamaré negación externa (débil), y cuya forma sería -(X'vX/OY). Dicha negación viene a expresar que no existe, no cabe construir, no tiene vigencia, etc., una norma de la forma X'vX/OY.

3.1.3. Una norma de la forma -X'/-OY, a la que llamaré negación interna (fuerte) de la norma Y/OY.

3.2. Si se trata de un problema de información contradictoria (por ejemplo, se parte de que existe una norma N1: X/OY y una norma N2: X/-OY), entonces el paso debe darse en el sentido de suprimir bien N1 o bien N2 (pero no las dos). Suprimir N1 significa confirmar o justificar N2, y viceversa.

4. Justificación de las hipótesis, lo que implica justificar el paso desde las premisas iniciales a las nuevas premisas. Aquí, de nuevo, es preciso distinguir diversos supuestos y efectuar varias consideraciones al respecto:

---

[1] Véase el esquema al final del trabajo.

4.1. En el supuesto de laguna, los argumentos a efectuar para la justificación del paso en cuestión podrían llamarse argumentos analógicos en sentido amplio. Pero hay que distinguir todavía tres tipos de argumentos analógicos: la analogía en sentido estricto, la no analogía y el argumento e contrario. Dentro del primer tipo, es decir, dentro de los argumentos analógicos en sentido estricto, cabe hacer todavía una subdistinción entre argumentos a pari y a fortiori.

4. 1. 1. Lo que tienen en común estos dos tipos de argumentos analógicos en sentido estricto (argumentos a pari y a fortiori) es que se usan para llegar a un mismo resultado, esto es, para justificar una norma de la forma X'vX/ OY. El procedimiento de justificación difiere, sin embargo, en el siguiente sentido:

4.1.1.1. En los argumentos a pari, en favor del paso de X'/OY a X'vX/OY se aducen tres enunciados de la siguiente forma:

- Un enunciado que establece que los casos semejantes deben tener la misma solución jurídica. Llamaré a este enunciado principio de igualdad de trato (PI).
- Un enunciado empírico que establece que X y X' son semejantes en las propiedades A, B y C. Llamaré a este enunciado, enunciado de semejanza (ES).
- Un enunciado valorativo que establece que las propiedades en cuestión son las propiedades esenciales del caso. Llamaré a este enunciado, enunciado valorativo de relevancia (EVR).

4.1.1.2. En los argumentos a fortiori, cabe todavía establecer dos supuestos, según se trate de argumentos de menor a mayor o de mayor a menor:

4.1.1.2. 1. En los argumentos de menor a mayor, en favor del paso de X'/OY a X'vX/OY se aducen tres enunciados de la siguiente forma:

- Un enunciado que establece que si está prohibido lo menos, está prohibido lo más. Por ejemplo: si está prohibido ir a más de 100 km/h (=es obligatorio ir a menos de 100 km/h), cuando la carretera no esté iluminada (V), entonces está prohibido también ir a más de 100 km/h cuando se circula por la noche y hay niebla (X). Llamaré a este enunciado, principio de prohibición (PPh).
- Un enunciado empírico que establece que X tiene una propiedad que se daba en X'(dificultades de visibilidad), en un grado mayor que Y. Llamaré a este enunciado, enunciado empírico de mayor intensidad (EEM).

- Un enunciado valorativo que establece que una determinada propiedad (en el ejemplo, las dificultades de visibilidad) es una propiedad esencial del caso. Llamaré a este enunciado, enunciado valorativo de relevancia (EVR).

4.1.1.2.2. En los argumentos de mayor a menor, en favor del paso de X'/OY a X'vX/OY se aducen tres enunciados de la siguiente forma:

- Un enunciado que establece que si está permitido lo más, entonces está permitido también lo menos. Por ejemplo, si en una carretera con dos carriles por cada lado (X) está permitido circular a más de 120 km/ h, entonces si se trata de una autopista (X) también está permitido ir a más de 120 km/h. Llamaré a este principio, principio de permisión (PP).
- Un enunciado empírico que establece que X tiene una propiedad que se daba en X' (el peligro que supone circular por una carretera) en un grado menor que Y. Llamaré a este enun ciado, enunciado empírico de menor intensidad (EEN).
- Un enunciado valorativo que establece que la propiedad en cuestión es una propiedad esencial para el caso. Llamaré a este enunciado, enunciado valorativo de relevancia (EVR).

4.1.2. En el caso de la no analogía, hay que justificar que el paso que se pretende dar en 4.1.1. no es posible. Para ello bastará con rechazar alguno de los tres enunciados que constituyen (conjuntamente) la justificación en los supuestos de argumento a pari (4.1.1.1.) y de argumento a fortiori, bien se trate de argumentos de mayor a menor (4.1.1.2.1.) o de menor a mayor (4.1.1.2.2.). En la práctica, sin embargo, no parece que quepa rechazar los enunciados que enuncian principios (PI, PPh o PP), por lo que la argumentación se centrará en rechazar alguno de los enunciados empíricos (ES, EEM o EEN, en cada caso), o de los enunciados valorativos que establecen cuál es la propiedad relevante o esencial (EVR).

4.1.3. En el caso del argumento e contrario, en favor del paso de X'/ OY a -X'/ OY hay que aducir dos enunciados de la siguiente forma:

- Un enunciado que afirma que lo no establecido expresamente en el supuesto de hecho de una norma jurídica debe resolverse en sentido contrario a dicha norma (o sea, negando la solución de la norma). Llamaré a este enunciado: principio de la interpretación restrictiva (IR). Este principio, a su vez, puede ser

justificado apelando a otros principios o valores, como por ejemplo el de seguridad jurídica.

- Un enunciado empírico que establece que x no es un caso que caiga dentro de Y. Llamaré a este enunciado, enunciado empírico excluyente (EEE).

4.2. En los supuestos de información contradictoria, los argumentos a aducir para justificar alguna de las hipótesis (que aquí se reducen a dos aunque, naturalmente, podrían ser más de dos) consta de los siguientes enunciados que deben afirmarse conjuntamente:

- Un enunciado empírico que establece que NI (o bien N2) tiene como consecuencia[2] un determinado estado de cosas. Llamaré a este enunciado: enunciado empírico consecuencialista (EEC).

- Un enunciado que establece que el estado de cosas[3] en cuestión es indeseable. Llamaré a este enunciado, enunciado valorativo negativo (EVN).

- Un enunciado que establece la obligación de evitar situaciones que den lugar a juicios de valor negativos. Llamaré a este enunciado, principio de evitación de consecuencias negativas (PE).

5. El quinto y último estadio de la argumentación consiste en pasar de las hipótesis (de las nuevas premisas), una vez confirmadas o justificadas, a la solución. Las soluciones, en los diversos supuestos, serán:

5.1. En los supuestos de laguna.

5. l. l. En los casos de analogía en sentido estricto (argumentos a paro y a fortiori) Oy, que es la consecuencia de aplicar la norma relevante X'vX/OY al caso en cuestión, x.

5.1.2. En los supuestos de analogía negativa no se llega a ninguna solución del problema. Habrá de nuevo que volver a plantear la cuestión e intentar ver si cabe la analogía en alguna otra dirección, o bien el argumento e contrario.

5.1.3. En el supuesto de argumento e contrario la solución será -Oy, que es la consecuencia de aplicar la norma relevante
-X'/-OY al caso x.

---

[2] El término «consecuencia» lo empleo en el más amplio sentido posible, incluyendo, por tanto, las consecuencias normativas.

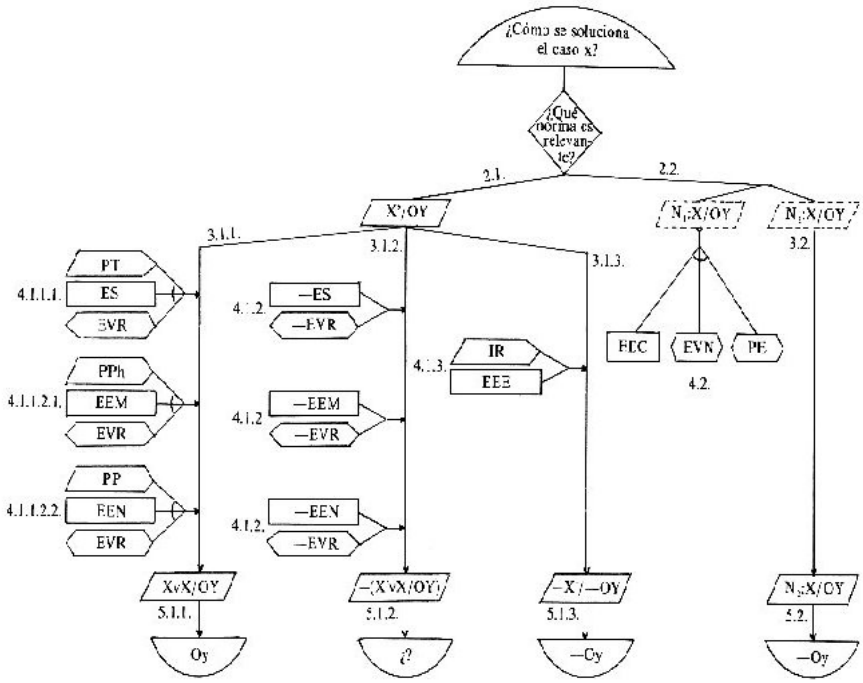
[3] «Estado de cosas»incluye también, pues, los estados de cosas normativos.

5.2. En los supuestos de contradicción (y suponiendo que la norma negada sea N1, lo que quiere decir que ha quedado confirmada N2), la solución será -Oy, que es la consecuencia de aplicar la norma relevante, N2: X/-OY al caso x.

V

Todo lo visto en el anterior apartado puede sintetizarse en el siguiente esquema que, en mi opinión, ofrece una reconstrucción satisfactoria de la argumentación jurídica que se produce cuando hay que resolver problemas de relevancia. Dicho esquema -quizás con algunas modificaciones- podría extenderse también a los procesos de argumentación que surgen como consecuencia de problemas de interpretación, de prueba o de calificación.

Por lo demás, la principal conclusión de este trabajo es que en el Derecho (y quizás en cualquier otro campo) existen básicamente dos formas de argumentación, la analogía y la reducción al absurdo, y un número indeterminado de argumentos sustantivos, es decir, de enunciados o conjuntos de enunciados que cabe utilizar para la justificación de los pasos a dar en el contexto de estas dos formas y de las posibles combinaciones de estas dos formas.


¿Cómo se soluciona el caso x?
¿Qué norma es relevante?
2.1.
2.2.
X;OY
N1;X/OY
N2;X/OY
3.1.1.
3.1.2.
3.1.3.
3.2.
PT
ES
EVR
4.1.1.1.
—ES
—EVR
4.1.2.
IR
EEE
4.1.3.
EEC
EVN
PE
4.2.
PPh
EEM
EVR
4.1.1.2.1.
—EEM
—EVR
4.1.2.
PP
EEN
EVR
4.1.1.2.2.
—EEN
—EVR
4.1.2.
XvX;OY
5.1.1.
—(XvX;OY)
5.1.2.
—X;—OY
5.1.3.
N2;X/OY
5.2.
Oy
¿?
—Oy
—Oy

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, Aulis (1987), *The rational as reasonable. A treatise on legal justification*, Reidel, Dordrecht/Boston/Tokyo.

Alchourrón, Carlos, y Bulygin, Eugenio (1974), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.

Alexy, Robert (1989), *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (trad. de M. Atienza e I. Espejo de la ed. alemana de 1978: *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt a.M.).

Lorenzen, Paul (1973), *Pensamiento metódico*, Sur, Buenos Aires.

MacCormick, Neil (1978), *Legal Reasoning and legal Theory*, Clarendom Press, Oxford.

Neumann, Ulfrid (1986), *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgessellschaft, Darmstadt.

Patzig, Günther (1959), *Die aristotelische Syllogistik, Vandenhoeck-Ruprecht*, Göttingen.

Peczenik, Aleksander (1989), *On law and reason*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/ Boston/ London.

Pereda, Carlos (1986), *¿Qué es una falacia?*, en el libro colectivo *Argumentación y filosofía*, Cuadernos universitarios, Universidad Autónoma Metropolitana Iztapalapa, México.

Rottleuthrier, Hubert (1980), *Plädoyer für eine empirische Argumentationstheorie*, en «ARSN», cuaderno, nueva serie núm. 14, págs. 87-118.

Savigny, Elke von (1976), *Argumentation in der Literaturwissenschaft*.

Schroth, Ulrich (1980), *Eine Methode derformalen Rekonstruktion von Gerichtsurteilen*, en «ARSP», cuaderno, nueva serie núm. 14, págs. 119-126.

Toulmin, Stephen E. (1958), *The uses of argument*, Cambridge University Press.

Toulmin, Stephen E.; Rieke, Richard; Janik, Allan (1984), *An introduc¡ion to reasoning*, MacMillan, New York, 2.ª ed. (1.ª ed., 1978).

LA RESPUESTA CORRECTA ÚNICA Y LA JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN JURÍDICA

1. *Introducción*

La expresión «respuesta correcta única» puede ser considerada en el razonamiento jurídico desde dos puntos de vista: un punto de vista interno, es decir, como respuesta lógicamente adecuada a un conjunto de premisas y reglas de derivación, y desde un punto de vista externo, es decir, como la decisión que armoniza satisfactoriamente puntos de vista antagónicos. Cada uno de estos puntos de vista requiere de una estructura de justificación cuyos elementos difieren sustancialmente entre sí.

A partir de la distinción entre lo que puede considerarse una respuesta jurídica lógicamente correcta, y lo que es una decisión jurídica justificable, en el presente trabajo me propongo en primer lugar establecer el significado de la expresión «respuesta correcta única» en ambos contextos; por otra parte también pretendo analizar los elementos que caracterizan una justificación suficiente en el campo de las decisiones jurídicas.

Voy a considerar el proceso que lleva al juez a producir una decisión dentro del marco general de la teoría de la decisión racional, con el fin de caracterizar los rasgos especiales de la elaboración de esa decisión, y también los relativos a la estructura de justificación de la misma. En este sentido es importante tener en cuenta que aunque la decisión jurídica incluya de manera necesaria el proceso de inferencia jurídica, como búsqueda de la respuesta correcta dentro de un sistema de premisas, aquélla no es co-extensiva con ésta, y demanda de una justificación vinculada con los elementos propios de la toma de decisión bajo incertidumbre.

En buena parte del desarrollo de mi punto de vista, mantendré diversos diálogos con el trabajo de Manuel Atienza «Para una Teoría de la Argumentación Jurídica», en el que el autor considera el problema de la relación entre los métodos de repre-

sentación de la argumentación y la argumentación misma; y más extensamente con el trabajo de Aulis Aarnio «One Right Answer and the Regulative Principle of Legal Reasoning». En este trabajo Aarnio procura demostrar por qué es importante la justificación del razonamiento jurídico, y cómo puede alcanzarse la misma. Su punto de partida se localiza en la llamada «actitud crítica», que niega la posibilidad (ontológica y epistemológica) de una única respuesta correcta en el razonamiento jurídico; a pesar de lo cual, según Aarnio, puede llegarse a una justificación del mismo.

Voy a sostener que la elaboración y justificación de una decisión jurídica posee una estructura y un procedimiento que le es propio, y que dicha estructura se diferencia de la de otras instancias del razonamiento jurídico. Así, mientras un juicio acerca de su coherencia es suficiente para la justificación de una inferencia jurídica, en el caso de la decisión jurídica la evaluación de la misma además del señalado juicio de coherencia, se vincula a un complejo proceso de justificación que es inseparable del momento de la construcción de la decisión.

2. *La Inferencia Jurídica: La respuesta correcta en el marco de un sistema*

El marco básico para el razonamiento jurídico es el sistema de normas, cuyos rasgos particulares van a influir en los métodos a ser empleados en la elaboración y justificación de la inferencia jurídica. Tales peculiaridades se refieren especialmente a la coherencia, extensión, y tipo de orden que caracteriza a dicho sistema. Las características propias del sistema de normas hacen que en los procesos de derivación sólo pueda emplearse un álgebra blanda que no ofrece soluciones puntuales, sino solamente las soluciones lógicamente posibles dentro del sistema [Barragán/89-a]. Las llamadas soluciones lógicamente posibles son aquellas que guardan coherencia con las premisas utilizadas y con las reglas de derivación aceptadas dentro del sistema. A fin de determinar el alcance de la justificación que puede lograrse en el ámbito de la inferencia jurídica, examinaremos el concepto de solución en la Teoría General del Comportamiento Racional.

Dentro del marco de la Teoría General del Comportamiento Racional el concepto de solución es extremadamente importante tanto desde el punto de vista descriptivo como normativo. Considerado en su aspecto normativo, el concepto presenta un procedimiento o grupo de procedimientos (llamados solución) que

ofrecen buenas razones para actuar conforme a ellos; y en su aspecto descriptivo, la teoría provee de una caracterización acerca de las condiciones bajo las cuales la solución es posible.

Formalmente la solución consiste en un conjunto de restricciones, que definen el espacio de soluciones posibles, y una regla de decisión que permite elegir la llamada solución única. Tanto las restricciones como la regla de decisión pueden ser cambiadas, con lo que un mismo problema puede ser resuelto en un sentido u otro, según sea el marco considerado. Como es natural, la coherencia de una solución se encuentra siempre referida sólo a su marco de referencia; y según puede inferirse de la existencia de diversas soluciones únicas en problemas de negociación [Nash/50, Kalai-Smorodinski/75], en el ámbito de la Teoría de La Acción Racional el concepto de solución única tiene sentido estrictamente dentro de un marco de restricciones (incluidas las premisas seleccionadas) previamente aceptado, por lo que no puede ser empleado como justificación externa en una decisión. Esto último requeriría de una valoración exhaustiva de las restricciones establecidas, de las reglas de derivación empleadas, como asimismo de las consecuencias prácticas que la aceptación de las mismas pueden llegar a producir. Esta última evaluación traerá como consecuencia preferir una solución coherente a otra solución coherente, en razón de considerarla más aconsejable para el logro de un determinado fin.

El concepto de solución única, en consecuencia, puede ser de gran utilidad en el campo de la inferencia jurídica, ya que ayuda en principio a eliminar las soluciones que son incoherentes con las premisas y reglas de derivación aceptadas; pero supone un acuerdo previo acerca de éstas que no siempre corresponde con la realidad. Sin embargo, cuando se la alcanza, la solución única funciona como una información especialmente relevante en la toma de decisiones jurídicas.

3. *La Decisión Jurídica: Selección de la mejor alternativa*

Tal como lo hace Aarnio en el trabajo citado, vamos a considerar al juez como «un decisor racional que bajo condiciones de incertidumbre procura maximizar la certidumbre legal». El concepto de decisor racional es clave en la Teoría del Comportamiento Racional, y se aplica al decisor que es capaz de ordenar de manera clara y consistente las prioridades o preferencias involucradas en la decisión; de modo que al momento de seleccionar entre soluciones alternativas, lo hace basándose en una cuidado-

sa evaluación de las ventajas y desventajas que tal selección involucra.

El valor cuya maximización se procura mediante la decisión es siempre el punto de referencia para evaluar tales ventajas y desventajas. Así, en la toma de decisiones individuales, en la medida que se persiguen fines también individuales, se procurarán maximizar las utilidades individuales; mientras que en las decisiones en el entorno social el decisor debe maximizar una determinada utilidad social, para lo cual tiene que armonizar puntos de vista antagónicos, incluido el suyo propio. Este tipo de decisión implica dificultades mayores que el de las decisiones individuales, ya que a los problemas generales de ordenamiento coherente se unen los derivados de la interacción de posiciones individuales. El primer tipo de decisiones se escenifica en el terreno de la Teoría de la Utilidad y de la Decisión, mientras que las segundas se ubican en el campo de la Teoría de los Juegos y de la Ética [Harsanyl/ 88].

En el caso particular del decisor jurídico, el valor social a maximizar sería el de la certidumbre legal; meta que como es natural, se logra reduciendo la incertidumbre. Asimismo, resulta claro que esta decisión se escenifica en el terreno de la interacción social, razón por la cual deberá confrontar todos los problemas que caracterizan ese tipo especial de decisión.

Dentro de ese particular campo corresponde preguntarse qué tipo de justificación puede considerarse suficiente para una toma de decisión bajo incertidumbre en el entorno social, cuando la misma procura maximizar la certeza legal. En el caso de la justificación interna de la inferencia jurídica el de la coherencia representa un ámbito suficiente para evaluar el razonamiento; pero en el caso de la decisión parece claro que no es suficiente. En efecto, toda decisión tiene por objeto transformar un mundo previo en otro posterior, modificado precisamente por efecto de esa decisión. En este proceso, la coherencia lograda en la inferencia jurídica juega un papel necesario pero no suficiente para la justificación de la decisión, ya que en ésta la base argumental es mucho más amplia, incluyendo datos de origen empírico, valorativo, político, ético, etc. [Barragán/ 89-b].

El hecho de que la decisión jurídica sea interactiva, transformadora del mundo, y de base poliargumental, hace que la justificación de la misma esté internamente ligada con el proceso de construcción de la decisión; esto equivale a decir que no es posible producir una justificación aceptable de una decisión que ya ha sido construida con anterioridad, si en ella no se han respetado los procedimientos que la legitiman. De manera que el análi-

sis del proceso de construcción de la decisión es imprescindible si se desea determinar si la misma está justificada o no respecto de la meta general de maximización de la certidumbre jurídica. Por esta razón encuentro inadecuada la expresión que Aarnio usa en su trabajo, cuando al referirse a la mejor justificación posible la describe como «un intento de convencer a otra persona del valor de las razones.» El hecho de que se hable de «convencer» disocia el momento de la construcción del momento de la justificación de una manera inaceptable en el marco de una decisión interactiva bajo incertidumbre. Esta disociación tiene importantes repercusiones en lo que luego pueda considerarse la mejor justificación posible, y se corre el riesgo de reducir la justificación de la decisión jurídica a un mero intercambio de verbalizaciones posterior a la decisión misma.

El hecho de que la decisión judicial sea una decisión interactiva bajo incertidumbre genera algunas consecuencias importantes. En primer lugar supone que la misma debe elaborarse a través de un proceso de interacción que naturalmente incluye la idea general de diálogo como intercambio activo de opiniones dentro de un marco semántico; pero la idea de interacción rebasa a la de diálogo, ya que incluye otro tipo de intercambios. Esto cobra un sentido más claro si se considera que toda decisión bajo incertidumbre se inicia con una creencia inicial (probabilidad a priori) apoyada en la información que el decisor tiene acerca de un problema [De Finetti/89 y Savage/70 y Press/89]. En el caso de la decisión jurídica esta información incluye el conjunto de las posibles respuestas coherentes con el sistema de normas, pero además incluye también información acerca de circunstancias empíricas, acerca de los valores, creencias e intereses implicados en la decisión (incluidos los del propio decisor). En el proceso de interacción, tal información será apropiadamente corregida y objetivada, para dar lugar a nuevas creencias (probabilidad a posteriori), en sucesivos momentos. El intercambio entre el decisor y el destinatario de la decisión no es sólo un intercambio que tiende a «disminuir la diferencia entre sus opiniones» (Aarnio), sino que su finalidad es la de reducir sustancialmente la incertidumbre jurídica, meta que le hemos fijado inicialmente al decisor, y que va mucho más allá de lograr una argumentación aceptable en un caso determinado o en la interpretación de una normativa. En cierto tipo de decisiones jurídicas la fuerza de la interacción puede aparecer un tanto diluida; pero en otras, como por ejemplo las referidas al establecimiento de una ley determinada, o aquellas en que los insumos materiales son complejos y de origen muy diverso, la vitalidad del intercambio interac-

tivo es lo único que puede ayudar a la buena elaboración y justificación de la decisión jurídica.

Naturalmente que todo el proceso interactivo de construcción de una decisión jurídica se hará más transparente, y en consecuencia contribuirá mejor a modificar la probabilidad a priori, si es pública y ampliamente argumentado. En este sentido la publicidad y la exposición abierta de razones constituyen una herramienta poderosa para corregir y ponderar con mayor acierto la información incorporable en la decisión. Pero esa publicidad no es sólo un factor de control de las razones expuestas acerca de una decisión ya elaborada, sino que es una fuente compleja, e infinitamente sustanciosa de modificación de la probabilidad que el decisor asigna a una determinada alternativa al momento de elaborar la decisión. Por esta razón no puedo coincidir con Aarnio cuando para señalar la importancia de las «razones abiertamente escritas» (públicas) lo hace sobre la base de que «de otra manera no podemos controlar el procedimiento real de razonamiento y sus resultados». De lo que se trata es de dar cabida en la elaboración de la decisión al mayor número posible de correctores de la probabilidad a priori. Pero este rol de la publicidad no puede ser percibido si se escinde artificialmente el momento de construcción de la toma de la decisión del de su justificación. En el marco de la toma de decisión racional no hay un momento de construcción y otro diferente de justificación, sino que esta última obtiene su aceptabilidad a partir del modo en que aquélla se produce. Esto significa que la justificabilidad de una decisión jurídica no se deriva de una buena exposición de razones (incluso si ella no apela a ninguna forma de coerción o manipulación), sino de haber reducido efectivamente la incertidumbre jurídica. En consecuencia la mejor justificación no es aquella de cuyo proceso se han eliminado los factores que puedan entorpecerla (Aarnio), sino la que surge de haber eliminado del proceso de construcción de la decisión los factores que pueden perturbar la reducción de la incertidumbre.

4. *Sobre el Hércules dworkiniano y otros Hércules...*

El Super-Juez de Dworkin mencionado por Aarnio, Hércules J., parece haber resuelto todos los problemas de incertidumbre, ya que no sólo posee información ilimitada acerca del asunto a decidir, sino que también dispone de todo el tiempo y la capacidad necesarios para tomar la decisión. Bajo estas condiciones podría esperarse que Hércules J. logre una respuesta jurídica úni-

ca, y que además pueda exhibir muy buenas y coherentes razones para justificar tal respuesta. Si nos estuviésemos refiriendo sólo a una inferencia jurídica, esto sería aceptable, en la medida en que Hércules J. con un algoritmo (finito) suficientemente alimentado y operado durante el tiempo necesario, se empeñara en esa búsqueda; pero como el problema de que se trata es el de producir una decisión jurídica, Hércules J. no puede comportarse como un operador de algoritmos sino como un decisor racional cuya meta es la maximización de la certeza legal. En el propio momento en que Hércules J. debe enfrentarse a una toma de decisión interactiva bajo incertidumbre, su panorama se complica, y los niveles de probabilidad de lograr una respuesta correcta única caen abruptamente como resultado de la interacción, que llega acompañada de intereses antagónicos, de valoraciones diversamente fundadas, y de un manejo desigual de las bases materiales de la información.

Respecto de Hércules J. coincido con la afirmación de Aarnio (aunque no tanto con sus argumentos) acerca de que «es imposible aún para Hércules J. detectar una única respuesta correcta, y en consecuencia es imposible argumentar acerca de ella»; y es imposible porque las poderosas herramientas de que Hércules J. ha sido idealmente dotado (disponibilidad de información ilimitada, tiempo ilimitado, capacidad, etc.) están especialmente diseñadas para facilitar la inferencia, pero su utilidad es limitada en el momento de construir decisiones. Tales herramientas no ayudan a Hércules J. a discutir acerca del valor de sus propios puntos de partida (premisas), como tampoco pueden ayudarlo a articular los intereses discrepantes de los afectados por la decisión, ni a seleccionar en el espacio de respuestas coherentes con el sistema de normas aquella más valiosa desde el punto de vista de la ética colectiva. Tales herramientas no pueden entonces ayudar a Hércules J. en el proceso de alcanzar su meta como decisor, es decir, maximizar la certidumbre jurídica; y si tal como lo creemos el proceso de construcción de la decisión es inseparable del de justificación de la misma, tampoco en este último ámbito Hércules J. podrá alcanzar el éxito.

Pero cabría preguntarse si esa situación ideal de que se dota a Hércules J. cumple alguna función de importancia en la estructura de justificación de la decisión jurídica, además de la ya señalada de facilitar el momento de la inferencia jurídica. Aarnio se inclina por considerar que la situación ideal «Hércules J.» u otra situación ideal análoga cumplen la función crucial de «ofrecer el criterio para la crítica. Sin tal medida es imposible, por ejemplo, evaluar decisiones». Y esta afirmación sirve a Aarnio

como base para introducir la situación ideal Comunidad jurídica II como criterio de evaluación de la decisión jurídica.

Habría que señalar que para Aarnio la Comunidad jurídica II es un constructo ideal que consiste en el conjunto de todos aquellos que se ciñen a las reglas de la Racionalidad Discursiva, distinguiéndola de la Comunidad jurídica I que es la comunidad concreta que existe en la práctica jurídica. La Comunidad Jurídica II como ya dijimos cumple para Aarnio un papel decisivo en la evaluación de la decisión jurídica, ya que la meta del decisor jurídico sería la de «tratar de alcanzar una solución y una justificación tales que la mayoría de las personas racionalmente pensantes pueda aceptarla como una solución propia».

Se pueden hacer algunos comentarios sobre este principio de Aarnio. Si la Comunidad jurídica II es una construcción ideal tal como él lo señala, entonces hay que aceptar que tal Comunidad es un cuerpo de conceptos que pueden ayudarnos a buscar y lograr una solución, pero utilizando esta palabra sólo en el sentido de las soluciones *únicas* de Nash o de Kalai-Smorodinski, es decir, como solución dentro de ese cuerpo de conceptos. Desde luego que en ningún caso puede ayudarnos a decidir acerca de cuál es la mejor solución, con lo que no serviría como criterio externo de justificación de una decisión. El propio Aarnio cuando analiza la función de la Racionalidad-D en el resultado final de una decisión, sostiene que éste «no depende solamente de los standards de racionalidad... sino también de los insumos (*materiales de la decisión*)... Aún más, (*el resultado final*) está conectado también con cosas distintas de la racionalidad, como por ejemplo los deseos e intereses del decisor». De esto se puede inferir que tanto las bases materiales de la decisión como los deseos e intereses del decisor son considerados independientes de la Racionalidad-D, y en consecuencia de la Comunidad jurídica II, con lo que ésta quedaría descalificada como criterio de justificación de la decisión jurídica.

Por otra parte, es poco claro qué puede significar en una construcción ideal como la Comunidad jurídica II la regla de la mayoría utilizada por Aarnio. Aun si aceptamos la difícilmente aceptable idea de que tiene sentido hablar de mayoría refiriéndose a un cuerpo de conceptos, quedaría otro problema por superar: los elementos ideales del conjunto, a pesar de que adhieren a las obligaciones derivadas de la Racionalidad-D, son sin embargo definidos en otros aspectos como no homogéneos, y pueden representar códigos morales muy diferentes. Esta circunstancia tiene una relevancia muy especial, ya que la regla de la mayoría no es buen criterio para utilizar en poblaciones heterogéneas; y

si la heterogeneidad se observa en una variable tan relevante en la decisión como lo es el código moral, la regla sería inaplicable. Además, si la Comunidad jurídica II es definida como homogénea sólo en lo relativo a la racionalidad, insistir en utilizarla como criterio de justificación de la decisión, equivaldría a reducir esta última al solo ámbito de la racionalidad, alternativa que el propio Aarnio rechazaría en el terreno de la decisión jurídica.

El problema que presenta Hércules J. y otros modelos ideales como la Comunidad jurídica II, es que al tratar con una situación ficticia, no poseen (por definición) la capacidad informativa necesaria para reducir la incertidumbre de una manera real; de modo que cuando se los emplea en la evaluación de la decisión jurídica, esta evaluación se convierte en una mera comparación de la decisión con un modelo conceptual normativo, pero no en un proceso de reducción de la incertidumbre jurídica. Pareciera que sólo la información real aportada en los procesos de interacción es capaz de corregir la probabilidad a priori del decisor.

5. *Los mecanismos de la justificación en una decisión jurídica*

Hasta el momento hemos sostenido que ningún constructo ideal puede ayudar a modificar la probabilidad a priori del decisor jurídico, ya que tal modificación sólo puede producirse mediante la incorporación de información relevante al problema de decisión de que se trate. Entendido este proceso de incorporación como comprensivo de los dos aspectos que Atienza señala: agregación y/ o eliminación respecto de la información preexistente.

Ahora bien, esa incorporación de la información tiene por finalidad corregir la probabilidad a priori del decisor, probabilidad que ha sido definida en base a datos de origen empírico, teórico, normativo y valorativo. Tal probabilidad a priori llevaría al decisor de buena fe, a preferir una alternativa a otra; esto significa, en los diferentes ámbitos en que se desenvuelve el razonamiento jurídico, inclinarse por una determinada interpretación, o dictar una sentencia específica, o proteger en una ley un interés y no otro. Sin embargo, la probabilidad a priori no es certeza, y aun en el caso que lo fuera, el solo hecho de plantearse un proceso de construcción de una decisión, indica la disposición del decisor a corregirla a la vista de cada nueva información relevante, que puede provenir de los orígenes ya señalados.

En este punto coincido en lo sustancial con Atienza cuando sostiene que bajo ciertos supuestos... «argumentar sólo puede

significar añadir nuevas informaciones o bien eliminar informaciones preexistentes»... Debo señalar que en el ámbito de la decisión jurídica la definición de Atienza es aplicable a todo asunto no trivial, porque de lo contrario el mismo no estaría sujeto a decisión.

Este papel corrector de la probabilidad a priori que cumple la información, determina que el tiempo en el que la misma tiene que ser incorporada no puede ser arbitrario, sino que debe darse en el interior del proceso de construcción de la decisión. Esto se debe a que en el momento en que la decisión queda tomada, no sólo se agota el proceso de su construcción sino también el proceso de su justificación. La argumentación se presenta entonces como el intercambio activo entre el decisor y otra parte interesada o afectada por la decisión, que permite construir la probabilidad a posteriori que dará lugar a la elaboración de la decisión.

En cuanto a las bases argumentales más utilizadas en la elaboración de una decisión jurídica, se encuentran las empíricas, las derivadas del sistema de normas, las derivadas de principios valorativos, y las derivadas de constructos conceptuales. Por otra parte, la decisión está también influenciada por todas las formas de condicionamiento del decisor que lo llevan a ubicarse en una perspectiva inicial determinada, cosa que también sucede con los destinatarios de la decisión.

El mejor método para la corrección de las bases argumentales y para la objetivación de los condicionamientos que operan en el proceso de decisión, pasa por el carácter interactivo de la toma de decisión en el entorno social. Sin la interacción (estimulada por la publicidad de tal proceso) en la construcción de la decisión, muy probablemente los elementos correctores de la probabilidad a priori tenderían a adquirir importantes e inevitables sesgos que afectarían eventualmente la certidumbre jurídica.

6. *Conclusión*

El tema de la posibilidad de una respuesta correcta única en el razonamiento jurídico puede ser planteado en dos marcos diferentes: uno es el de la inferencia jurídica, entendiendo por tal la deducción de consecuencias a partir de ciertas premisas, utilizando determinadas reglas de derivación; el segundo marco es el de la toma de decisión jurídica, que supone la elección de una alternativa entre varias, con el fin de hacer máximo un valor específico (la certeza jurídica).

El campo jurídico en el que el primer marco tiene especial senti-

do es el de la interpretación de una norma en el contexto global del sistema. En este entorno la posibilidad de una respuesta correcta única es remota, sino inexistente, ya que el sistema de normas no es un sistema axiomatizado sino natural, y en consecuencia, cada intérprete puede (sin violentar el sistema) apelar a premisas diferentes de las utilizadas por el otro intérprete, lo que naturalmente producirá conclusiones diversas. Sin embargo, tales conclusiones pueden ser ambas coherentes respecto de su cuerpo de premisas. En este sentido resulta particularmente útil considerar el concepto de «solución única» en la Teoría de la Acción Racional, ya que dicha solución ha probado ser (mediante las investigaciones de Nash y Kalai-Smorodinski) única sólo respecto de un determinado set de restricciones y reglas. Como puede verse, la posibilidad de una respuesta correcta única en el campo de la inferencia jurídica queda reducida al caso trivial de que todos los intérpretes coincidan de una vez y para siempre en la selección de las premisas, y también en la aceptación de las reglas de derivación. Resulta innecesario argumentar acerca de lo infrecuente de semejante caso.

El entorno en el que cobra especialmente sentido lo que hemos llamado marco de la decisión jurídica, es la producción judicial y legislativa. Aquí la evaluación de la coherencia de la inferencia sólo funciona como un insumo de la toma de decisión, pero no es suficiente para evaluar la justificabilidad de la misma Por esta razón nuevos elementos o bases materiales de la decisión a los que puede llamarse (como Atienza) con el nombre genérico de «pruebas» son incorporados en el escenario de la justificación, lo que como es natural aleja toda posibilidad de respuesta correcta única. Porque si es infrecuente que los intérpretes coincidan en la aceptación de las premisas y la regla, la probabilidad de que ellos también acuerden acerca del valor de los elementos materiales a considerar en una decisión, definitivamente tiende a cero.

El hecho de que no exista una respuesta correcta única en el marco del razonamiento jurídico, no implica renunciar a la posibilidad de justificación del mismo. En el caso de la inferencia jurídica, dicha justificación coincide con el análisis de la coherencia que guardan las consecuencias con las premisas y reglas utilizadas. En el caso de la decisión jurídica, el análisis de la coherencia, siendo necesario no es suficiente. En este entorno particular, a fin de determinar cuál es la justificación aceptable, es necesario en primer lugar acordar acerca del carácter y de la finalidad de la decisión que se elabora. Si acordamos (como parece ser la tendencia generalizada) que la decisión jurídica es una

decisión racional interactiva bajo incertidumbre, cuya finalidad es la de maximizar la certeza jurídica, tendremos que aceptar que el momento de construcción y de justificación son inseparables, ya que como la instancia de validación se encuentra ubicada en el propio momento de elaboración de la decisión, no existe ningún razonamiento posterior a la decisión misma que pueda justificarla.

En cuanto a los mecanismos de justificación, los mismos deberán tender a hacer más transparentes y ampliamente argumentadas las alternativas que se ofrecen al decisor a fin de que el mismo pueda corregir oportunamente su probabilidad a priori. En este sentido el uso de la interacción (con inclusión del diálogo), y de la publicidad de la misma, son los modos más apropiados; pero sólo si se toma en consideración que el momento en que tales mecanismos son utilizados es una condición crucial para la justificación, ya que la finalidad de los mismos es la de aportar información *para* la construcción de la decisión y no información *acerca de* una decisión ya concluida.

BIBLIOGRAFÍA

[*] Aarnio, A. (1989), *One Right Answer and the Regulative Principle of Legal Reasoning*, International Seminar on Legal Theory. Universidad de Alicante.

* Atienza, M. (1989), *Outlines of a Theory of Legal Argumentation*, International Seminar on Legal Theory. Universidad de Alicante.

Barragán, J. (1989-a), «La Inferencia Jurídica», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, núm. 73, Caracas.

——, (1989-b), *La toma de decisiones interactivas*, Friedrich Ebert Stifturig.

De Finetti B. (1989), *La logica dell'incerto*, Roma (de la versión francesa/ 1937).

Harsanyi, J. (1988), *Decisión and Game Theoretic Models in Utilitarian Ethics*, Center for Research in Management, Berkeley.

Kalai, E., y Smorodinski, M. (1975), «Other Solutions to Nash's Bargaining Problem», *Econometrica*, vol. 43, 3.

Nash, J. (1950), «The Bargaining Problem», *Econometrica*, 18.

Press, James (1939), *Bayesian Stalistics*, John Willey, N. York.

Savage, L. J. *et al* (1970), *The Foundations of Statistic Injerence-A Discussion*, Methuen & Co. London.

[*] Se trata de los dos trabajos publicados en este mismo número de DOXA.

RATIO ET AUCTORITAS: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA SIGNIFICACIÓN DE LAS DECISIONES RAZONADAS

INTRODUCCIÓN HISTÓRICA

Ya en el siglo IV a.C. el filósofo griego Aristóteles sostuvo que la democracia política era un Estado gobernado por el Derecho. Otra característica de la democracia política es el principio de publicidad que siglos más tarde formuló Bentham de la siguiente manera: «La publicidad es la verdadera alma de la justicia»[1]. En consecuencia, las leyes y los procedimientos jurídicos son de interés público e incumbe al juez presentar públicamente las razones de sus decisiones. Ésta es la idea principal en la que se basa este trabajo.

El título del trabajo, *Ratio et Auctoritas*, alude a la oposición entre la racionalidad de las razones dadas por los tribunales y la autoridad del juez como tal. Históricamente, con la emergencia del «*Rule of Law*» y la aparición del «*Rechtsstaat*», la decisión judicial ha evolucionado claramente desde la autoridad del que toma la decisión a la importancia de la decisión razonada. El Derecho romano consideraba que la principal fuente del Derecho era la autoridad de los juristas y no las razones o fundamentos: *stat pro ratione auctoritas*[2]. Lo mismo puede decirse del Derecho canónico temprano -*si cautus sit iudex, nullam causam exprimet*[3].

A medida que se va desarrollando el procedimiento jurídico, con constancia por escrito y la posibilidad de recurrir contra una decisión, se va haciendo sentir la necesidad de tener razones para las decisiones escritas. En la Europa continental y en los Países

---

[1] Bentham, citado en *Scott v. Scott* (1913), A. C 417, 477.

[2] F. Schultz, *Roman Legal Science*, Oxford, 1946, págs. 17, 61. También J. P. Dawson, *The Oracles of Law*, Ann Arbor, 1968, págs. 103, 108.

[3] Ph. Godding, «Jurisprudence et motivation des sentences de moyen âge à la fin de 18e siècle», *La motivation des décisions de justice*, Bruselas, 1978, pág. 48.

Nórdicos las razones aducidas por el tribunal superior o el supremo iban destinadas solamente a los otros tribunales, manteniéndose más o menos en secreto frente a las partes implicadas y al público en general. Durante el siglo XIX, sin embargo, como consecuencia, *inter alia*, de la revolución francesa, los códigos de toda Europa, a excepción de Inglaterra, prescribían que los tribunales tenían la obligación de declarar las razones de su decisión. Así, la evolución que empezó en la *Auctoritas*, terminó, al menos en ciertos aspectos, en la *Ratio*.

J. P. Dawson, un historiador del Derecho americano, sostuvo la idea de que en Europa central el deber de fundamentar las decisiones judiciales tuvo una gran importancia para el estatus de los tribunales, al obligar a los jueces «a participar en una exposición razonada de reglas jurídicas y al imponerles una responsabilidad directa por las razones que se les exigía publicar»[4]. La historia muestra que este deber de los tribunales creció con el constitucionalismo y el parlamentarismo, fomentados por la Revolución francesa y la caída de la sociedad feudal.

LA SITUACIÓN ACTUAL

Los sistemas jurídicos de Francia, República Federal de Alemania, Inglaterra, Estados Unidos y los Países Nórdicos acentúan la obligación de dar razones para las decisiones judiciales. Aunque este requisito no se exprese en la Constitución o en las prácticas constitucionales de algunos de esos países, puede al menos derivarse implícitamente; este es el caso, por ejemplo, de la moderna Constitución alemana. Ni la práctica constitucional en Inglaterra ni la constitución federal de los Estados Unidos formulan el requisito de las decisiones razonadas en los procedimientos judiciales. Varios Estados americanos, por ejemplo California, recogen en sus constituciones el requisito de que las decisiones deben ser razonadas y escritas. Más aún, la *Rule 52(a) de la Federal Rulesfor Civil Procedure* estipula que los tribunales de distrito federales deben especificar las determinaciones de hecho y las conclusiones de Derecho. No hay, sin embargo, una obligación similar para los tribunales federales superiores. Por lo que se refiere a los tribunales de los estados, las prácticas varían.

En Inglaterra, el *common law* no requiere decisiones razonadas. Sin embargo, en diferentes tipos de casos, por ejemplo en procedimientos de familia, se exigen razones específicas.

[4] Dawson, op. *cit.*, pág. 88.

Conclusiones en torno al estado actual de la cuestión

El deber de formular razones para las decisiones se manifiesta hoy con algunas excepciones como un deber legalmente establecido, y también como opiniones críticas de los tribunales de revisión, seguidas a veces por la suspensión del juicio y la remisión del caso incluso cuando el Código de procedimiento en cuestión no prescribe explícitamente estas sanciones. Las bases comunes para esta práctica son en todo lugar las mismas: la utilidad de las decisiones razonadas.

De todos los ordenamientos jurídicos referidos hasta ahora, sólo el *common law* inglés y los tribunales de apelación federales americanos carecen de reglas que exijan formular las razones de las decisiones. Parecería que hay al menos dos fundamentos en favor de reglas explícitas. Su mera existencia prepara el terreno para que los tribunales se ajusten a su intención, es decir, la del legislador. Una regla o norma jurídica de este tipo sirve también como punto de referencia específico para el tribunal de revisión, el cual cuando critica una deficiencia en el razonamiento puede declarar que se ha violado esta regla. Por otro lado, son los propios tribunales los que en última instancia deciden el alcance de tales reglas, aunque el legislador puede atribuir a su violación una u otra consecuencia jurídica. Sin embargo, los tipos de regla aquí discutidos de vez en cuando pueden verse como una interferencia impropia con la libertad legítima y tradicional de los tribunales y, además, una regla de obligación de declarar las razones, si cubre un área amplia de diversas decisiones judiciales, debe ser necesariamente vaga. Por principio, tal regla sólo puede prescribir que la determinación de los hechos y el razonamiento jurídico del tribunal sean completos. En los fundamentos de las decisiones jurídicas forma y substancia, procedimiento formal y Derecho substantivo, se encuentran. Por lo tanto, es equivocado ver los fundamentos sólo como una cuestión de forma. La forma influye sobre la substancia, y, como ha sido correctamente dicho en un caso inglés, un defecto en la motivación es «una cuestión material de forma»[5].

Declaración equivocada de razones

Al menos en el procedimiento civil una declaración de razones equivocada sólo puede llevar a que el tribunal de revisión

[5] *Re Poyser and Mill's Arbitrarion* (1964), 2 Q. B. 467, 468.

vuelva a redactar los fundamentos con las razones correctas. Una pequeña excepción a esta regla puede verse en el Derecho francés. Cuando una parte de la motivación [*opinión*] de un tribunal es considerada un *excès de pouvoir*, la decisión puede ser declarada nula (*cassée*) aunque el resultado del caso pueda considerarse correcto. Esta peculiaridad del procedimiento francés, esto es, anular el fallo basado sobre ciertos argumentos inapropiados tal y como están expresados en la motivación, tiene naturalmente una explicación histórica.

Omisión de razones

En relación con el razonamiento jurídico que hay detrás de la decisión, los requisitos específicos difieren de un país a otro. Una cosa, sin embargo, tienen en común y es la necesidad de determinar de forma definitiva los hechos del caso.

Procedimiento y razonamiento

Sería una simplificación excesiva concluir simplemente que el requisito de declarar las razones tiene una posición fuerte en aquellos países donde está prescrito por el Derecho y donde la violación conduce a consecuencias en el tratamiento del caso. Aunque esto es verdad, la respuesta puede cambiar si se toma en cuenta todo el campo del Derecho procesal. Por ejemplo, una debilidad en el requisito de dar razones puede compensarse: la exigencia de dar razones puede asumir una forma y una significación diferentes mediante otras reglas de procedimiento. Por tanto, para decidir este punto, tenemos que ver los respectivos procedimientos en general.

De forma un tanto idealizada, puede decirse que los tres tipos de procedimiento aquí implicados son: *la casación*, *la revisión* y *la apelación*[6]. El significado de estos conceptos está ligado básicamente al tribunal supremo de cada sistema, donde se ven con más claridad las diferencias. En un sistema de *revisión*, el tribunal supremo sólo conoce cuestiones de Derecho. En un sistema de *casación*, sólo considera si las decisiones son conformes

[6] «Apelación» proviene del latín «appelare» y aquí se usa para referirse a un sistema donde los tribunales supremo o superior conocen tanto cuestiones de Derecho como de hecho.

a Derecho, y las que no lo sean pueden ser casadas (*cassés*). En un sistema de *apelación*, por otro lado, el tribunal supremo, conoce tanto cuestiones de Derecho como de hecho. En general, mientras Alemania, Estados Unidos e Inglaterra tienen sistemas de revisión, Francia tiene la conocida *Cour de Cassation*. Para el procedimiento civil, los países Nórdicos, hasta cierto punto, tienen sistemas de apelación, pero siempre con algunas reglas de «*certiorari*».

Evidentemente, la *Cour de Cassation* sólo enjuicia la legalidad de la decisión, o más bien, su conformidad con las fuentes del Derecho. Para esta tarea es necesario que el tribunal inferior haya declarado tanto la norma jurídica que ha aplicado como al menos los hechos definitivos de forma suficientemente precisa. Si no lo ha hecho, el control por parte de la *Cour de Cassation* resultaría imposible. En casos de determinación deficiente de los hechos, la insatisfactoriedad de las razones lleva a las *manque* o *défaut de base légale*, y otras deficiencias pueden significar un *defaut de motifs*. Consecuentemente, es imposible enjuiciar un fallo a menos que éste vaya acompañado de una declaración clara de los hechos y del razonamiento jurídico, por breve que sea.

En un sistema de *revisión*, en el que el tribunal supremo conoce sólo cuestiones de Derecho, es a menudo difícil separar estas cuestiones de las de hecho, y en ocasiones tales tribunales tienen que enjuiciar cuestiones mixtas de Derecho y de hechos. Para poder ser juzgado, el fallo debe ir acompañado por lo menos de los hechos definitivos y de algunas alusiones al razonamiento jurídico que está detrás de la decisión. En *apelación*, finalmente, como mínimo, los hechos definitivos deben haber sido declarados por el tribunal inferior, naturalmente, para permitir un proceso con sentido por el alto tribunal.

El fallo mismo y las razones están en el centro del sistema de *cassation*. Los defectos de forma son de relevancia directa para la *Cour de Cassation* que, por así decir, juzga el fallo mismo incluyendo sus fundamentos. En el sistema de revisión éstos son de importancia menor, mientras que en el sistema de *apelación*, los hechos definitivos son de la máxima importancia, incluso si el tribunal de apelación revisa todo el caso, tanto cuestiones de Derecho como de hecho.

A pesar de las diferentes tendencias en los diferentes códigos de procedimiento, el tratamiento de las razones y de la determinación de los hechos se ajusta bien con ellos formando parte de los respectivos sistemas a los que pertenecen los códigos. Así en un sistema de *cassation*, las deficiencias en los fundamentos escritos obstaculizan la revisión, y en realidad el fallo mismo. Éste

no es siempre el caso en un sistema de *revisión*, e incluso menos en el de *apelación*.

Sólo Noruega es, en cierto sentido, una excepción a esta coherencia dentro de cada uno de los diferentes sistemas procesales en cuanto al tratamiento del razonamiento y la determinación de los hechos defectuosos y/ o insuficientes. En los casos civiles, Noruega tiene un procedimiento de *apelación*, pero el tratamiento de las razones deficientes es en algunos aspectos similar a lo que sucede en un sistema de *casación*, es decir, la cuestión se resuelve por los tribunales superiores de manera semejante a Francia.

OBSERVACIONES CONCLUSIVAS SOBRE LA SIGNIFICACIÓN GENERAL DE LAS RAZONES PARA LAS DECISIONES JUDICIALES

Considerándolo todo, puede sostenerse que el «*Rule of Law*» se profundiza por tres vías procesales:

1. El principio de audiencia (*audiatur el altera pars*), que en Inglaterra y América forma parte de la justicia natural y del debido proceso de Derecho;
2. razones explícitas y determinación de los hechos;
3. derecho a apelar.

Las razones explícitamente declaradas juegan un papel importante para asegurar que el tribunal ha actuado conforme al principio de audiencia y, cuando las razones son jurídicamente malas, el remedio es el derecho a apelar. En consecuencia, otros principios básicos del Derecho procesal limitan las cuestiones a juzgar por el tribunal: el principio de audiencia asegura que las partes del caso están informadas de las reglas y hechos relevantes y las razones y la determinación de los hechos del tribunal muestran a las partes qué materiales han sido considerados y porqué. Esto subraya la importancia de la obligación de declarar las razones y los hechos en el nivel práctico del procedimiento jurídico. La declaración de las razones cumple además otras funciones, y su utilidad puede explicitarse también en el nivel de la teoría del Derecho.

La declaración de las razones para la decisión tiene una función justificatoria, ya que justificación significa dar razones apropiadas para las decisiones jurídicas. Antes de tomar la deci sión las razones son guías para el juez, y después operan como

instrumentos para la justificación y legitimación. Es desde esta perspectiva desde la que deben entenderse las funciones o el valor de los hechos determinados y de las razones dadas. Las razones y el razonamiento en la toma de decisión judicial son tanto de utilidad social como de significación para las partes en disputa.

Moralmente, las razones constituyen una justificación del poder, y que el poder puede ser usado sólo dentro de los límites de su justificación. La democracia occidental asigna una posición central al individuo. Esto se manifiesta en las constituciones de diferentes países. El individuo ha de ser tratado con respeto, y el autorespeto de una persona es un bien para la sociedad. Por lo tanto, las autoridades están obligadas a dar información completa a un individuo que se ve afectado desfavorablemente por sus decisiones. La decisión razonada es el medio de afirmar la facultad de la razón frente al poder.

Constitucionalmente, una decisión razonada ayuda a integrar el Derecho y la justicia en la sociedad y a diferenciar entre la legislación y la toma de decisiones judiciales legítimas. Esto lo realizan los tribunales que tienen que especificar por qué actúan de una determinada manera, ya que las razones dadas permiten ver si los tribunales están invadiendo las competencias del legislativo. Una democracia opera mediante una jerarquía de la toma de decisión desde el parlamento hacia abajo. Los argumentos revelan cómo los tribunales aplican la legislación y, consecuentemente, si lo que se califica como democracia de la legislación [*democracy of legislation*] realmente funciona. Las motivaciones de los tribunales forman parte también de la democracia de la toma de decisión judicial. Los jueces tienen que justificar su uso del poder, y la obligación de declarar las razones limita este poder.

Tanto el «*Rule of Law*» como la objetividad de la decisión judicial se benefician de la práctica de dar razones. La obligación de un juez de justificar su fallo usando sólo argumentos legítimos afectará en cierta medida al resultado del caso. Los jueces sostienen que ciertos resultados de casos son injustificables y que por lo tanto tienen que buscar resultados que lo sean[7].

[7] Por ejemplo, J. M. Landis, *The Administrative Process*, Yale, 1938, pág. 106: «Cualquier juez puede atestiguar por su propia experiencia haberse encontrado ante casos en los que ha tenido que cambiar sus conclusiones ante la incapacidad para encontrar razones satisfactorias sobre las que apoyarlas.» Cfr. E. L. Haines, «*Obligation of Magistrates to Give Reasons for Judgement*», *Canadian Bar Journal* 1:55 (1958), p~g. 57, R. Traynor, «Some Open Question

Esto puede interpretarse como una interacción entre las razones justificatorias de una decisión y su resultado. Incluso el concepto de «justicia» o, al menos, el de «*Rule of Law*» (Rechtssicherheit), requiere desde un punto de vista conceptual dar razones, ya que el principio de universalidad demanda que quienquiera que trate a dos personas de manera desigual debe decir porqué. Esto representa una profundización de la máxima de justicia: no basta con hacer justicia, además tiene que verse que se hace.

El análisis y la crítica se ven muy favorecidos por la declaración de las razones. Las decisiones razonadas son sometidas a la crítica y al control de la propia actividad jurisdiccional, de los medios de comunicación y del público en general y también, a través de la discusión, pueden convertirse en vehículo de cambio y de progreso.

La interpretación de las leyes se realiza mediante decisiones razonadas que pueden crear principios prácticos y excepciones motivadas desde esos principios; y la interpretación se armoniza a través de los tribunales supremos[8].

La capacidad para crear nuevas reglas es impulsada por las decisiones razonadas[9]. Las motivaciones pueden ser el material del cual emerja la nueva legislación.

La doctrina del precedente está subordinada, necesariamente, a las razones para las decisiones, y éstas crean precedentes al menos de cuatro formas: 1) la disponibilidad de razones inclina a otros tribunales a seguir la decisión; 2) las razones hacen que sea más fácil seguir un precedente; 3) las razones operan con la fuerza de la autoridad; 4) el razonamiento puede apoyar razones substantivas para decisiones judiciales posteriores.

Las motivaciones disidentes cumplen muchas de las funciones importantes de las motivaciones judiciales. Funcionan como instrumentos para el control y el equilibrio en el seno del tribunal, incrementando su capacidad, e impidiendo el letargo judicial[10]. También se ha dicho de ellas que son poderosas armas

---

on the Works of State Appellate Courts», 24; Chicago Law Review, 211 (1957), pág. 218, A. Ulman, *A Judge Takes the Stand*, New York, 1933, pág. 197, and M. Waline, «La motivation des décisions de justice», *Studia in honorem G. Andredis*, 1973, págs. 545 y sigs.

[8] D. A. Thomas, «Sentencing: ?The Case for Reasoned Decisions"», *Criminal Law Review*, 1963, págs. 246 y sigs.

[9] Dawson, *op. cit.*, sugiere por ejemplo que el «poder de crear nuevas reglas se debía principalmente al requisito de motivaciones razonadas».

[10] K. Nadelman, «The Judicial Dissent: Publication v. Secrecy», 8 *American Journal of Comparative Law* 415 (1959), pág. 430, y J. W. Carter, «Dissenting Opinions», 4 *Hastings Law Journal*, 118 (1953).

contra el error, que ayudan a delimitar el Derecho real en un determinado caso». Los casos particulares se benefician de la posibilidad del disenso porque los jueces pueden trabajar más cuidadosamente y pueden considerar mejor el peso[11] de los diferentes argumentos jurídicos. El lector de una decisión con disidencia obtendrá por lo general una idea más precisa del problema en cuestión que la que obtendría de la misma decisión sin disidencia. Con respecto a las partes afectadas, la motivación razonada suministra información y la posibilidad de controlar, lo que puede resultar claramente decisivo a la hora de considerar la posibilidad de apelar.

El realismo jurídico tosco no da mucha importancia a las motivaciones jurídicas. En el peor de los casos, las considera como «corazonadas» [*«hunches»*] racionalizadas por parte del juez que no explican nada y que son una mera simulación, pues no dan las razones reales de la decisión. La tesis que aquí se sostiene es, sin embargo, que las razones dadas son justificatorias, guían al juez hacia el resultado y también lo justifican[12]. Los argumentos en favor de esto provienen tanto de la discusión jurídica como de la práctica jurídica[13]. También pueden tenerse en cuenta las teorías del Derecho inglesa, americana y nórdica (entre otras cosas, acerca del razonamiento en base a fines y del razonamiento en base a políticas en las decisiones judiciales)[14].

---

[11] Carter, *op. cit.*, pág. 119.

[12] Thomas, *op cit.* Cfr. A. D'Amato, *Jurisprudence, A Descriptive and Normative Analysis of Law*, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1984, págs. 60 y sig.; véase también la nota 7.

[13] Cfr. notas 7 y 12.

[14] En este contexto, se pueden mencionar algunas tesis desarrolladas por A. Peczenik, *Rätten och förnuftet*, 2nd ed. Stockholm, 1988, cfr. el resumen de las págs. 155 y sigs.:

1) Una motivación jurídica es racional, y en este sentido correcta, si sería aceptada unánimemente por los juristas que piensan coherentemente, esto es, apoyan sus conclusiones en un amplio conjunto de premisas ciertas, presupuestas, demostradas y/o de alguna otra manera razonables.

2) Las premisas razonables son de las siguientes clases: «ciertas», es decir, dadas por supuestas por toda la gente o al menos toda la gente normal que pertenece a la cultura en cuestión; «presupuestas», es decir, dadas por supuestas dentro de los límites de una práctica particular perteneciente a la cultura en cuestión, v. g., dentro del paradigma jurídico; «demostradas», es decir, que se siguen de un conjunto consistente de premisas ciertas y/o presupuestas; finalmente, no refutadas y en consecuencia hipotéticamente asumidas.

3) El paradigma jurídico incluye la suposición de que el razonamiento jurídico está apoyado por el Derecho válido. También contiene opiniones jurídicas fundamentales sobre la autoridad de las fuentes del Derecho y las normas sobre el razonamiento jurídico. Finalmente, incluye algunas ideas valorativas

Los casos del *common-law* con decisiones discursivas han sido utilizados para presentar teorías explicativas de las funciones de las razones judiciales[15]. Estas teorías bien articuladas constituyen argumentos poderosos en contra de las tesis de algunos realistas jurídicos; también lo son los casos mismos. La cuestión a plantear es la siguiente: ¿por qué iban los jueces a tomarse tanto trabajo en la elaboración de sus motivaciones e incluso cambiar de opinión en cuanto al resultado como consecuencia del proceso de redactar la motivación si las razones no fueran otra cosa que sus corazonadas revestidas de ropaje judicial? Los argumentos en favor de la perspectiva justificatoria son más convincentes que los llamados argumentos realistas. Mi postura se decanta en favor de la racionalidad jurídica frente a la toma de decisión jurídica como antojo, capricho, o como una expresión de intereses políticos. Pueden hacerse las dos siguientes observaciones.

Primera, la práctica de dar razones apoya la opinión de que la legislación, los precedentes y otras fuentes constriñen no sólo las razones dadas para una decisión, es decir, su justificación, sino también los descubrimientos del juez. Aunque, como se enfatiza en la teoría de la ciencia, génesis y justificación no son lo mismo, en el razonamiento jurídico los procesos de descubrimiento y de justificación interactúan y convergen[16].

Segunda, teniendo en cuenta a los valores, los principios y los fines de justicia y el «*Rule of Law*», al emitir un juicio sobre una decisión de un tribunal la cuestión crucial se convierte en si las razones dadas suministran o no una justificación bien fundada y jurídicamente válida de la decisión.

---

fundamentales, referidas ante todo a la certeza jurídica y a la justicia (cfr. A. Aarnio, «Paradigms in Legal Dogmatics, Towards a Theory of Change and Progress in legal Science», en A. Peczenik, L. Lindahl and B. van Roermund, eds., *Theory of Legal Science, Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science*, Lund, Sweden, December 11-14, Dordrecht/Boston/ Lancaster/ Tokyo, 1984, págs. 25 y sigs.; A. Aarnio, *The Rational and the Reasonable*, Dordrecht/ Boston/ Lancaster/ Tokyo, 1987, págs. 17 y sigs.), Cfr. A. Peczenik, *The Basis of Legal Justification*, Lund, 1983, *passim*).

[15] Véase J. Bell, *Policy Arguments in Judicial Decisions*, Oxford, 1985, y J. A. G. Griffith, *The Politics of the Judiciary*, Londres, 1978. Ambos, Bell y Griffith, critican a los tribunales y su crítica está fundada en la lectura de motivaciones. Cfr. También N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, *passim*, y por el mismo autor. «Coherence in Legal Justification), *Theory of Legal Science*, (*op. cit.*, nota 14), págs. 235 y sigs., y finalmente R. S. Summers, «Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification», 63 *Cornell Law Review*, 1978, *passim*.

[16] Cfr. D. Göldner, *Verfassugsprinzip und Privatrechtsnorm in den Verfassungskonformen Auslegung und Rechtsbildung*, Berlín, 1969, págs. 93-95, y T. Eckhoff & N. K. Sundby, *Rettssystemer*, Oslo, 1976, págs. 218-220.

En esta perspectiva la otra cuestión, es decir, cómo se generaron realmente las razones dadas y si éstas son las razones reales del juez, adquiere una importancia relativamente menor. Así, si las razones dadas están bien fundadas y son válidas no importa si son o no las razones «reales» del juez. Tampoco importa, del mismo modo, si las razones no están bien fundadas o no son legalmente válidas. En cualquier caso, las razones realmente dadas serán juzgadas por sus propios méritos.

Se desprende, pues, que el concepto de «razones legalmente válidas» es crucial. Esta conclusión puede confirmarse mediante una ejemplificación de casos. Por ejemplo, tiene sentido argumentar que una motivación discursiva, con razones y muchos detalles, mostrará si el razonamiento es válido o inválido. El énfasis, entonces, es desplazado, mediante la formulación de razones, desde las cuestiones genéticas y psicológicas a la extraordinaria importancia de la justificación racional y explícita.

(Trad. de Josep Aguiló Regla)

D E R E C H O Y M O R A L

DIMENSIONES MORALES DEL DERECHO

I. DOS TIPOS DE JUICIOS MORALES: *PRIMA FACIE* Y «CONSIDERANDO TODAS LAS COSAS»

1. *Criterios de bondad moral*

Existe un considerable grado de consenso entre la gente, al menos en la cultura occidental, acerca de que algunos principios son morales, y de que es *prima facie* moralmente bueno guiarse por ellos.

Podríamos mencionar, por ejemplo, los siguientes principios (cfr. Peczenik 1989, 58 y sigs.):

1) No se debe *prima facie* causar daño a los demás.

2) Se debe *prima facie* ayudar a los demás.

3) Se debe *prima facie* trabajar con eficiencia.

4) Se debe *prima facie* decir la verdad.

5) Se debe *prima facie* mantener las propias promesas.

6) Se debe *prima facie* ser consecuente.

Además, juicios como los siguientes también están comúnmente aceptados en nuestra cultura:

1) A es *prima facie* una persona moralmente buena, ya que tiene una disposición a no causar daño a los demás.

2) A es *prima facie* una persona moralmente buena, ya que tiene una disposición a ayudar a los demás.

3) A es *prima facie* una persona moralmente buena, ya que tiene una disposición a trabajar con eficiencia.

4) A es *prima facie* una persona moralmente buena, ya que tiene una disposición a decir la verdad.

5) A es *prima facie* una persona moralmente buena, ya que tiene una disposición a mantener sus promesas.

6) A es *prima facie* una persona moralmente buena, ya que tiene una disposición a ser consecuente.

2. *El carácter* prima facie *de los criterios morales establecidos*

Muchos criterios de bondad moral son significativos y además razonables. Yo creo, sin embargo, que tienen un carácter provisional, *prima facie*, por dos motivos (Sobre el concepto de «*prima facie*», cfr. Ross, 1930, 27-28).

En primer lugar, existe «la diversidad bien conocida entre los códigos morales de distintas sociedades y de distintos períodos históricos, y también las diferencias en las creencias morales entre diversos grupos y clases dentro de una misma comunidad compleja» (Mackie, 1977, 36).

Por otra parte, un mismo individuo a menudo abraza criterios que están en mutua competencia. Por ejemplo, un médico acepta simultáneamente la opinión de que debe informar a su paciente acerca de su enfermedad y la de que debe ayudarle con la mayor eficiencia posible. Pero la disposición del médico a decir la verdad puede en algunos casos perjudicar a su paciente. El médico debe entonces optar entre decir la verdad y ayudar eficientemente a su paciente.

También creo que la siguiente hipótesis es cierta: una elección racional de criterios y teorías de la bondad moral a menudo se basa en *sopesar y equilibrar*. Por ejemplo, un médico lleva a cabo un acto de sopesar, por el que decide si decir la verdad (un criterio moral) tiene en el presente caso un peso mayor o menor que el de evitar el daño (otro criterio).

Acciones lógicamente incompatibles pueden ser, al mismo tiempo, *prima facie* buenas. También podemos tener simultáneamente un deber *prima facie* de realizar acciones que son lógicamente incompatibles. La lógica «normal» no es por lo tanto aplicable a los juicios *prima facie* morales. Supongamos, por ejemplo, que A mató a B. Una razón *prima facie* -por ejemplo, las circunstancias de su acto- puede justificar una pena de cadena perpetua para A; otra -por ejemplo, la condición física de A-, puede apoyar un castigo más suave.

3. *Dos conceptos de* prima facie

Es necesario, sin embargo, trazar una distinción entre los siguientes conceptos de prima facie (cfr. Peczenik, 1989, 63 y sigs.).

1. Un juicio moral puede tener carácter *prima facie-1*, es decir, puede ser *lingüísticamente posible*. Tal es el caso si, y sólo si, el lenguaje en cuestión no hace que nos resulte extraño considerarlo dentro del acto de sopesar y equilibrar que determina nuestra opinión moral o conducta (acción u omisión).

2. Un juicio moral puede tener también un carácter *prima facie-2*, es decir, puede ser relevante. Ello significa que la *cultura* en cuestión nos compele a tomarlo en consideración dentro del acto de sopesar y equilibrar que determina nuestra opinión moral o conducta (acción u omisión).

Sin intentar precisar seriamente la expresión vaga «la cultura en cuestión nos obliga a tomar en consideración un juicio normativo o valorativo», permítaseme ofrecer dos ejemplos de interpretaciones razonables de la misma:

a) Cualquier persona normal, perteneciente a esa cultura, en cualquier caso particular al que ese juicio es aplicable, *vería como algo extraño* no tomar en consideración tal juicio y sin embargo insistir en que se ha realizado un acto justificable de sopesar y equilibrar para responder a la pregunta de si H es *definitivamente* obligatorio o bueno.

b) Cualquier persona normal, perteneciente a esa cultura, en cualquier caso particular al que ese juicio es aplicable, actuaría de una manera que implica que *está obedeciendo la regla* según la cual se debe tomar en consideración tal juicio cuando se realice dicho acto de sopesar.

4. *La prueba relativa a las razones* prima facie *morales*

Nuestro conocimiento del contenido de los juicios morales que son relevantes en este sentido, viene respaldado por varios tipos de prueba.

Algunas veces tenemos acceso a textos y emisiones *explícitos*, según los cuales en contextos morales se debe tomar en consideración algunas razones. En otros casos, debemos confiar en una *prueba implícita*. Esta última consiste en otros *textos, emisiones o acciones* que apoyan una hipótesis acerca de una regla que obliga a considerar algunas otras razones morales. En otras palabras: tales textos, emisiones o acciones sólo son *comprensibles* si asumimos que la gente acepta implícitamente dicha regla.

La noción de *prima facie* implícita explica por qué es posible formular *teorías innovadoras* acerca del contenido de las razones *prima facie* posibles y relevantes. La gente que pertenece a la cultura en cuestión está continuamente realizando cada vez más acciones. Un teórico siempre puede crear nuevas hipótesis para explicar estas acciones.

5. *Principios y valores*

Algunos criterios de lo moralmente bueno se corresponden

con algunos *principios* morales. Me ocuparé solamente del siguiente sentido de la palabra ambigua «principio»: un *principio valorativo* establece un *ideal*. Este ideal puede realizarse en un cierto grado, cuanto más alto mejor desde el punto de vista del principio (cfr. Alexy, 1985, 76).

> La palabra «principio» también puede designar una norma general, una norma importante, etc. (Cfr. Alexy, 1985, 72 y sigs.; Dworkin, 1977, 14 y sigs.; Eckhoff, t980, 145 y sigs., con referencias a la literatura escandinava.)

Cada principio expresa un ideal; en otras palabras, un *valor*. Por ejemplo, un principio estipula que la igualdad, la libertad y la dignidad son valiosas. Un valor puede satisfacerse hasta un cierto grado, mayor o menor (cfr. Alexy, 1985, 130 y sigs.). Podemos expresar casi el mismo contenido con dos terminologías distintas, hablando de principios o hablando de valores. La única diferencia es la siguiente: un principio nos dice qué es *prima facie* obligatorio, mientras que un valor decide qué es *prima facie* lo mejor (Alexy, 1985, 133).

Cada principio, o valor, puede ser una razón *prima facie* para la acción. Pero los principios pueden colisionar de tal manera que, por ejemplo, un respeto incrementado a la igualdad, en el caso particular en cuestión, puede provocar una disminución de la libertad, y viceversa. Necesitamos entonces meta-razones («super-razones») para escoger entre ellos. En consecuencia, uno tiene meramente un deber provisional, *prima facie*, de seguir la literalidad de los principios. Los mismos tipos de valores y principios pueden aducirse en la «planta baja» del pensamiento moral, en su meta-nivel, en un meta-meta-nivel, etc.

La diferencia entre principios valorativos y *reglas* es más importante. Si alguien está en una situación regulada por una *regla*, sólo tiene dos posibilidades, obedecer la regla en cuestión o no obedecerla. La regla establece pues una frontera -precisa o vaga- entre lo obligatorio y lo no obligatorio, lo prohibido y lo permitido, etc. Si una acción o un estado de cosas se encuentra a la derecha de la frontera, la norma se obedece, por muy cerca que esté del límite. Una regla califica una acción humana como conforme o contraria a esa regla. Una propiedad importante de este modo de calificación es su carácter binario, 0 o 1, todo o nada. Un principio valorativo, por el contrario, establece un ideal que puede realizarse en un cierto grado, mayor o menor. Califica una acción, una persona, etc., como más perfecta o me nos perfecta a la luz del principio. Un principio es una escala

graduada para calificar. Este modo de calificación *no* es binario, sino por grados, de más a menos.

6. *Juicios prácticos «Considerando todas las cosas»*

Un juicio moral es *definitivo* sólo si, al emitirlo, uno declara que ya no está dispuesto a prestar atención a razones que justificarían la conclusión contraria.

Nuestra cultura exige que los juicios morales definitivos sean juicios morales «considerando todas las cosas». Tenemos un deber moral «considerando todas las cosas» de seguir el mejor compromiso, alcanzado después de *sopesar y equilibrar* diferentes principios valorativos (o juicios de valor).

Aquí es necesario hacer la siguiente distinción (cfr. Peczenik, 1989, 76 y sigs.):

Un juicio moral tiene la cualidad de «considerando todas las cosas» *en sentido estricto* si y sólo si está respaldado por consideraciones acerca de: *a)* todas las circunstancias moralmente relevantes, es decir, todos los hechos relevantes para el razonamiento práctico sobre ética, moral utilitarista, principios morales, derechos y deberes, virtudes, justicia, etc., y *b)* todos los criterios del razonamiento coherente. Ningún ser humano tiene recursos suficientes para formular juicios «considerando todas las cosas» *en sentido estricto*.

Nuestra cultura nos exige meramente aceptar juicios morales definitivos sólo si éstos tienen la cualidad de «considerando todas las cosas» *en sentido amplio*. Un juicio moral es «considerando todas las cosas» *en sentido amplio* si y sólo si está respaldado por consideraciones acerca de: *a)* tantas circunstancias moralmente relevantes como sea posible, y *b)* tantos criterios del razonamiento coherente como sea posible.

La expresión «tantos... como sea posible» indica aquí que ninguna consideración moral, y ningún criterio del razonamiento coherente, es por sí solo suficiente, sino que ha de ser contrapesado con otros criterios similares y con otros valores. Por ejemplo, en caso de emergencia, se debe salvar espontáneamente a una persona que se encuentre en peligro de muerte, en lugar de llevar a cabo un razonamiento moral que requiera un cierto tiempo.

Las acciones lógicamente incompatibles *no pueden* ser buenas «considerando todas las cosas» al mismo tiempo. Tampoco podemos tener simultáneamente un deber definitivo de realizar acciones lógicamente incompatibles. Si A, por ejemplo, debe de-

finitivamente pagar a B cien coronas, es lógicamente imposible que A deba no hacerlo. La lógica es por lo tanto aplicable a los juicios morales «considerando todas las cosas».

7. *La tesis de la contextualidad*

Un típico juicio moral «considerando todas las cosas» se refiere a una situación individual: una persona determinada específicamente debe realizar una acción determinada específicamente, H; o un objeto determinado específicamente es bueno, etc. La especificidad significa aquí que se consideran todas las circunstancias, todo el contexto de la situación.

Podemos optar ahora entre dos enfoques (cfr. Peczenik, 1989, 79 y sigs.):

1) Podemos suponer que cada situación es moralmente única, es decir, incluye al menos una circunstancia moralmente relevante no compartida por ninguna otra situación. Cada caso de evaluación moral es entonces «contextual» (cfr. Rentto, 1988, 64 y sigs.), o sea, único, caracterizado por un haz único de consideraciones que han de ser sopesadas. Podemos decir algo así: En la situación s-1, el valor v-1 realizado en la medida e-1 prevalece sobre el valor v-2 realizado en la medida e-2; y en la situación s-2 se da la relación inversa: el valor v-2 realizado en la medida e-2 prevalece sobre el valor v-1 realizado en la medida e-l.

2) Podemos suponer que las situaciones individuales pueden ser clasificadas en *tipos* morales. Todas las situaciones que pertenecen a un mismo tipo se sopesan de la misma manera. Así, podemos decir *en general* que en la situación del tipo s-1, el valor v-1 realizado en la medida e-1 prevalece sobre el valor v-2 realizado en la medida v-2, etc... Bajo esta suposición, una regla general, o un juicio de valor general, puede tener un carácter «considerando todas las cosas» *ceteris paribus*, en el sentido siguiente: si las circunstancias permanecen inalteradas, es decir, nada nuevo y moralmente relevante acontece, entonces se debe seguir siempre la regla. O bien, si todas las circunstancias moralmente relevantes permanecen inalteradas, entonces un objeto de un cierto tipo es bueno, etc.

La opción entre estas suposiciones no es fácil. Pero incluso si se opta por la segunda, uno todavía podría sostener que absolutamente ninguna regla general puede ser, considerando todas las cosas, *eternamente* obligatoria. Ni tampoco un juicio de valor general puede ser, considerando todas las cosas, eternamente correcto. Uno podría, pues, sostener que el futuro siempre puede

traer nuevas circunstancias que podrían adquirir relevancia moral.

Por esa razón, yo creo que ni siquiera los mejores cerebros filosóficos podrán jamás llegar a crear con éxito un cálculo que determine con precisión el contenido de la evaluación.

8. *El acto final de sopesar y equilibrar*

En cuanto sostenemos que un determinado principio pesa más que otro, nos enfrentamos inmediatamente con la pregunta de «¿Por qué?». Podemos apoyar la respuesta mediante razones ulteriores, *inter alia* principios. También éstos se pueden sopesar y equilibrar con otros posibles contraargumentos. Desde el punto de vista lógico, el proceso de sopesar puede así continuar *ad infinitum*. Pero en la práctica, tarde o temprano, uno debe *poner fin* a la argumentación.

Supongamos ahora, a efectos de la argumentación, que podemos formular la condición suficiente para llegar a la conclusión de que la acción en cuestión es, «*considerando todas las cosas*» (no sólo *prima facie*), buena y obligatoria. El hecho de que una razón moral, o una combinación de razones, es una condición suficiente para dicha conclusión, significa que ningún *contraargumento concebible* tiene más peso. Tal condición suficiente estaría formada por: 1) la lista completa de criterios y teorías morales *prima facie*, preestablecidas o de nueva creación, aplicables al caso en cuestión; y 2) la lista completa de juicios que determinan el peso relativo de dichos criterios y teorías en el presente caso.

La lista aludida puede *estar compuesta por muchos niveles*. En el nivel más bajo, hay razones a favor y en contra de la conclusión de que una determinada acción es buena y debe realizarse. En un nivel más alto, hay razones de segundo orden, a favor de una u otra forma de sopesar las razones y contraargumentos. Algunas razones de segundo orden establecen, por ejemplo, que ciertas razones de primer orden pesan más que sus correspondientes contraargumentos. La lista puede contener, por ejemplo, que ciertas razones de primer orden pesan más que sus correspondientes contraargumentos. La lista puede contener, por ejemplo, diez razones a favor y doce en contra de la conclusión de que debe realizarse una determinada acción, y una «super-razón» que establece que las diez pesan más que las doce. Estas «super-razones», a su vez, pueden sopesarse y equilibrarse

frente a posibles contraargumentos. Puede haber, por tanto, razones de tercer orden, etc.

La lista es completa y no puede extenderse a ulteriores razones. Esta suposición se aplica a todos los niveles. No podemos añadir a la lista ninguna razón más, sea ésta de primer, segundo, o enésimo orden. Un razonamiento a favor de la conclusión de que las razones de la lista pesan más que los contraargumentos significa que uno simplemente repite algunas razones de un orden superior, que ya están en la lista. Para que las razones de la lista no constituyan un círculo lógico, la lista debe incluir una razón última, de orden «n», fundamental para toda la estructura argumentativa. Esta razón última tiene que ser aceptada sin ningún tipo de razonamiento (cfr. Peczenik, 1989, 82 y sigs.).

De este modo, el último paso de un razonamiento es una presuposición arbitraria.

Este paso final de la evaluación puede consistir en un juicio concreto. Si la tesis de la contextualidad no es cierta, entonces el paso final en algunos casos puede consistir también en una regla general presupuesta, que determina un orden de prioridad entre los principios en cuestión. Por otra parte, es inconsistente decir que un *principio* constituye el paso final de la evaluación. Un principio, como ya dijimos, no es razón suficiente para una conclusión moral; ha de ser sopesado frente a otros principios. ¿Cómo debe ser pues el *paso* final de la evaluación?

II. *DERECHO PRIMA FACIE Y MORALIDAD*

1. *El punto de partida: Interpretación valorativa en el Derecho*

Permítaseme pasar ahora a la relación entre moralidad y Derecho. El punto de partida es el siguiente. Todos los juristas conocen la importancia del papel que realmente juega la carga valorativa de las interpretaciones en la práctica del razonamiento jurídico. En pocas palabras, la interpretación jurídica es una actividad creativa y cargada de valor. «Interpretación», en el Derecho, no es una mera interpretación *en sentido estricto*, que establece el sentido lingüístico (léxico o contextual) de un texto jurídico. Incluye algo más, a saber, un perfeccionamiento del Derecho, su adaptación a la moral crítica. Dicho perfeccionamiento es una práctica común en los casos «difíciles». A la luz de esta práctica, el Derecho dado es meramente Derecho *prima facie*, y el Derecho perfeccionado es Derecho «considerando todas las cosas».

2. *La primera consecuencia: El carácter prima facie del Derecho socialmente establecido*

La importancia que la interpretación cargada de valor tiene en el razonamiento jurídico hace que la siguiente tesis resulte plausible. El Derecho socialmente establecido, formulado mediante fuentes tales como leyes escritas, precedentes judiciales, trabajos preparatorios, etc., tiene un carácter *prima facie*. Las libertades, deberes, pretensiones, etc., formulados explícitamente por el Derecho socialmente establecido, son meramente *prima facie* jurídicas, ya que otras consideraciones pueden justificar la conclusión contraria en cuanto a que son deberes, pretensiones, etc., jurídicos (cfr. Peczenik, 1989, 239 y sigs.).

Por supuesto, los juristas y los abogados dan por sentadas algunas afirmaciones, que en su conjunto constituyen el paradigma jurídico o, dicho con otras palabras, el núcleo de la teoría jurídica. Este núcleo incluye, pues, algunos juicios morales fundamentales, comúnmente aceptados tanto entre los juristas como entre la gente que hace juicios morales. Incluye además el presupuesto de que el razonamiento jurídico está respaldado por el Derecho válido. También contiene ideas jurídicas fundamenta les acerca de la autoridad de las fuentes del Derecho y de las reglas del razonamiento jurídico. Por último, incluye algunas perspectivas valorativas fundamentales, sobre todo relativas a la seguridad jurídica y a la justicia (cfr. Aarnio, 1987, 17 y sigs.). Si queremos hacer un razonamiento *jurídico*, no podemos al mismo tiempo poner en cuestión una buena parte de este núcleo teórico. El contenido de estos presupuestos básicos del Derecho implica que no podemos dudar simultáneamente de gran parte del conjunto de normas, expresadas en leyes válidas, precedentes y otras fuentes básicas del Derecho. Sin embargo, podemos poner en duda cada presupuesto de este tipo y cada norma jurídica por separado. Pero la duda necesita justificación. Para justificar esta duda debemos contar con otras razones. En pocas palabras los presupuestos y normas jurídicas dadas tienen un carácter *prima facie*: constituyen razones *prima facie*, que han de ser sopesadas y equilibradas con otras razones.

Estas razones *prima facie* son de primer orden, para la realización de una determinada acción H, y/o de segundo orden. Estas últimas requieren *prima facie* una exclusión de razones *prima facie* de primer orden, o sea, para hacer H. Considerando todas las cosas, una de estas razones de segundo orden puede justificar en algunos casos no hacer lo que se debería hacer en base al balance de las razones de primer orden. Por ejemplo, una

disposición legal que prohíbe la inmigración puede justificar mi acción de no ayudar a los polacos menesterosos a establecerse en Suecia.

En el marco de la justificación jurídica contextualmente suficiente, es decir, dentro del paradigma jurídico, las razones jurídicas de ambos tipos son inmunes frente a algunas dudas. Una razón así es inmune frente a la pretensión de que su carácter de razón *prima facie* debería ser reexaminado de cara a una posible revisión en cada ocasión en que resulte aplicable. Por ejemplo, un abogado no puede dudar continuamente de la validez de cada disposición legal. Pero *no* es inmune frente a la pretensión de que tiene que dar prioridad a otras razones *prima facie*, si éstas son lo suficientemente poderosas. Ni tampoco es inmune frente a la pretensión de una posible revisión en el marco de una justificación profunda, fuera del paradigma jurídico.

Por cierto, esta idea es una paráfrasis de la teoría de las razones excluyentes en el Derecho, de *Joseph Raz*. No sé si Raz aceptaría esta paráfrasis. En cualquier caso, él ha sostenido lo siguiente. Una razón excluyente es una razón de segundo orden para no seguir una de primer orden. «Directamente», es una razón para excluir otra razón, R. para realizar una acción, H. «Indirectamente, debilita la postura a favor» de hacer H. Una razón excluyente «nunca justifica abandonar nuestra autonomía, es decir, nuestro derecho y nuestro deber de actuar en base a nuestro propio juicio sobre qué es lo que se debe hacer, *considerando todas las cosas*». Pero puede justificar en algunos casos «no hacer lo que se debe hacer en base al balance de las razones de primer orden». Una razón excluyente «es inmune a la pretensión de que debería ser reexaminada de cara a una posible revisión en cada ocasión en que sea aplicable» (Raz, 1979, págs. 18, 27 y 33).

3. *Una objeción: El carácter no prima facie del Derecho establecido*

Por supuesto, un crítico puede admitir que la interpretación de las normas jurídicas puede llevar a un significado opuesto al significado literal y seguir negando el carácter *prima facie* de las normas. La razón es que el ordenamiento jurídico exige para sus derechos y deberes un status definitivo, y no simplemente un status *prima facie*.

El crítico puede plantear entonces las siguientes alternativas:

1. El Derecho establecido prevalece sobre la moral. El hecho de que otras consideraciones pueden justificar una conclusión contraria, implica la invalidez moral de dichas consideraciones, no el carácter *prima facie* del Derecho.

2. El Derecho establecido es un sistema válido de normas, que puede ser incompatible con la moral válida. La «interpretación correctora» del Derecho establecido no es, desde esta perspectiva, un perfeccionamiento del Derecho, sino una creación de normas *morales*. Estas pueden ser o no moralmente válidas. Si son válidas, tienen un carácter «considerando todas las cosas» *moral*, pero pueden ser incompatibles con el Derecho «considerando todas las cosas».

Ambas versiones de la objeción implican una contradicción entre lo que el Derecho dice ser y lo que el Derecho debe ser a la vista de la práctica de su interpretación correctora (moral, cargada de valor). Para resolver esta contradicción, yo doy prioridad a la práctica. El crítico hace lo contrario; pero ¿por qué?

4. *La segunda consecuencia: la obligación moral* prima facie *general de obedecer al Derecho.*

Por otra parte, existe una obligación moral *prima facie* general de obedecer al Derecho (cfr. Peczenik, 1989, 242 y sigs.). Más concretamente:

> Si el Derecho *prima facie* explícitamente contiene, implica o de cualquier forma apoya la conclusión de que A tiene un determinado deber, pretensión, potestad o privilegio jurídico sobre algo, entonces A tiene un deber, pretensión, potestad o privilegio *prima facie* moral con el mismo contenido.
>
> Esta es una *tesis de inclusión* acerca de la relación entre lo *prima facie* jurídico y moral: el Derecho *prima facie* es, pues, una parte de la moral *prima facie*.

Desde luego, podemos imaginar algunos contraejemplos. Supongamos, por ejemplo, que un Derecho nazi contiene explícitamente una disposición según la cual la policía tiene un deber jurídico de matar a todo aquel que sea judío. ¿Tiene entonces la policía también el deber *prima facie* moral de matar judíos? Paradójicamente, la respuesta correcta es que sí. El hecho mismo de que esta disposición profundamente inmoral pertenece al Derecho socialmente establecido la convierte, por definición, en una razón moral *prima facie significativa*, que es, por supuesto, fácil de derrotar mediante otras razones *prima facie* morales. Esto es así a menos que uno niegue que el «Derecho» nazi sea realmente un sistema jurídico. Por supuesto, alguien *puede* negarlo por razones morales, pero entonces la inmoralidad tiene

que subyacer sistemáticamente a todo el ordenamiento, incluidas sus disposiciones técnicas de Derecho privado, etc. Una disposición inmoral, o una rama del ordenamiento sistemáticamente inmoral, no es bastante.

Pero el deber, etc., moral de obedecer al Derecho es meramente un deber, etc., *prima facie*. El paso a la conclusión relativa a un correspondiente deber, etc., moral «considerando todas las cosas», presupone al menos una premisa adicional, que exprese un acto de *sopesar y equilibrar* acerca de la fuente del Derecho en cuestión y otras consideraciones. Al introducir la institución del ordenamiento jurídico, la sociedad puede restringir, pero no eliminar totalmente, la necesidad de sopesar y equilibrar.

5. *Algunas razones a favor de la obligación moral* prima facie *general de obedecer al Derecho*

Podemos proponer la siguiente justificación de estas relaciones entre el Derecho y los deberes, pretensiones, etc., morales *prima facie* (cfr. Peczenik, 1989, 243 y sigs.):

1. El razonamiento moral es relativamente indeterminado, como consecuencia de su dependencia última de la intuición y la voluntad.

Por supuesto, la moral no es arbitraria. Ya he señalado que nuestra cultura nos compele a aceptar algunas razones morales *prima facie*. Sin embargo, la moral consiste, ante todo, en principios que uno debe sopesar y equilibrar entre sí. Distintas personas pueden estar de acuerdo acerca de cuáles son los principios relevantes para el problema moral en cuestión, y sin embargo, discrepar al sopesarlos y equilibrarlos. Un *caos* moralmente objetable podría darse en una sociedad moderna, si ésta ya no tuviera un ordenamiento jurídico, es decir, un sistema normativo que esté bien determinado y hecho público. Es, por tanto, moralmente mejor tener una sociedad que posea un ordenamiento jurídico que *en algunos casos* conduce a decisiones moralmente incorrectas, que forzar a los individuos a confiar en sus propios juicios morales en todos los casos.

2. Razones todavía más fuertes apoyan nuestro deber de obedecer al Derecho en una sociedad *democrática*. La autoridad de los Derechos democráticamente creados se apoya, *inter alia*, en el principio de la mayoría. Este principio es una aproximación de un cálculo de preferencias humanas, aproximándose él mismo a la idea de lo moralmente bueno.

6. *Moralidad 1 y moralidad 2*

Podemos decir, de forma algo paradójica, que las razones morales exigen obedecer al Derecho, en lugar de obedecer solamente a la moral.

En este contexto, quizá podamos distinguir entre dos tipos de consideraciones morales, a los que llamaremos «moralidad 1» y «moralidad 2». La moralidad 1 contiene algunos principios generales, por ejemplo, «no se debe denunciar al propio vecino ante las autoridades». La moralidad 2 determina el compromiso entre estos principios y el Derecho. Puede apoyar por lo tanto la siguiente conclusión: «se puede en algunos casos denunciar al propio vecino ante las autoridades, ya que hay una ley que lo exige»; esta conclusión es correcta sólo si el valor de la obediencia al Derecho pesa más que el principio en cuestión.

Únicamente la moralidad 2, y no la moralidad 1, establece deberes y valores «considerando todas las cosas», no meramente *prima facie*. En la moralidad 1 no se tiene en cuenta el Derecho. Pero el Derecho es un factor moralmente relevante. ¿Cómo puede uno decir entonces que tomó en consideración *todos* los factores moralmente relevantes?

7. *Una objeción: la obligación prima facie de no obedecer leyes inmorales*

Un crítico puede objetar que sólo algunas, no todas, las disposiciones jurídicas crean deberes morales prima facie (cfr. Peczenik, 1989, 247 y sigs.). El crítico puede ofrecer el siguiente conjunto de ejemplos: 1) Tenemos un deber moral prima facie de obedecer, por ejemplo, una norma que prohíbe aparcar vehículos en una calle muy concurrida, ya que la violación de esta norma produciría siempre un caos circulatorio. 2) En algunos casos, pero no en todos, un conductor tiene un deber moral *prima facie* de obedecer una señal roja de stop. Una violación a menudo produciría un caos, pero no tendría efectos moralmente significativos en una carretera desierta. 3) No tenemos un deber moral *prima facie* de obedecer, por ejemplo, una norma jurídica que establece que determinados contratos deben celebrarse en forma escrita. Esta norma es «moralmente neutra». 4) Por último, tenemos un deber moral *prima facie* de desobedecer una norma nazi que prohíbe a los judíos casarse con los «arios». Esta norma es inmoral *prima facie*.

A diferencia de este crítico, yo he presupuesto un deber moral *prima facie* de seguir *cualquier* Derecho, independientemente

de su contenido. El contenido tiene muchísima importancia, pero sólo por lo que se refiere a los deberes morales «considerando todas las cosas», no a los *prima facie*. Considerando todas las cosas, debemos no seguir algunas normas nazis, pero *prima facie* debemos seguirlas. Esta interpretación de la expresión vaga «un deber moral *prima facie*» tiene las siguientes consecuencias: Es necesario un acto de sopesar y equilibrar para determinar los deberes morales «considerando todas las cosas». También puede ser necesario determinar si un cierto orden normativo en su conjunto es Derecho válido o no. Así, no sería Derecho válido si es tan extremadamente inmoral que produce caos y no orden. Tampoco sería Derecho válido si el orden que crea es peor que el caos. Pero no es necesario un acto de sopesar para establecer un deber moral *prima facie* de seguir las disposiciones que ya han sido reconocidas como jurídicamente válidas. Una disposición de este tipo puede que efectivamente produzca un mal orden, o incluso un caos. Pero todavía tenemos un deber moral *prima facie* de seguirla, ya que pertenece a un sistema cuya *totalidad*, en su conjunto, produce orden, y este orden es mejor que el caos.

El crítico, por el contrario, tiene que realizar siempre dos actos de sopesar: el primero, para establecer si una norma jurídica es *prima facie* moralmente obligatoria; el segundo, para determinar si es moralmente obligatoria «considerando todas las cosas».

8. *Un sistema normativo extremadamente inmoral no es Derecho válido.*

Por lo tanto yo sostengo que una vez que una disposición es jurídicamente obligatoria, también ha de ser, *prima facie*, obedecida en sentido moral, independientemente de su contenido. El crítico puede encontrar esto extraño, e insistir en que la obligación moral *prima facie* de obedecer una norma depende siempre del contenido de dicha norma.

El crítico tiene razón, pero solamente en el nivel de la validez externa, del ordenamiento jurídico en su conjunto. Debemos admitir que la validez jurídica de un sistema normativo como un todo no es totalmente independiente de su contenido. Un sistema normativo extremadamente inmoral no es Derecho válido.

III. EL CONCEPTO DE «DERECHO VALIDO»

1. *La validez externa del sistema jurídico: hechos que crean Derecho*

Llegados a este punto, debo decir algo más acerca del concepto de «Derecho válido».

Existe una lista preestablecida de criterios de validez externa que determinan el hecho de que un sistema normativo como un todo es un sistema de Derecho válido (*prima facie*) socialmente establecido.

Podemos afirmar por lo tanto que la siguiente tesis es una explicación plausible de una relación analítica:

Existe al menos una descripción consistente de hechos (que hacen Derecho), tal que lo siguiente es cierto: si se dan estos hechos, entonces el sistema normativo S es prima facie Derecho válido.

Más concretamente, podemos afirmar que los siguientes hechos, *inter alia*, constituyen tales criterios de Derecho (cfr. Peczenik, 1989, 284 y sigs., con referencias más detalladas).

1. Algunos hechos versan sobre el contenido de las normas.

H-1) Un sistema jurídico consta de varios niveles; una determinada norma es válida si fue creada conforme a una norma de nivel superior.

H-2) Un sistema jurídico incluye no sólo normas de conducta, sino también reglas constitutivas que nos permiten hablar de hechos institucionales, tales como contratos, promesas, matrimonio, ciudadanía, etc.

H-3) Un sistema jurídico incluye algunas normas que establecen lo siguiente: El Derecho es el sistema supremo de normas en la sociedad; tiene el derecho exclusivo de autorizar el ejercicio de la fuerza física en su territorio; tiene autoridad para regular cualquier tipo de conducta.

2. Otros hechos versan sobre varios tipos de acción.

H-4) Un sistema jurídico incluye ciertas normas intencionalmente creadas por un complejo de diversas acciones que conjuntamente constituyen el proceso legislativo.

H-5) Un sistema jurídico es eficaz en el sentido siguiente: las normas de conducta más importantes que pertenecen a él son siempre o casi siempre observadas en la práctica de la gente corriente, cuando realizan acciones de la vida diaria como comprar, pagar impuestos, casarse, etc.; otras normas de conducta incluidas en este sistema son ampliamente observadas de esta forma; la mayoría de ellas al menos no son violadas sistemáticamente.

H-6) Un sistema jurídico es también eficaz en otro sentido. Algunas normas de conducta importantes que pertenecen a él son siempre o casi siempre observadas en la práctica de los funcionarios públicos, aplicándolas así para afectar a las acciones de otros. Algunos de los funcionarios, por ejemplo, jueces, fiscales, policías, funcionarios de prisiones, etc., participan en el ejercicio de la fuerza jurídicamente autorizada.

H-7) El Derecho a menudo se publica y se aplica abiertamente; también es con frecuencia interpretado por juristas y abogados profesionales, utilizando doctrinas y métodos establecidos y altamente sofisticados.

2. *Hechos que crean deberes como hechos que crean Derecho*

Supongamos ahora que el sistema jurídico en cuestión, por ejemplo, el sistema de Pol Pot, contiene muchísimas disposiciones extremadamente inmorales. Es extremadamente inmoral como promedio, «*im grossen und ganzen*» (cfr. Kriele, 1979, especialmente 177; Dreier, 1982, 41 y sigs.). Resulta plausible suponer que este sistema «jurídico» no es ni siquiera *prima facie* un Derecho válido. Es moralmente mejor para una sociedad permitir a un individuo decidir todos los casos según su propio juicio moral que establecer un ordenamiento normativo que lleva con demasiada frecuencia a decisiones moralmente incorrectas. «*Lex iniustissima non est lex*».

Esta tesis puede compararse con la «tradición central del iusnaturalismo», que «ha afirmado que los Derechos injustos no son Derecho»... «*Lex iniusta non est lex*... implica (i) que algún significado-contenido normativo tiene para alguna comunidad el status... de Derecho (ii) que ese Derecho es injusto.... y (iii) que la obediencia a ese Derecho... *no* está justificada» (Finnis, 1980, 364-365). Pero «eso es despachar demasiado fácilmente el problema de los malos Derechos... Debemos decir por lo tanto... que *lex iniustissima non est lex*» (Lucas, 1980, 123).

Dado que el proceso legislativo democrático no es perfecto, pueden dictarse leyes injustas no sólo en un Estado totalitario, sino también en una sociedad democrática. Podemos criticarlas, incluso si aprobamos el sistema jurídico como tal. Los sistemas jurídicos de países como Sudáfrica o Cuba merecen una crítica más amplia, pero uno debe reconocer su carácter de Derecho válido. Sólo la inmoralidad *extrema* de un sistema normativo en su conjunto apoya la conclusión de que el sistema no es Derecho válido.

Los siguientes hechos, *inter alia*, constituyen razones en contra de considerar un sistema normativo como extremadamente inmoral (cfr. Peczenik, 1989, 287 y sigs.):

H-8) El sistema normativo en cuestión no es tal que su aplicación causa un sufrimiento extremo.

H-9) El sistema normativo en cuestión no es tal que su aplicación contradice en grado extremo preferencias importantes de un número significativo de personas.

H-10) El sistema normativo en cuestión no es tal que su aplicación contradice claramente los objetivos que caracterizan importantes prácticas sociales.

H-12) El sistema normativo en cuestión no es tal que su aplicación es extremadamente injusta, ya que contradice en grado extremo el principio «los seres semejantes deben ser tratados de manera semejante».

H-13) El sistema normativo en cuestión no es tal que su aplicación es extremadamente injusta, ya que contradice en grado extremo el principio de que los miembros más débiles de la sociedad deben ser protegidos.

H-14) El sistema normativo en cuestión es tal que su aplicación es extremadamente injusta, ya que contradice en grado extremo el principio de que los individuos pueden decidir acerca de los productos de su propio trabajo.

3. *El carácter valorativamente abierto del Derecho válido*

Sin embargo, puede haber razones para *ampliar* la lista de los criterios de Derecho. No podemos determinar con precisión y objetividad criterios para la validez jurídica «considerando todas las cosas». Sólo podemos dar algunas razones *prima facie*, ni suficientes ni necesarias, tanto a favor como en contra de una determinada opción por una combinación de criterios. Al sopesar y equilibrar esas razones, decidimos la selección final de los hechos que uno considera suficientes y/ o necesarios para la validez jurídica. Así se decide, por ejemplo, acerca del carácter e intensidad de las propiedades que un sistema normativo debe reunir para ser Derecho válido.

Este acto de sopesar decide por lo tanto qué grado de perfección ha de tener la estructura jerárquica (H-1) de un sistema jurídico que merezca ese nombre; qué alcance han de tener sus pretensiones de supremacía, plenitud y monopolio de la fuerza (H-3); qué grado de eficacia ha de poseer el sistema (H-5, H-6), etc. Ese mismo acto de sopesar y equilibrar decide cuánto sufrimiento puede causar un sistema normativo, hasta qué punto puede ser injusto, ete. (H-8 - H-14), antes de

negarle su carácter de Derecho válido. Al realizar ese acto de sopesar y equilibrar, podemos, por ejemplo, «compensar» las deficiencias morales del sistema con su elevada eficacia. Se podría decir, por ejemplo, que el sistema hitleriano de 1942, claramente eficaz, era Derecho válido, a pesar de atrocidades tales como el exterminio de los judíos. En 1945, sin embargo, la eficacia del sistema disminuyo y su injusticia aumentó tanto que uno podría poner en duda su validez jurídica (cfr. Peczenik, 1989, 289 y sigs.).

IV. DERECHO Y MORAL «CONSIDERANDO TODAS LAS COSAS»

1. *Derecho «considerando todas las cosas» como Derecho interpretado.*

A este respecto, podemos hablar también de deberes, pretensiones, etc., *jurídicos* «considerando todas las cosas». El Derecho «considerando todas las cosas» es el resultado de la interpretación del Derecho *prima facie*. Dicho con más precisión: Un juicio jurídico es «considerando todas las cosas» en sentido amplio si y sólo si está apoyado en consideraciones relativas a *a)* tantas circunstancias jurídicamente relevantes como sea posible, y *b)* tantos criterios del razonamiento coherente como sea posible (cfr. Peczenik, 1989, 250 y sigs.).

2. *La relación entre las normas jurídicas «considerando todas las cosas» y las normas morales «considerando todas las cosas»*

Podemos considerar ahora una tesis de inclusión acerca de la relación entre lo «considerando todas las cosas» jurídico y lo «considerando todas las cosas» moral (cfr. Peczenik, 1989, 252 y sigs.):

> Si una persona, A, tiene un deber, libertad, pretensión, etc., «considerando todas las cosas» jurídico, en relación con una determinada acción, H, entonces esa persona tiene también un deber, libertad, pretensión, etc., «considerando todas las cosas» moral con el mismo contenido.

El Derecho «considerando todas las cosas», es decir, el Derecho óptimamente interpretado, es por lo tanto una parte de la moral «considerando todas las cosas».

3. *Inclusión, no identidad*

La inclusión del Derecho «considerando todas las cosas» dentro de la moral «considerando todas las cosas» no es, sin embargo, una cuestión de identidad, por las siguientes razones:

1. Si una persona no tiene un deber, libertad, pretensión, etc., «considerando todas las cosas» jurídico con un cierto contenido, todavía puede tener un deber, libertad, pretensión, etc., «considerando todas las cosas» moral con el mismo contenido.

2. Si una persona tiene un deber, pretensión, etc., «considerando todas las cosas» jurídico con un cierto contenido y, en consecuencia, un deber, pretensión, etc., «considerando todas las cosas» moral con el mismo contenido, la identidad se refiere sólo al contenido, no a las razones que deberían aducirse explícitamente para apoyarlo. El mismo contenido, pues, recibe un respaldo distinto en el marco del razonamiento jurídico, y un respaldo distinto en el marco de un razonamiento moral. Si el segundo es completo, debe incluir al primero. Por el contrario, algunas razones morales pueden omitirse en una argumentación jurídica explícita. Esto es así incluso si la argumentación es óptima. Una argumentación jurídica óptima no requiere un apoyo explícito de todas las razones moralmente relevantes, aunque ciertamente requiere un apoyo *implícito* de todas ellas.

Supongamos, por ejemplo, que el tribunal tiene un deber jurídico «considerando todas las cosas» de ignorar los contratos orales de compraventa de inmuebles. La principal razón jurídica de este deber es, por supuesto, que el Derecho impone la forma escrita para tales contratos. Ahora bien, uno *puede* apoyar este deber mediante razones morales sustantivas. Pero para justificar tal deber moral, con independencia del Derecho, uno debe adoptar una visión amplia de la sociedad en su conjunto, y especular así sobre las consecuencias inmorales de la inseguridad relativa a la propiedad inmobiliaria, que supuestamente resultarían del reconocimiento de dichos contratos orales, etc. Tales consideraciones sustantivas pueden ser también apropiadas en el razona miento jurídico, pero ni siquiera la justificación jurídica óptima
necesita contener tanto de ellas como una justificación moral libre.

4. *Las lagunas en el Derecho interpretado. Interpretación jurídica y Crítica moral.*

El Derecho (*prima facie*) socialmente establecido constituye

razones morales *prima facie*. Tenemos un deber *prima facie* de seguir el Derecho establecido. Pero hay un límite. Este deber *prima facie* debe ser sopesado frente a otras razones *prima facie* morales. No tenemos un deber «*considerando todas las cosas*» de seguir una norma jurídica injusta.

Esta concepción del Derecho, la moral y la racionalidad, implica que un individuo debe adoptar una actitud crítica hacia el Derecho. El puede criticar una decisión particular, un cierto número de normas jurídicas, o el sistema jurídico en su conjunto.

Podemos realizar dicha crítica dentro del marco del razonamiento jurídico (*«de lege data»*) o fuera de él, adoptando entonces el llamado punto de vista «de política jurídica» (*«de lege ferenda»*). El primero permite ya al jurista reducir la injusticia del Derecho. Una persona que aplica el Derecho establecido puede sopesar su contenido literal frente a otras razones morales *prima facie*. Pero cuando el Derecho inmoral es claro, un intérprete del Derecho no puede hacer gran cosa. Sopesar no lleva a ningún resultado. Sería imposible entonces formular una norma que pudiera satisfacer simultáneamente dos condiciones necesarias de la interpretación jurídica, a saber: 1) que tuviera un apoyo relevante de las normas jurídicas socialmente establecidas; y 2) que tuviera un apoyo suficiente de normas morales *prima facie*. En un caso así, simplemente no existe una norma jurídica «considerando todas las cosas». En cuanto prestamos atención al Derecho establecido, tenemos que dejar de lado la moral, y viceversa. Ninguna norma jurídica «considerando todas las cosas» puede basarse en la norma jurídica socialmente establecida en cuestión. En consecuencia, ninguna norma jurídica definitiva que uno adopte puede ser correcta. Hay una laguna en el Derecho; no ya simplemente en el Derecho *prima facie*, socialmente establecido, sino en el Derecho «considerando todas las cosas», interpretado (cfr. Peczenik, 1989, 254 y sigs.).

(Trad. de Juan A. Pérez Lledó)

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, Aulis, 1987, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht/ Boston/ Lancaster/ Tokio: Reidel.

Alexy, Robert, 1985, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos (Frankfurt/M. 1986: Suhrkamp).

Dworkin, Ronald, 1987, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Ekhoff, Torstein, 1980. Retningslinjer og «tumregler», *Tidskrift for Rettsvitenskap*.

Finnis, John, 1980, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press.

Kriele, Martin, 1979, *Recht und Praktische Vernunft*, Göttingen: Vandenhoek & Ruprecht.

Lucas, J. R., 1980, *On Justice*, Oxford, Clarendon Press.

Mackie, John L., 1977, *Ethics. Inventing Right and Wrong*, Harmondsworth: Penguin.

Peczenik, Aleksander, 1989, *On Law and Reason*, Dordrecht/ Boston/ London: Kluwer.

Raz, Joseph, 1979, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press.

Rentto, Juha-Pekka, *Prudentia Juris. The Art of the Good and the Just*, Turku: Turun Yliopisto.

Ross, W. D., 1930, *The Right and the Good*, Oxford, Clarendon Press.

ALGO MÁS ACERCA DE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

El debate acerca de la relación entre derecho y moral tiene, como todos sabemos, una tradición milenaria. Comienza justamente en el momento en que se inicia la reflexión acerca de cuál es la denotación de la palabra «derecho». No existe prácticamente ningún jurista con un mínimo de interés por cuestiones filosóficas, que no haya intervenido en esta polémica. No es por ello aventurado suponer que ha de estar agotado el repertorio de los argumentos disponibles y que seguir hablando sobre este tema equivale a reiterar -en el mejor de los casos con diferentes acentos- lo ya dicho hasta el cansancio. Lo sensato entonces sería simplemente callar.

Sin embargo, el tema mismo ejerce una fascinación tal que siempre queda la esperanza justificatoria de poder formular algunas observaciones que contribuyan a precisar el estado de la cuestión y, sobre todo, a aclarar la propia posición. Probablemente por ello, uno abandona la vía del silencio y se lanza a decir algo más acerca de la relación entre derecho y moral.

Por lo pronto, pienso que no es aventurado afirmar que la innegable persistencia de la polémica se debe, por una parte, a los diversos puntos de vista que se adoptan para la definición del concepto de derecho y a los distintos significados que suele atribuirse a la palabra «moral», por otra. Ya hace casi tres décadas, Norberto Bobbio, al referirse a la polémica entre iusnaturalistas y iuspositivistas, observaba:

> «las expresiones «iusnaturalismo» y «positivismo jurídico» han sido adoptadas con significados tan diversos que las relaciones entre las dos corrientes se colocan en diversos planos según que se trate de uno o de otro significado. [...] Precisamente por no tener en cuenta los diversos planos, se crea la curiosa consecuencia de que a menudo los argumentos de los adversarios no se encuentran y que después del duelo a muerte, ambos están más vivos que al principio.» (Norberto Bobbio 1962, en 1965, 67.)

A su vez, la palabra «moral» puede ser utilizada para designar la moral positiva (en el sentido de John Austin 1954, 268), es decir, las mores de una determinada sociedad o de sus grupos dirigentes, o la moral crítica o ética.

En lo que sigue, deseo presentar algunas reflexiones sobre este tema, vinculadas con la relación entre los ordenamientos jurídicos existentes y la moral en su doble acepción.

La referencia a ordenamientos jurídicos existentes significa que habré de tomar en cuenta sólo el derecho tal como es y no como debería ser. Es decir, adoptaré una posición iuspositivista por lo que respecta a la teoría general del derecho y al modo de entender la ciencia del derecho. Sostendré, en cambio, que el positivismo jurídico no puede dar cuenta del funcionamiento real de los ordenamientos jurídicos positivos si rechaza no sólo la vinculación necesaria entre existencia del derecho positivo y moral en el sentido de *mores* sino también entre derecho y ética. Los argumentos que suelen ser esgrimidos en favor de la separación entre derecho y moral se basan principalmente en dos consideraciones: la primera de ellas es de tipo conceptual y sostiene que pretender incluir elementos morales en la definición del derecho significa una restricción inadmisible del campo de denotación de la palabra «derecho». Norbert Hoerster (1889, 10) llama a esta tesis la *tesis de la neutralidad*. Como es obvio, se aduce, que existen sistemas jurídicos injustos, si reservamos la palabra «derecho» sólo para referirnos a aquellos ordenamientos que no lo son, la única posibilidad que nos queda para designar regímenes jurídicos injustos es recurrir a expresiones plenas de carga emotiva tales como «injusticia institucionalizada», «dominación de la violencia» y otras similares.

Pero existe otro ámbito en el cual sería también relevante la distinción entre derecho y moral: es el de las consecuencias prácticas que de aquélla derivan. El rechazo de la tesis de la neutralidad atrofiaría la conciencia moral del individuo por lo que respecta a su evaluación del ordenamiento jurídico en el que vive y reforzaría consecuentemente las posibilidades de manipulación de la ciudadanía por parte de los gobernantes.

Para repensar esta cuestión, en lo que sigue habré de analizar estos dos tipos de argumentos. Por ello, he de considerar:

I) Si puede prescindirse de la vinculación entre derecho y moral (en sus dos versiones de moral positiva y crítica o ética) cuando se habla de ordenamientos jurídicos existentes. Mi conclusión será que ello es imposible.

II) Cuáles son las consecuencias prácticas que resultan de la aceptación o rechazo de la tesis de la separación entre derecho y

moral. Esto significa enfrentarse con la cuestión de saber si la tesis de la neutralidad es éticamente la «más conveniente». Intentaré demostrar que la adhesión a esta tesis tiene implicaciones prácticas mucho menos relevantes que lo que suele suponerse.

I

En un artículo publicado recientemente, Philip Soper (1989) ha puesto de manifiesto que si se admite -como suelen hacerlo las teorías iuspositivistas de orientación hartiana- que «una teoría del derecho tiene que incluir una descripción de las pretensiones normativas formuladas por quienes aceptan o aplican el sistema jurídico», ello resulta inconsistente con una tesis central del positivismo jurídico, es decir, la que niega la existencia de una conexión necesaria entre derecho y moral:

> «Dicho de otra manera, si el positivismo lleva a cabo coherentemente su proyecto de exponer las pretensiones normativas que las autoridades formulan con respecto al derecho, surge entonces un modelo en el cual la «esencia» del positivismo (la negación de la conexión necesaria entre derecho y moralidad) es incompatible con la «esencia» del derecho (una creencia justamente en tal conexión).» (Philip Soper 1989, 209.)

La línea argumentativa de Soper subraya la necesidad de vincular el enfoque de la teoría política con el de la teoría jurídica para poner de manifiesto la insostenibilidad de la tesis de la separación entre derecho y moral. Como, por mi parte, en un trabajo sobre el concepto de estabilidad de los sistemas políticos (Garzón Valdés, 1987), había propuesto partir de la teoría jurídica para lograr una mejor comprensión de la teoría política, justamente por lo que respecta a la relación entre moral y política, esta coincidencia -aunque en dirección contraria- con Soper me sugiere la conveniencia de seguir avanzando por esta misma vía.

Todo sistema jurídico existente (el único que, según el positivismo jurídico, merece la atención del científico del derecho) requiere como condición necesaria, aunque no suficiente, la adhesión a sus principios y normas por parte de las autoridades y funcionarios del sistema. Esto es lo que en la terminología de H. L. A. Hart es llamado «punto de vista interno», para distinguirlo del «punto de vista externo», es decir, de la actitud que adoptan frente al sistema quienes lo obedecen sólo por razones prudenciales o quienes observan desde afuera el sistema:

> «En todo momento de la vida de toda sociedad que vive bajo reglas, jurídicas o no, es probable que exista una tensión entre quienes, por una parte, aceptan y cooperan voluntariamente en el mantenimiento de las reglas y, por ello, juzgan su propio comportamiento y el de las otras personas en términos de las reglas, y, por otra, quienes rechazan las reglas y las siguen sólo desde el punto de vista externo, como señal de posible castigo.» (H. L. A. Hart 1961, 88.)

Quienes adhieren al sistema, es decir, quienes adoptan el punto de vista interno, lo hacen porque aceptan sus normas en tanto pautas de comportamiento. Como esta aceptación no puede, por definición, deberse a razones prudenciales (el temor a un posible castigo o la esperanza de obtener algún premio, por ejemplo), no parece aventurado afirmar que su fundamento ha de buscarse en la creencia de que las normas coinciden con los principios y reglas supremas de justificación y orientación del comportamiento que ellos sustentan. Por ello, la reacción frente a quienes no aceptan las reglas básicas del sistema ha de ser más fuerte que la de un mero juicio condenatorio por desobediencia. Para decirlo con palabras de Neil MacCormick (1981, 161):

> «Cuando el mal es hecho en nombre del derecho, lo peor es que todo lo que se hace en nombre del derecho es inevitablemente hecho también en nombre de la moralidad pública. Por lo tanto, parece simplemente inconcebible que las apelaciones al derecho -aun cuando se trate de un derecho perverso- puedan echar por la borda su carga moral [...] [o] que no será considerado como algo virtuoso -por más que lo sea en un punto muy modesto de la escala de la virtud- el que una persona obedezca el derecho, aun cuando el derecho que ella obedece contenga mucho de malo. Por la misma razón, quien viola el derecho, por más grande que pueda ser su conciencia moral, será siempre estigmatizado por las autoridades legales como un delincuente moral y como un peligro moral.»

Por supuesto que alguien podría sostener que esta afirmación es exagerada y que la parte oficial se limita a la aplicación de las normas válidas, sin necesidad de recurrir a otro criterio de validez como no sea el del respeto de un procedimiento fijado en la Constitución. Esto puede ser verdad a primera vista en muchos casos, pero lo que no puede negarse es que siempre es posible preguntar a la parte oficial por qué considera que debe obedecerse lo que establece la Constitución, es decir, por qué considera que la Constitución es válida. Las explicaciones puramente procedimentales como las propuestas por Niklas Luhmann (cfr. por ejemplo, 1975, 37) no me parecen satisfactorias, como ya lo

he expuesto en otro lugar (cfr. Garzón Valdés, 1987, 7). Así pues, si la persona a quien se dirige la pregunta no quiere cometer falacia alguna y, además, desea superar las limitaciones del enfoque procedimental, tendrá que recurrir a alguna explicación normativa. Si, además, rechaza las apelaciones de tipo teológico, tendrá necesariamente que invocar argumentos tales como «porque lo que establece la Constitución es correcto». El criterio de esta corrección tendrá, pues, que ser extrajurídico y estar colocado a un nivel tal que sirva como justificación última. Este tipo de justificaciones es precisamente lo que suele llamarse justificaciones morales.

Porque ello es así, quienes adoptan el punto de vista interno (es decir, por lo pronto, los legisladores y funcionarios; dicho brevemente: la parte oficial) sostendrán que su sistema coincide con la moral, también en el sentido fuerte de la palabra, es decir, como ética. Pues es obvio que quienes adhieren internamente a las normas lo hacen porque consideran que ellas son las «verdaderamente» correctas. La distinción hartiana entre «tener una obligación» y «sentirse obligado» tiene sentido sólo si se admite que quienes afirman tener una obligación lo hacen porque piensan que las normas que la imponen son las correctas, también desde el punto de vista ético. Si se recuerda la distinción propuesta por Ingemar Hedenius (1981, 122 sigs.) entre «proposiciones morales internas» y «externas», puede decirse que la expresión del punto de vista interno es siempre también una «proposición moral interna» con la que las autoridades y funcionarios del sistema jurídico manifiestan su creencia en la corrección ética del sistema. Esto es lo que Max Weber llamaba «creencia en la legitimidad» y a lo que el politicólogo Seymour M. Lipset (1959, 86 sig.) se refiere cuando afirma que «los grupos considerarán a un sistema político como legítimo o ilegítimo de acuerdo con la forma como sus valores [los del sistema, E. G. V.] coincidan con sus valores primarios».

Sin embargo, podría insistirse en la tesis de la separación y sostener que todo esto no tiene nada que ver con actitudes morales de la parte oficial del sistema. Uno de los autores que con mayor vehemencia ha sostenido últimamente la tesis de la separación desde una perspectiva hartiana es Rolf Sartorius. Conviene por ello detenerse en la consideración de su argumento central: si la parte oficial simplemente hace cumplir las reglas válidas de acuerdo con la regla de reconocimiento y los ciudadanos en su mayor parte las obedecen «puede decirse que el sistema jurídico existe»; el aspecto volitivo de adhesión a las normas básicas del sistema no sería necesario:

> «Consideremos un sistema jurídico en el que la parte oficial satisface la condición de conformidad y las condiciones de creencia acerca de las preferencias, los sentimientos y las creencias de los demás pero en el cual las creencias son de hecho falsas. Cada miembro de la parte oficial puede, en el fondo de su corazón, rechazar los valores que abraza el sistema y desear su derrumbe pero (creyendo equivocadamente que [por ejemplo] los otros miembros de la parte oficial son buenos nazis) continuar el «juego» de imponer las reglas del sistema [...] básicamente por miedo.» (R. Sartorius, 1987, 51 sig.)

Este sería el caso de un país en el que toda la parte oficial tiene una percepción equivocada de las razones que motivan el comportamiento de sus integrantes y en donde todos ellos, además, rechazan internamente el sistema. No puede negarse que esta situación ofrece un buen argumento para una tragicomedia de errores. El país en el que esto ocurriera podría ser denominado (recurriendo a la raíz germánica *irr* (de donde deriva *Irrium*, error): *Irrlandia*.

Desde luego, esta denominación sólo podría ser dada por un observador extranjero que observara el error en que se encuentran las autoridades de Irrlandia al imputarse recíprocamente creencias equivocadas. Bastaría en ese caso que este observador, con un mínimo de benevolencia, desvelara este error colectivo para que el sistema se derrumbara de inmediato. La estabilidad del sistema hasta ese momento habría requerido, además, que *ninguno* de los ciudadanos se hubiera atrevido a sacar a la parte oficial del error en que se encontraba, a pesar de que ello los hubiese liberado de un régimen que ellos rechazaban. La raíz germánica podría ser aquí también instructiva, ya que de ella deriva igualmente *Irre* (loco). Irrlandia se convierte entonces en *Delirandia*.

Una versión más suave de Irrlandia -y que también sugiere Sartorius- es *Apatilandia*. En este país, la parte oficial no padece los efectos de la creencia errónea sino que no tiene ninguna creencia acerca del valor de las reglas básicas del sistema: simplemente las cumple por hábito, tradición o aburrimiento. En este caso, se aducirá, no puede hablarse en absoluto de una adhesión a las reglas del sistema en sentido fuerte como es el que requiere la adhesión moral.

Hart (1958, 92 sig.) parece haber pensado en la posibilidad de Apatilandia cuando afirma:

> «[T]anto la obediencia general y el ulterior uso de y las actitudes frente a la ley pueden ser motivadas por temor, inercia, admiración de la tradición, o cálculo a largo plazo de intereses egoístas como así

> también por el reconocimiento de una obligación moral. [...] La cuestión acerca de qué es lo que motiva la práctica, aunque importante, es una cuestión independiente.» (Subrayado de E. G. V.)

Pero para que la inercia pudiera explicar (si es que ello es posible) la existencia de una regla de reconocimiento en Apatilandia, habría que agregar que en ese país *Nadie* sustenta creencia alguna acerca de cómo deberían ser las reglas que orientan el comportamiento colectivo, ya que si así no fuera, no podría evitarse una confrontación entre sus creencias acerca de lo que debe ser con lo que efectivamente es. Los apatilandios no tienen que haberse planteado nunca, en ninguno de sus estratos sociales, la pregunta acerca de por qué actúan como actúan.

Estos contraejemplos supuestamente empíricos son una respuesta a la situación imaginada por Sartorius quien invoca en su defensa al propio Hart (1961, 198 sig.):

> [Una] condición necesaria para la existencia de un poder coactivo es que algunos al menos tienen que cooperar en el sistema y aceptar sus reglas [...] pero, no es[...] verdad que aquellos que aceptan el sistema voluntariamente tengan que concebirse a sí mismos como moralmente obligados a hacerlo [...] En realidad, su adhesión al sistema puede estar basada en muchos cálculos diferentes: cálculos de interés a largo plazo; falta de interés en los demás; y actitudes heredadas o tradicionales no reflexionadas; o el simple deseo de actuar como los demás. En verdad, no hay razón por la cual quienes aceptan la autoridad del sistema deberían no examinar su conciencia y decidir que, moralmente, no deberían aceptarla; sin embargo, por una variedad de razones, continúan haciéndolo.»

La cita es buena pero resulta difícil de conciliar con la siguiente afirmación, también de Hart (1961, 56):

> «Lo que es necesario es que haya una actitud crítica reflexiva con respecto a ciertas pautas de comportamiento como un criterio común y que esto se manifieste en crítica (incluyendo la autocrítica), en pedidos de conformidad y en el reconocimiento de que tal crítica y exigencias están justificadas, todo lo cual encuentra su expresión característica en la terminología normativa de ?debe", ?tiene que" y ?debería", ?correcto", ?falso".»

Si quienes adoptan el punto de vista interno asumen también una actitud crítica y autocrítica, no se ve muy bien cómo podría incluirse a las autoridades apatilandesas en esta categoría.

Sartorius (1987, 47) reconoce, por otra parte, que «Hart no intenta asociar el aspecto interno de la existencia de las normas

con aquellos que las aceptan sintiéndose obligados a seguirlas». Pero entonces no se entiende el caso de los jueces no nazis del ejemplo de Sartorius ya que ellos sí se sienten obligados a obedecer las normas nazis por temor a la reacción de los otros jueces supuestamente nazis. Los jueces de Irrlandia dirían seguramente que ellos «se sienten obligados a actuar así» que «probablemente sufrirán algún castigo o represalia si no lo hacen». Pero este tipo de razones son justamente las que corresponden al punto de vista externo (cfr. H. L. A. Hart 1961, 88).

Sea como sea, en los casos de Irrlandia y Apatilandia, me he referido a la inestabilidad estructural de estos sistemas, pero he presupuesto también la posibilidad de su existencia (por más improbable que ella pueda ser). Sin embargo, la tesis que deseo sostener es más fuerte: entre derecho y moral existe una relación conceptual, es decir, el sistema jurídico no puede existir sin la pretensión de corrección moral de su regla de reconocimiento.

Theodor Viehweg ha señalado reiteradamente (cfr. especialmente T. Viehweg, 1960) que ninguna sociedad puede mantener su cohesión si no cuenta con una estructura jurídica que establezca dogmáticamente qué es lo que en ella se considera justo. Todo jurista práctico, tanto en su función interpretativa como legislativa, está sujeto a esta estructura dogmática, que es justamente la que posibilita la convivencia al permitir la coordinación de las acciones de los individuos que integran un colectivo cualquiera. La parte oficial del sistema jurídico es la que se encarga primordialmente de hacer valer la *intentio dogmatica* del derecho, cuya corrección no puede poner en tela de juicio.

Esta *intentio dogmatica* suele ser curiosamente desplazada a segundo plano hasta por los más lúcidos representantes de la tesis de la neutralidad. Tal es el caso de Norbert Hoerster, quien considera (1989, 21) como caracterización suficiente de las normas jurídicas la siguiente:

> «1. Estas normas han sido creadas de acuerdo con una Constitución nacional que posee vigencia en la sociedad. 2. Estas normas son parte de un orden normativo que prevé la aplicación de la coacción física llevada a cabo regularmente por los funcionarios competentes. De aquí se sigue 3. quien se niegue a obedecer estas normas tendrá que contar con las consecuencias amenazadas.»

Hoerster se refiere obviamente a normas vigentes en un Sistema existente y no a proyectos de sistemas jurídicos. Pero, en este caso, al concepto de «funcionario competente» pertenece la pretensión de autoridad y al de «Constitución vigente» la *inten-*

tio dogmatica. Por ello, puede afirmar Gerald J. Postema (1987, 92 sig.):

> «La propiedad que distingue al derecho de otros ejercicios del poder social es que el derecho -o más bien la parte oficial- pretende autoridad para la formulación de sus directrices lo mismo que para respaldarlas con la amenaza de la fuerza. Nos vemos forzados a negar hasta *de facto* autoridad a los imperativos respaldados por la fuerza si aquellos que los formulan no pueden pretender legitimidad sin contradicción o autoengaño. [...] Si (la parte oficial, E. G. V.) no puede pretender legitimidad para ella misma, no tenemos base sobre la cual podamos acordarle, ni siquiera *de facto*, legitimidad. Pero, entonces, hay un sentido directo en el cual la fuerza coactiva institucionalizada no puede ser considerada como derecho.» (1987, 93).

Vistas así las cosas, quien sostenga la tesis de la neutralidad, se ve enfrentado con un doble problema: en primer lugar, si acepta que la validez de las normas del sistema (inclusive la Constitución) depende de su coincidencia con los criterios establecidos en última instancia por una regla de reconocimiento (algo que admitiría probablemente Hoerster) tendrá que aceptar también que conceptualmente ella está vinculada con el punto de vista interno de, al menos, la parte oficial del sistema, es decir, de su adhesión a esa regla por razones no prudenciales; segundo, si quiere describir qué es lo que realmente hacen quienes dictan y aplican el derecho, no puede dejar de tomar en cuenta la pretensión de corrección normativa que sustentan estas personas, que no puede basarse, en última instancia, en una especie de mandato presupuesto, moralmente neutro, que obligaría a obedecer la Constitución si es que no se quiere caer en las conocidas dificultades de una norma básica de tipo kelseniano.

Como es sabido, la tarea que se impuso Hart en su crítica a la teoría imperativa tal como fuera formulada por Bentham y Austin era doble: por una parte, explicar la normatividad del derecho y, por otra, mantener la separación conceptual entre derecho y moral. Para esto último, insistió en la necesidad de considerar que expresiones tales como «obligación», «deber», «derechos» tienen un significado diferente en contextos jurídicos y morales. Con respecto a lo primero, la solución que propuso fue distinguir entre punto de vista interno y punto de vista externo. Sobre esta base, pudo distinguir también entre enunciados internos (o «comprometidos», «*committed*») y externos (o «informes», «*reports*»). Posteriormente, en su trabajo sobre Bentham (cfr. H. L. A. Hart, 1982), introdujo una tercera categoría intermedia: los enunciados «desprendidos», no comprometidos («*de-*

tached»). Estos últimos son enunciados que se formulan desde el punto de vista de quien acepta la validez de las normas sin comprometerse; podrían ser considerados como la expresión de una aceptación en sentido débil. Con esto quería subrayar la diferencia entre obligación jurídica y obligación moral, ya que quienes formulan enunciados «desprendidos» no tienen porqué adherir al contenido de la norma en cuestión y, sin embargo, pueden formular enunciados de obligación.

Esta puede ser una forma adecuada de exponer la actitud que en muchos casos asumen los jueces; no tiene nada de insólito que un juez pronuncie una sentencia conforme a la ley vigente, aun cuando no adhiera internamente al contenido de la misma. La ley le ofrecería lo que Hart llama «razones jurídicas vinculantes», que son perentorias e independientes de su contenido. Pero, lo importante es saber si estos enunciados no comprometidos pueden darse sin el apoyo de los comprometidos, es decir, los formulados desde un punto de vista interno, con sus connotaciones morales. Pienso que ello es imposible.

Dentro de ciertos límites, en el caso de los jueces, probablemente Hart tenga razón en el sentido de que cuando aplican el derecho no tienen porqué suponer la legitimidad moral de la legislatura:

> «Así los jueces individuales pueden explicar o justificar su aceptación de las disposiciones del legislador diciendo que ellos desean continuar una práctica establecida o que, al asumir su cargo, han jurado continuarla o que ellos han aceptado tácitamente hacerlo al aceptar el cargo de juez. Todo esto sería compatible con jueces que, o bien no tienen ninguna creencia con respecto a la legitimidad moral de la legislatura o hasta creen que ésta no tiene ninguna.» (H. L. A. Hart, 1982, 265.)

Y hasta podría admitirse que algunos legisladores prestan su consentimiento a ciertas leyes, aun cuando estén convencidos de su incorrección moral. Lo hacen por lealtad partidista o por el temor a perder su mandato, es decir, por razones prudenciales. Pero, el problema consiste en saber si esta actitud puede conceptualmente ser generalizada. El concepto mismo de razones perentorias es dependiente de la atribución de autoridad a quien las formula, y quien se presenta como autoridad última del sistema no puede invocar -so pena de caer en un círculo vicioso razones perentorias sino que tiene que adherir en sentido fuerte al contenido de sus normas, es decir, otorgarles su aprobación moral.

Si esto es así, puede inferirse que no es posible excluir del concepto de derecho (existente, positivo) su vinculación con la moral, si es que se lo quiere entender tal como es y como funciona en la realidad.

En efecto, como lo he señalado más arriba, quienes adoptan el punto de vista interno, sólo pueden explicar la validez última de las normas del sistema recurriendo a argumentos morales, que para ellos se identifican con argumentos éticos. Dicho en términos de la teoría política: para ellos, legitimación coincide con legitimidad, entendida esta última como coincidencia de las normas del sistema con los principios de la ética.

Por ello, el punto de vista interno puede ser llamado también «pretensión de legitimidad», es decir, que quien lo adopta formula una pretensión de corrección ética. Con la pretensión de legitimidad sucede lo mismo que con la pretensión de verdad que sustenta quien afirma creer en la verdad de una proposición descriptiva. Es obvio que quien cree en la verdad de *P* considera que *P* es verdadera. Desde el punto de vista de la persona que sustenta una creencia, creencia y verdad coinciden. Por ello, podía afirmar Ludwig Wittgenstein (1960, 500):

> «Si existiera un verbo con el significado ?creer falsamente", no tendría sentido la primera persona del indicativo ?creo..., y no es así" sería una contradicción.»

Con respecto a la pretensión de legitimidad y la relación entre moral y ética, la observación de Wittgenstein podría ser parafraseada de la siguiente manera:

> Es contradictorio afirmar:
> «Creo en la legitimidad de mi sistema, pero es ilegítimo.»
> O:
> «Creo en la legitimidad de mi sistema, pero no pretendo que lo sea.»
> O:
> «Creo que la regla de reconocimiento coincide con mis valoraciones primarias, pero es incorrecta moralmente.»
> O:
> «Mi posición moral es éticamente incorrecta.»

Ante frases como éstas, a más de una desconcertante sorpresa, no dejaríamos de sentir una cierta satisfacción etnológica por haber descubierto finalmente auténticos irrlandeses.

Desde un enfoque algo diferente, Robert Alexy (1989, 177) se ha referido a la «pretensión de corrección», como un «elemento necesario del concepto de derecho. Ella establece la conexión

entre derecho y moralidad». Para ilustrarla, recurre al siguiente ejemplo: supongamos que en un Estado X una asamblea constitucional resuelve incluir en el artículo primero de la Constitución la siguiente frase:

> *X* es una república soberana, federal e injusta.

Sin duda, este artículo es manifiestamente defectuoso. Pero, el defecto no es técnico, moral o convencional sino conceptual:

> «Con el acto de dictar una Constitución está necesariamente conectada una pretensión de corrección, en este caso, una pretensión de justicia. El autor de una Constitución comete una contradicción performativa si el contenido de su acto constitucional niega esta pretensión, mientras que la plantea con la ejecución de su acto.» (R. Alexy, 1989, 179.)

Pretensión de legitimidad, pretensión de corrección o pretensión de autoridad (fórmula utilizada por Philip Soper, *loc. cit.*) son expresiones sinónimas que indican la vinculación conceptual entre derecho y moral. Así como Hoerster (1989, 22) afirma que hablar de derecho positivo es un mero pleonasmo, podría decirse que hablar de autoridad con pretensión de autoridad o de legitimidad también lo es.

Por supuesto que sostener esto no tiene nada que ver con la afirmación de criterios seguros para determinar la validez «objetiva» de los juicios morales o para juzgar la corrección moral de estas pretensiones. Pero, el observador externo que analiza el sistema jurídico en cuestión, sólo podrá explicar totalmente la validez de sus normas si recurre a las convicciones extrajurídicas (morales) de quienes la dictan y aplican. Y, desde luego, puede suceder aquí que el observador no acepte la concepción moral de las autoridades y funcionarios por considerar que ella viola principios éticos. Desde el punto de vista del observador externo, siempre es posible establecer una distinción entre legitimación y legitimidad, de la misma manera que es posible hacerlo con respecto a la creencia de verdad de un tercero. Es obvio que sus «proposiciones morales internas» pueden no coincidir con las de quienes aceptan e imponen el sistema objeto de su consideración. Pero, de aquí no se sigue sin más que necesariamente deba negar el carácter de jurídico al sistema que considera. De la negación de la tesis de la neutralidad no se sigue que no pueda calificarse a un sistema jurídico existente como inmoral.

Dicho con otras palabras: las autoridades y funcionarios se

contradirían a ellos mismos si sostuvieran que la ética no juega ningún papel en el concepto de validez de las normas frente a las que adoptan un punto de vista interno; a su vez, el observador, en nuestro caso el científico del derecho, tampoco podría dar cuenta de los prerrequisitos de la existencia de un sistema jurídico si negara su fundamento último en la moral positiva sustentada por la parte oficial del sistema, que para ella coincide con la ética. En cualquiera de los dos casos resulta pues falsa la separación de derecho y moral a nivel conceptual.

La citada caracterización de Hoerster de las normas jurídicas parece ser muy similar a la de Bentham y deja sin explicar la normatividad de los enunciados de obligación jurídica. Ya Hart (1982, 144 sig.) lo había visto claramente:

> «Decir que una persona tiene una obligación jurídica de realizar un cierto acto no es, a pesar de que pueda implicarlo, un enunciado acerca del derecho o un enunciado que dice que existe una ley que le exige que se comporte de cierta manera. Es más bien evaluar su actuación o no actuación desde el punto de vista adoptado al menos por los tribunales del sistema jurídico que aceptan el derecho como una pauta de guía y evaluación de la conducta, determinando lo que es permisible mediante exigencias y presión de conformidad. Tales enunciados no son enunciados históricos o fácticos que describen acciones pasadas, presentes o futuras [...] [son] enunciados normativos. [...] Muchos intentos se han realizado para «reducir» los enunciados normativos a proposiciones históricas o fácticas [...] tales esfuerzos han fracasado [...]

Creo que esta última frase vale también para los intentos de explicar la normatividad sin recurrir a la pretensión de autoridad, de legitimidad o de corrección de la parte oficial del sistema, pretensión que no puede basarse circularmente en consideraciones prudenciales o pender en el aire de la apatía o del hábito no reflexionado. La fidelidad a la tesis de la neutralidad trae los problemas que he intentado señalar y sugiere la conclusión de que Hart no puede solucionar satisfactoriamente el problema de la normatividad del derecho si insiste en mantener esta tesis.

Resumiendo, podría decirse que, a nivel descriptivo, la tesis de la neutralidad puede tener alguna de estas dos formulaciones: *a)* la moral positiva no juega ningún papel en el concepto de derecho, o *b)* la ética no juega ningún papel en el concepto de derecho.

Lo que he tratado de sostener aquí es que, desde el punto de vista de la mayor parte de las autoridades y funcionarios (salvo

los casos de IrrIandia y Apatilandia), las versiones *a)* y *b)* son falsas y que desde el punto de vista del observador, por lo menos la versión *a)* es falsa.

Pero podría ahora pensarse en el caso de un defensor de la tesis de la neutralidad que, dejando de lado los problemas conceptuales aquí tratados, sostuviera que la tesis de la conexión entre derecho y moral es peligrosa en virtud de las consecuencias prácticas que de ella derivan. A este punto quiero ahora referirme.

II

Uno de los argumentos fuertes en favor de la separación entre derecho y moral es el que sostiene que esta última no debería jugar ningún papel en la definición de derecho, justamente por razones éticas. Dejando de lado las dificultades que ello implica de acuerdo con lo expuesto en la sección anterior, quiero ahora considerar esta argumentación por separado.

La he calificado de fuerte porque suele invocar a su favor algo que no cuesta aceptar como principio básico de la ética, es decir, el respeto de la autonomía de las personas en el sentido de seres capaces de adoptar evaluaciones personales con respecto al deber de obediencia de las normas jurídicas. Para decirlo con palabras de H. L. A. Hart (1961, 205 sig.):

> «Mientras los seres humanos puedan obtener suficiente cooperación de algunos de forma tal que les permita dominar a otros, usarán las formas del derecho como uno de sus instrumentos. Hombres malvados dictarán reglas malvadas que otros aplicarán. Lo que seguramente más se necesita a fin de lograr que las personas sean perspicaces cuando se ven confrontadas con el abuso oficial del poder es que ellas conserven el sentido de que la certificación de que algo es jurídicamente válido no es concluyente con respecto a la cuestión de la obediencia y que, por más grande que pueda ser el aura de majestad o autoridad que el sistema oficial pueda tener, sus exigencias tienen, en última instancia, que ser sometidas a examen moral.»

Los peligros de la confusión entre «derecho» y «justicia» fueron también subrayados por Hans Kelsen (1948, 383):

> «Tiene el efecto que todo derecho positivo [...] ha de ser considerado a primera vista como justo ya que se presenta como derecho y es generalmente llamado derecho. Puede ser dudoso que merezca ser llamado derecho, pero tiene el beneficio de la duda. Quien niegue la

> justicia de tal «derecho» tiene que probarlo; y esta prueba es prácticamente imposible ya que no hay un criterio objetivo de la justicia. Por lo tanto, el efecto real de la identificación terminológica de derecho y justicia es una justificación ilícita de cualquier derecho positivo.»

Tanto en el caso de Hart como en el de KeIsen, no hay duda que la insistencia en mantener la tesis de la separación se debe a razones morales. Justamente porque ambos juristas eran «moralistas críticos», como diría Neil MacCormick (1981, 169), ambos sostenían la conveniencia de eliminar del concepto de derecho toda referencia a su moralidad. Sobre la afirmación de Kelsen acerca de la imposibilidad de contar con criterios objetivos de justicia, volveré más adelante.

Ahora me interesa señalar que a esta concepción parece subyacer no sólo el temor a una justificación ¡lícita de los ordenamientos jurídicos sino también -y esto es mucho más importante- la creencia de que el rechazo de la tesis de la separación destruye, o al menos reduce, la capacidad crítica de los ciudadanos. Dicho con otras palabras: se supone una vinculación de correlación entre la obligación impuesta por la parte oficial, de acuerdo con sus creencias morales, y la creencia en el deber moral de obediencia de estos mandatos por parte de los ciudadanos.

Como se ha visto más arriba, la parte oficial, sean sus integrantes iusnaturalistas o iuspositivistas, sostendrá, por lo general, que las normas del sistema que ella dicta o aplica son moralmente correctas.

Como contraargumento, podría recordarse la frase que Gustav Radbruch incluyera en la 3.ª edición de su Rechtsphilosophie (1932):

> «El juez tiene la obligación profesional de hacer valer la voluntad de validez de la ley, sacrificar el propio sentimiento jurídico ante la orden autoritaria del derecho, preguntar únicamente qué es lo que es derecho y nunca si también es justo. [...] Despreciamos al párroco que predica en contra de sus convicciones, pero honramos al juez que no se deja engañar en su fidelidad a la ley por una sensibilidad jurídica contraria a aquélla.» (*op. cit.* 83.)

En su hora, esta frase escandalizó a los iusnaturalistas debido al énfasis que Radbruch ponía en la superioridad del mandato legal, en lo que Hart llamaría después «razones perentorias», sobre los dictados de la conciencia del juez. Pero, si se acepta que los jueces integran la parte oficial del sistema jurídico y que, por lo tanto, asumen, por lo general, un punto de vista interno con

las connotaciones morales ya señaladas, podría sostenerse, desde una perspectiva iuspositivista, que lo que molesta en la afirma ción radbruchiana es justamente la contradicción que existe entre la adhesión por parte del juez a las reglas del sistema y la concepción moral que este mismo juez sustenta. Hay aquí una contradicción entre las proposiciones que expresan su «punto de vista interno» y sus «proposiciones morales internas». En este sentido, la actitud de desprecio frente a este juez podría estar plenamente justificada, en contra de lo que suponía Radbruch. No se necesita ser iusnaturalista para tener serias dudas no sólo acerca de la integridad moral de este juez sino de su coherencia pragmática.

En cuanto a los ciudadanos, puede suceder que ellos adopten un punto de vista interno o un punto de vista externo con respecto a los mandatos de la parte oficial. En el primer caso, coincidirán con ellos también en sus «proposiciones morales internas»; en el segundo, por definición, no aceptarán la corrección moral de las imposiciones y su obediencia habrá de deberse a razones prudenciales, sean ellos partidarios del iusnaturalismo o del iuspositivismo.

Rudolf Laun (1935, 15) afirmaba:

> «El individuo tiene, por consiguiente, frente al llamado derecho positivo [...] una doble posibilidad: o bien lo aprueba, lo vive en el caso singular de aplicación como deber ser, como exigencia última de su conciencia o de su sentimiento jurídico -en este caso es para él derecho, aun cuando no lo obedezca-, o falta esta aprobación y entonces es para el individuo sólo fuerza violenta, aun cuando se incline ante ella. No existe una tercera posibilidad.»

Esta observación empírica es obviamente verdadera. Me inclino, en cambio, a creer que es falso sostener que exista una relación causal entre la posición (iusnaturalista o iuspositivista) que adopte la parte oficial y la actitud de aprobación o rechazo de sus normas por parte de los ciudadanos. Al respecto, pienso que tienen interés las siguientes consideraciones de Samuel I. Shuman (1963, 207):

> «Si la moderna filosofia del derecho ha de ser acusada políticamente por haber jugado algún papel en los recientes flagelos de la historia, parecería que la acusación presenta un dilema: primero, el recurso a las doctrinas del derecho natural si bien es cierto que puede conducir a una mayor resistencia contra los totalitarismos, también conduce a la disminución de la responsabilidad moral y política del individuo. Segundo, el positivismo jurídico, si bien es cierto que

> vuelve ineludible la responsabilidad individual, quizás espera demasiado de las fuerzas no lógicas de la persona y al dejarlas sin conducción promueve su extravío. No es obvio que deba preferirse la segunda alternativa; pero que deba preferirse la primera es algo que se me presenta como política y moralmente contraproducente. En efecto, el positivismo jurídico, al argumentar en favor de la separación entre derecho y moral, elige la segunda alternativa y revela así al menos parte de su «fundamento moral y emocional», la creencia en la posibilidad de la responsabilidad individual que sirve como baluarte adecuado en contra de los tipos de abusos jurídicos que permiten el surgimiento de un Estado nacional. [...] Por el contrario, el derecho natural, al aceptar la primera de las dos alternativas mencionadas más arriba, desea asegurar que se lleve a cabo la decisión adecuada proporcionando de antemano una versión de la naturaleza del mundo real (jurídico) que incluye ya el esperado comprometimiento valorativo. Al proceder así, el derecho natural revela que su ?fundamento moral y emocional" es la creencia en la incapacidad de tomar las decisiones correctas.»

He presentado esta larga cita porque creo que ella expresa de manera muy clara el argumento de la ventaja ético-pedagógica de la opción por la tesis de la separación y el peligro que puede implicar dotar de un halo de moralidad al derecho positivo. Conviene por ello considerar más de cerca el fundamento de la misma.

Por lo pronto, si bien es correcto sostener que desde el punto de vista moral todo ordenamiento jurídico debe ser sometido al juicio crítico individual, no cuesta encontrar contraejemplos históricos que permiten poner en duda la corrección de la tesis según la cual habría una relación causal entre iusnaturalismo o iuspositivismo y el comportamiento ciudadano. En la larga lista de los cómplices de las dictaduras, se encuentran tanto iusnaturalistas como iuspositivistas y los períodos de vigencia de una u otra posición no coinciden con los resultados esperados o temidos por los filósofos del derecho. El nacionalsocialismo contó tanto con la bendición filosófica de los «iusnaturalistas» Karl Larenz y Hans Helmut Dietze como con la adhesión «iuspositivista» de los jueces que se guiaban por «razones perentorias».

Por las razones expuestas en la primera parte de este trabajo, la parte oficial procurará siempre conferir un halo de moralidad a sus normas y sostendrá que ellas son justas y, por lo tanto, «verdadero derecho». Puede hasta negar tal carácter a los sistemas jurídicos opuestos y autocalificarse, si se quiere, de «iusnaturalista». Pero de aquí no se infiere que esta actitud tenga necesariamente que provocar una obediencia ciudadana ciega. El

resultado no sería tampoco muy diferente si la parte oficial se autocalificara de «iuspositivista» y sostuviera que, a pesar de que sus normas, por definición, no están vinculadas con la moral y que hay que distinguir entre obligación jurídica y obligación moral, ellas tienen que ser obedecidas por haber sido dictadas de acuerdo con un determinado procedimiento y estar respaldadas por sanciones. La equivocada creencia en una relación causal entre iuspositivismo y obediencia a la ley provocó en la Alemania de la inmediata posguerra una estéril polémica que no es aconsejable reiterar.

Y una última consideración: Como hemos visto, Hans Kelsen pensaba que no era posible ofrecer un criterio objetivo de justicia y, por lo tanto debía rechazarse la posición iusnaturalista. En tanto relativista, Kelsen sostenía la imposibilidad de lograr -sin caer en absolutismos metafísicos o teológicos- una fundamentación de las normas morales aceptable universalmente. Pienso que la alternativa kelseniana es demasiado radical. Cabría la posibilidad de un objetivismo ético que aceptara, como punto de partida, el deber de satisfacer las necesidades básicas (naturales y derivadas) de las personas dentro del marco de la mayor libertad individual posible. Esta es la vía sugerida por Mario Bunge (1989) y Ruth Zimmerling (1989).

Pero si ello parece problemático, podría tomarse como criterio objetivo -en el sentido de una aceptación intersubjetiva, propuesto por el propio Kelsen- las declaraciones universales de derechos humanos suscritas por todos los Estados del mundo. En ellas se hace referencia también a normas suprapositivas, sin que esto implique una fundamentación metafísica, sino mas bien la aceptación de una estructura hipotética y presuntiva de los derechos humanos en tanto axiomas no derivables que constituyen un metasistema normativo y regulan el contenido de las normas de los sistemas jurídicos positivos. Esta es la posición, por ejemplo, de Ulrich Klug (1989, 24 sigs.).

Sea cual sea la vía que se elija, no parece desacertado sostener que las posiciones que postulan una separación entre derecho y moral se ven enfrentadas con serios problemas, tanto a nivel conceptual como práctico. Además, sobre el iuspositivismo, entendido como ideología de la justicia, pesan todos los inconvenientes vinculados con un relativismo ético radical, cuyo tratamiento supera, desde luego, los límites de este trabajo (cfr. al respecto, por ejemplo, James S. Fishkin, 1984).

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert (1989), «On Necessary Relations Between Law and Morality», en *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 2, julio.

Austin, John (1954), *The Province of Jurisprudence Determined*, Weidenfeld and Nicolson, Londres.

Bobbio, Norberto (1962), «Giusnaturalismo e positivismo giuridico», en su versión castellana de Ernesto Garzón Valdés en Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, EUDEBA, Buenos Aires, 1965.

Bunge, Mario (1989), *Treatise on Basic Philosophy-The Good and the Right*, vol. 8, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht/ Boston/Lancaster.

Fishkin, James S. (1984), *Beyond Subjective Morality-Ethical Reasoning and Political Philosophy*, Yale University Press, New Haven/Londres.

Garzón Valdés, Ernesto (1987), *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Hart, H. L. A. (1958): «Legal and Moral Obligation», en A. I. Melden (ed.), *Essays in Moral Philosophy*, Seatle.

——— (1961), *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford.

——— (1982), *Essays on Bentham-Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford.

Hedenius Ingemar (1981), «On relativism in ethics», en *Theoria*, vol. XLVII, Parte 3.

Hoerster, Norbert (1989), *Verteidigung des Rechtspositivismus*, Neuwied/ Francfort.

Kelsen, Hans (1948), «Law, State and Justice in the Pure Theory of Law», en *Yale Law Journal*, 57.

Klug, Ulrich (1989), *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*, traducción de Jorge M. Seña, Alfa, Barcelona.

Laun, Rudolf (1935), *Recht und Sittlichkeit*, Berlin.

Lipset, Seymour M. (1959), «Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy», en *American Political Science Review*, 53 (marzo 1959).

Luhmann, Niklas (1975), *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt/Neuwied.

MacCormick, Neil (1981), *H. L. A. Hart*, Edward Arnold (Publishers) Ltd., Londres.

Radbruch, Gustav (1956), *Rechtsphilosophie*, 5.ª edición, K. F. Koehler Verlag, Sttutgart.

Sartorius, Rolf (1987), «Positivism and the Foundations of Legal Authority», en Ruth Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy-The Influence of H. L. A. Hart*, Clarendon Press, Oxford.

Shuman, Samuel I. (1963), *Legal Positivism-Its Scope and Limitations*, Wayne State University Press, Detroit.

Soper, Philip (1989), «Legal Theory and the Claim of Authority», en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 18, núm. 3, págs. 209-237.

Viehweg, Theodor (1960), «Über den Zusammenhang zwischen Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik», en *Estudios Jurídico-sociales-Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, Santiago de Compostela.

Wittgenstein, Ludwig (1960), «Philosophische Untersuchungew», en *Schriften*, Suhrkamp Verlag, Francfort.

Zimmerling, Ruth (1989), «Necesidades básicas y relativismo moral», en *Doxa*, 7, 1990.

DERECHO Y MORAL: VINDICACIÓN DEL OBSERVADOR CRÍTICO Y APORÍA DEL IUSNATURALISTA*

En el encuentro alicantino entre colegas españoles y escandinavos que se recoge en este número y que fue, por cierto, tan intenso y fecundo como amistoso y distendido, el tema de la separación o conexión entre derecho y moral fue, como no podía ser menos, el que suscitó debates más apasionados. Mi propuesta de entonces quiso poner de manifiesto que aquellos *iusnaturalistas* que mantienen sin paliativos esa conexión pueden verse comprometidos con una visión autoritaria de la moral, y ello no por simples vicisitudes históricas o coyunturales, sino por más profundas razones de carácter teórico. Ahora bien, como la cuestión de las relaciones entre moral y derecho es un sendero innumerable, no advertí a tiempo que me proponía hablar de *una* de las estaciones intermedias de *uno* de los itinerarios sin haber hecho ni siquiera mención de las estaciones anteriores o de los demás itinerarios. El grueso de nuestras discusiones, como suele suceder en este tema, se centró en una encrucijada que se encuentra situada mucho antes del asunto que yo proponía: la encrucijada de los «puntos de vista». Tendré, por tanto, que hacer una tentativa de explicar cómo se puede pasar por ella para arribar al tema del iusnaturalismo y sus apuros.

Creo que podemos estar de acuerdo en que el punto de partida de toda la cuestión derecho-moral podría ser la pregunta

* El presente trabajo se ha beneficiado no sólo de las vibrantes discusiones del Seminario de Alicante, sino de largas y exhaustivas conversaciones con Juan Carlos Bayón y Alfonso Ruiz Miguel y de una extensa epístola académica que me envió desde Oxford Juan Ruiz Manero. Y se ha beneficiado tanto que aquellos que sólo conocieron el borrador inicial dudarán de emparentarlo con éste. Las mejoras que haya experimentado respecto de aquél se deben a sus matizaciones y sus abiertas críticas, y son tantas que prefiero reconocerlas de golpe y no párrafo por párrafo, lo que sería premioso. De los errores que sin duda subsisten soy yo el único responsable.

por el sentido y el alcance de este enunciado: «Esto es derecho válido pero es inmoral.» En principio se puede decir que quienes afirman la conexión necesaria entre derecho y moral piensan que en el enunciado en cuestión hay algún tipo de contradicción, mientras que aquellos que niegan tal conexión no ven en el mismo contradicción alguna. Pero, claro, para saber si hay o no hay contradicción tendremos que determinar antes qué significa ese enunciado. Y ahí es precisamente donde surge la tupida red de itinerarios. Porque el aserto «esto es derecho válido pero es inmoral» es extremadamente complejo de entender. No significará lo mismo si lo emite un observador externo que si lo emite un *insider*, es decir, un participante identificado con ese derecho. Cambiará también si por «Esto» entendemos un ordenamiento concebido como un todo o una norma aislada. Su alcance dependerá a su vez de que «válido» signifique *perteneciente* al sistema, *vigente* empíricamente o *vinculante*. Y variará, por último, según hablemos de moralidad positiva o de moralidad crítica. Si tenemos en cuenta todas esas variables juntas el enunciado en cuestión presenta veinticuatro significados posibles. Un buen número de itinerarios, por tanto. Y no son demasiados si se piensa que ha habido quien ha sugerido la posibilidad de que sean nada menos que sesenta y cuatro (Alexy, 1989). Así que, con el fin de evitar en lo posible discusiones estériles anuncio que me refiero solamente a uno de ellos: aquel en el que dicho enunciado es emitido por un *observador* externo sobre una *norma aislada* que satisface los criterios de *pertenencia* a un sistema y es *vigente empíricamente* pero, para las pautas de *moralidad crítica* de ese observador, es inmoral. En este significado decir «Esto es derecho válido pero es inmoral» no es en absoluto contradictorio y, por tanto, en este significado *no* hay una conexión necesaria entre derecho y moral.

I

Ahora bien, ¿por qué hacer una opción de significado como ésta? ¿Cuál puede ser la razón que aconseje en este tema resistir la creciente presencia del «punto de vista interno» y volver a recordar algunas de las virtudes heurísticas de los enunciados externos? Mi respuesta es que tal elección puede apoyarse en una correcta delimitación del problema concreto que se pretende enfrentar con ella. Porque seguramente la cuestión Derecho-Moral no es, como parece, *una sola* cuestión, sino una compleja trama de problemas lo suficientemente heterogéneos. Y, de entre

ellos, el problema particular que creo merece ser subrayado una vez más es un problema práctico: Nos tropezamos con frecuencia con normas que han pasado todos los controles formales de pertenencia a un sistema jurídico y que son, además, aceptadas y aplicadas oficialmente como tales, pero que, sin embargo, violan flagrantemente exigencias morales o demandas de justicia ampliamente compartidas. Normas, por ejemplo, que vulneran claramente la Declaración Universal de Derechos Humanos. Tales normas son consideradas jurídicas pero son tachadas de injustas o inmorales; incluso por la misma persona. De hecho se organizan con frecuencia campañas destinadas a lograr su «derogación», y si tiene sentido tratar de derogar una norma es porque esa norma está de algún modo en vigor como jurídica. Decir de ella que «es derecho válido pero es inmoral» resulta un enunciado perfectamente idóneo a esos propósitos prácticos. Creo, además, que dichos propósitos están muy presentes en la historia misma del problema, que surge seguramente como problema frente a situaciones en las que de lo que se trataba era de poner en pie una plataforma para enfrentar el derecho empírico con pautas de moralidad crítica no reconocidas ni incorporadas a él. Lo que, desde el siglo XVIII, los *ilustrados* trataron de defender es la posibilidad de actitudes críticas frente al poder político y la legislación vigente, y para hacer sitio a esa posibilidad fue para lo que advirtieron que el derecho podía ser inmoral y que decirlo con toda claridad no constituía ninguna contradicción en los términos. No me parece, por ello, superfluo vindicar una vez más a un observador externo capaz de dar sentido a una denuncia que se me antoja extremadamente educadora y necesaria. Al fin y al cabo, aunque todo el mundo viva en el seno de algún ordenamiento jurídico, la mayoría lo hace en el papel de sujeto paciente o, lo que es lo mismo, de mero observador extraño que sufre o disfruta como destinatario la regulación jurídica en cuestión. Animarle a que ose decir: «Muy bien, eso será derecho, pero es una perfecta inmoralidad», me parece aceptar un legado de la Ilustración que merece ser transmitido incesantemente.

Ahora bien, esa elección de un significado tan particular para ese enunciado, podría ser, quizás, sometida a crítica desde el punto de vista teórico o metodológico. ¿No serán, al fin y al cabo, los observadores externos sujetos irremediablemente incapacitados para conocer lo que el derecho válido es? Dedicaré algunas páginas a argumentar en favor de cada uno de los sentidos en que interpreto los términos del enunciado en cuestión para poder llegar a la conclusión de que ese interrogante merece una respuesta negativa.

1. En primer lugar está, por supuesto, la gran cuestión del punto de vista interno y el punto de vista externo. La polarización de la teoría entre ambos se ha visto a veces alimentada por una estrategia argumental que tendía a «esperpentizar» al observador externo dibujándolo como una suerte de alienígena incapaz de tener en cuenta las relaciones de los seres humanos con sus pautas de comportamiento; una mente de una ajeneidad total que sólo es capaz de registrar regularidades estadísticas exteriores en las conductas de su «objeto» de observación. Pero como es de sobra conocido, el observador externo no tiene por qué ser tan pintorescamente ajeno. Puede, desde fuera, dar cuenta de la aceptación de las normas como razones para la acción y pautas de crítica. Puede incluso expresarse a través de lo que Kelsen denominó «proposiciones normativas» o a través de que lo que Raz llama «enunciados jurídicos distanciados». Puede, creo, por tanto, hablar con todo sentido de «derecho válido».

Veo, además, en el «punto de vista interno» algunos posibles problemas. Cuando se le presenta como la opción *epistemológica* correcta puede conducir a un extremado relativismo. MacCormik ha recordado recientemente que la validez de las normas es algo relativo a los sistemas jurídicos. Una norma es válida de acuerdo a los criterios internos de un sistema y no es válida en otro sistema (MacCormik, 1987). Pero una cosa es la validez de una norma y otra distinta la validez del *conocimiento* de que una norma es válida. Si al llamado «punto de vista interno» se le atribuye también el ser la única manera precisa y exhaustiva de *conocer* qué es derecho válido entonces esto obliga a defender una forma severa de relativismo epistemológico en materias jurídicas y, temo, en todo lo referente a prácticas sociales en general. Piénsese que lo que se afirma en este caso es que el valor de verdad de una proposición sobre la validez de las normas es *relativo* a la posición del sujeto cognoscente. Si no se puede conocer lo que es una norma o una práctica social cuando no se es un «insider», entonces los criterios de comprensión de una práctica y, en definitiva, de la verdad de las proposiciones que dan cuenta de ella, serán también internos a dicha práctica. La intersubjetividad de esos juicios sólo podría darse entre los identificados con esa práctica y, en nuestro caso, con el sistema jurídico. Pues bien, aunque no soy partidario de rechazar un cierto tipo de relativismo gnoseológico moderado, creo, sin embargo, que el tipo de relativismo a que nos obliga esta perspectiva es inaceptable. Me parece que sobre la *verdad* del enunciado «La norma A es derecho válido en el sistema X», entre el punto de vista de un

observador mínimamente informado y el del identificado con el sistema *tiene* que haber coincidencia porque su posición ante ese sistema es irrelevante *a efectos cognitivos*. Otra cosa, claro está, es que esa posición tenga otras implicaciones.

Otro foco de interrogantes que suscita el punto de vista interno proviene de la naturaleza misma del problema de la noción de derecho válido, que es la clave de la cuestión derecho/moral. Hart insiste una y otra vez en que esta cuestión es «conceptual» o «definicional». Y es evidente que su clave implícita, es decir, el problema de qué sea «derecho válido», es una pura cuestión definicional. Ahora bien, desde un punto de vista lógico las definiciones son enunciados *metalingüísticos*, es decir, enunciados que pertenecen a un dominio de segundo orden respecto del orden que constituye el lenguaje-objeto. Y las definiciones en el derecho tampoco se ubican lógicamente en el plano de las normas jurídicas sino en un metalenguaje que habla del lenguaje de las normas jurídicas. Esto se advierte por ejemplo en la teoría de Hart, de acuerdo con la cual el tipo de «norma secundaria» y, en particular, la regla de reconocimiento, es una «norma sobre normas» es decir, un enunciado metanormativo. Incluso se ha afirmado (Bulygin, 1976) que tal regla de reconocimiento es, en realidad, una regla conceptual, una definición. Si esto es correcto, entonces el «punto de vista interno» tiene que vérselas con órdenes distintos de lenguajes, el de las definiciones y el de las normas en sentido estricto. ¿Cómo lo hace? Seguramente está claro qué significa hablar «desde dentro» en relación con las normas jurídicas de conducta. Pero cuando se desliza uno de ese lenguaje al metalenguaje de las definiciones, entonces, con respecto a aquél, ya no se están emitiendo «enunciados internos» sino enunciados externos sobre aquellas normas de conducta. Los «internal statements» se dan cuando se *usan* las normas de conducta, pero no cuando se *definen*. Cuando se definen se está situado en un nivel metalingüístico que no puede ser, por lógica, interno al lenguaje-objeto. El «insider», por tanto, «sale» del lenguaje de las normas de conducta cuando apela a la regla de reconocimiento. Es, con respecto a aquél, también un «observador externo». Pero, ¿y con respecto a la propia regla de reconocimiento? Si aceptamos, siguiendo a Bulygin, que se trata de una definición, el «insider» la usará *normativamente* «desde dentro», mientras que el espectador lo hará sólo *lexicográficamente*. Es decir, mientras que el identificado con ella no la usará sólo como criterio cognoscitivo sino también como premisa normativa en un hipotético razonamiento práctico, el observador hará uso de ella *sólo* como instrumento para describir exhaustivamente una

práctica. Lo importante, sin embargo, es que el resultado definicional es equivalente en ambos casos.

Hay un tercer problema recordado con frecuencia y que se plantea también a quienes mantienen la perspectiva del «punto de vista interno». Cuando se dice que no podemos dar cuenta de lo que el derecho es sino mediante «enunciados internos» puede incurrirse en una petición de principio. Sólo puede hablarse de derecho válido -se nos dice- si *al menos* los funcionarios oficiales tienen, respecto de las normas en cuestión, esa actitud interna, lo que para ciertas versiones fuertes de esta perspectiva (Nino, 1989) significa que consideran a esas normas como moralmente vinculantes. Es esto, precisamente, lo que establece la conexión conceptual entre derecho y moral. Ahora bien, para aplicar este criterio cognoscitivo tenemos que saber antes qué cosa es o quién es un «official», es decir, un funcionario, un juez, un legislador, etc... Y la única manera posible de saber esto es apelando a normas jurídicas, a las normas jurídicas que confieren poderes. Estas normas jurídicas son también derecho válido, con lo que al introducir en el *definiens* de «derecho válido» a los funcionarios y jueces el argumento se hace circular. Es una circularidad de la que además, no es fácil salir «desde el punto de vista interno» porque ¿qué respuesta podría darse a la pregunta sobre la validez de las normas que apoderan a los «officials»? ¿Qué los propios «officials» tienen hacia ellas una actitud interna? Sería un poco grotesco suponer que los jueces son jueces porque se consideran a sí mismos *moralmente jueces*. Y si esto no es así, entonces no sólo serían los jueces y funcionarios los que habrían de tener dicha actitud interna, sino también una parte de los ciudadanos, que deberían mirar a sus autoridades «internamente» como autoridades morales, con lo que el derecho acabaría por ser equivalente a una moralidad positiva muy institucionalizada.

Me parece que la cuestión es, más bien, que sabemos lo que el derecho es, no porque sepamos cuál es la actitud de los funcionarios, sino porque sabemos quiénes son los funcionarios. La gente (también los funcionarios) suele tener una similar actitud interna hacia muchos tipos de reglas y pautas y si podemos distinguir entre ellas las que son jurídicas de las que no lo son es porque tenemos un criterio para hacerlo al margen de aquella actitud. Ese es el criterio que nos permite identificar al oficial, legislador y juez como tal funcionario, el criterio que define lo que es el derecho. Y creo que tal criterio es expresable básicamente en términos externos de eficacia general, o para usar terminología hartiana, de existencia de hecho de una práctica com-

pleja de aplicar la regla de reconocimiento (Silvana Castiglione, 1983). Pero como digo, tal existencia de hecho se puede expresar perfectamente con un enunciado externo.

Todas estas consideraciones nos llevan, en suma, a la conclusión de que, por lo que respecta a la competencia epistemológica para determinar qué es «derecho válido», el observador externo se encuentra tan capacitado como el «insider» para llevar dicha tarea a cabo. Un poco más adelante surgirá, sin embargo, otro problema emparentado con esto.

2. La elección del enfoque «norma a norma» en lugar de optar por una visión global del derecho «como un todo» es relativamente sencilla de justificar. Es extremadamente difícil hacer pronunciamientos morales sobre *todo* un sistema jurídico y, en el caso de que tal cosa pudiera hacerse sin excesiva osadía es muy posible que tales pronunciamientos morales fueran en la mayoría de los casos (aunque no necesariamente en todos) una función de pronunciamientos morales sobre normas concretas pertenecientes al todo. Si un orden jurídico es injusto lo es seguramente porque muchas de las normas que pertenecen a él lo son. (Sobre otros problemas de esta distinción, Laporta, 1990).

3. Más incógnitas puede suscitar la elección del significado desde una noción de *validez* como pertenencia formal al sistema. Aquí, inopinadamente, vuelve a aparecer el tema de los puntos de vista. Uno de mis interlocutores (Ruiz Manero) sugiere, creo que con razón, que no es tan claro que la validez como pertenencia de una norma al sistema sea tan fácilmente diferenciable de la validez como vinculatoriedad, o, para mejor expresarlo, que no es tan claro que ambas acepciones de «validez», aunque diferenciables, sean conceptualmente independientes puesto que de algún modo la validez como pertenencia es noción tributaria de la validez como vinculatoriedad, porque cuando se dice que una norma pertenece al sistema se está presuponiendo implícitamente que hay ciertos órganos del sistema que tienen hacia ciertos enunciados una actitud interna, lo que quiere decir que antes que la pura pertenencia se da una validez como vinculatoriedad y en la medida en que se da podemos encontrar criterios de pertenencia. O, lo que es lo mismo, que la validez como vinculatoriedad es condición necesaria para la validez como pertenencia. Pero esto, que seguramente es correcto, puede quizás ser formulado de otra manera. Lo que este planteamiento viene a decirnos es que no es tan fácil desintegrar la noción de validez en acepciones plenamente diferenciadas y ajenas entre sí: cada una de ellas (pertenencia, vigencia, vinculatoriedad) sería un aspecto de la *misma* noción. O sería la misma noción enfocada desde

distintos «puntos de vista». El punto de vista más decididamente interno y comprometido daría cuenta del aspecto de vinculatoriedad. Un punto de vista distanciado (*detached*), a mitad del camino, por así decirlo, entre lo interno y lo externo, daría cuenta del aspecto de pertenencia, tanto *describiendo* la *creencia* en la vinculatoriedad como *usándola* a efectos informativos como criterio para determinar qué normas son percibidas como jurídicas y, por tanto, como integrantes del conjunto o sistema jurídico. Y, por fin, un punto de vista más declaradamente externo para reflejar en términos puramente descriptivos la vigencia empírica, es decir, las regularidades externas de conducta. Si esto es correcto (como me lo sugiere Ruiz Miguel), lo importante entonces es que el predicado «válido», cualquiera que sea el enfoque o punto de vista desde el que se atribuya, tiene que ser atribuido a la *misma* norma o conjunto de normas so pena de caer en desacuerdos incomprensibles. Porque si es verdad que no es posible la existencia de «vigencia empírica» sin compromiso interno de los órganos del sistema, o que no puede haber «proposiciones» de la ciencia jurídica sin algún grado de vinculatoriedad interna de las normas descritas mediante ellas, entonces el referente normativo de todos los «puntos de vista» tiende a ser el mismo. Y también sucede, en sentido contrario, que si es *existencialmente* imposible que haya un «derecho válido» desde el punto de vista interno si ese «derecho válido» no tiene a su vez una razonable presencia empírica en las conductas de los ciudadanos, ambas perspectivas de «validez» tienen que confluir para señalar a las mismas normas. Lo que con ello quiero concluir, una vez más, es que la idea de validez como pertenencia formal utilizada con funciones descriptivas por un observador externo no es algo cuyos resultados medidos en «unidades» epistemológicas, es decir, cuyos resultados como herramienta de conocimiento, sean distorsionantes, pobres o erróneos. Por el contrario, lo que quiero defender es que son en muy amplia medida coincidentes con los derivados de la idea de validez como vinculatoriedad enfocada desde dentro.

4. Y, por último, queda la elección en favor de la moralidad crítica frente a la moralidad positiva. En cuanto a esto creo que el punto de vista externo es más completo y ambicioso que el interno por la sencilla razón de que es el observador externo (o quien se sitúe en esa posición) el único que puede establecer una dicotomía como ésa, pues es el único que puede *describir* una práctica moral empírica y *contrastar* esa práctica con pautas morales críticas, ya que, por definición, no está implicado en ella. Para el *insider*, por el contrario, esta distinción es difícil de

establecer porque la moralidad del derecho que practica desde dentro es para él la única moralidad posible. En el momento que la pone en cuestión deja, automáticamente, de ser un *insider*. Para el problema de las relaciones moral/derecho esta es una consideración muy interesante cuyas implicaciones se pueden ponderar desglosándola en cuatro supuestos.

a) El *insider* que afirma que *hay* una conexión necesaria entre derecho y moral lo único que expresa realmente es su propia aceptación de las normas jurídicas como pautas morales válidas y, por tanto, se refiere siempre a la única moralidad posible para él: la moralidad crítica.

b) El *insider* que afirma que *no* hay tal conexión necesaria parece una figura incomprensible, de acuerdo con los críticos de Hart (Nino). La mera condición de «insider» implica, para ellos, un compromiso moral, y, por tanto, esta posición sería contradictoria. Hart, como es sabido, se resiste a aceptar este corolario de su propia teoría. Tampoco yo lo veo tan claro.

c) El *outsider* o espectador que afirma que *hay* una conexión necesaria entre derecho y moralidad se está refiriendo, naturalmente, a la moralidad *positiva*, y lo único que nos dice es la trivialidad de que siempre que un orden jurídico *existe* empíricamente hay alguien que cree moralmente en él. Siempre hay un cierto grado de coincidencia entre las normas jurídicas y las pautas de la moralidad positiva. Cuanto menor es ese grado más inestable es el sistema. Si falta absolutamente el sistema se desvanece.

d) El *espectador* que afirma que *no* hay una conexión conceptual entre derecho y moral y se refiere con ello a la moralidad crítica.

De todas estas posiciones la que, desde el punto de vista cognoscitivo, parece más poderosa es la última: Expresa -en primer lugar- una afirmación desde la moralidad crítica; en segundo lugar, no es incompatible con *c)*, ya que puede, a su vez, dar cuenta descriptivamente de una moralidad positiva vinculada al derecho; puede -además- situarse respecto a este problema en la posición de *b)* si es que ésta es posible y, por último, aunque no comparte el punto de vista *a)* también puede dar cuenta descriptivamente de él. Es, por tanto, la que más posibilidades tiene. Lo único que, al parecer, le está vedado es tomar una norma del orden jurídico que observa como premisa moral para un razonamiento práctico, pero esto, a mi juicio, no limita

su aptitud para explicar lo que ve ni su capacidad de «comprensión» hacia ello. Yo, al menos, no advierto que lo haga.

II

Una vez aducidas las razones que pueden apoyar una vindicación del punto de vista del observador crítico para afrontar el problema práctico que está en el núcleo de la propuesta de separación conceptual de derecho y moral, conviene pasar a dilucidar qué problema puede encontrar el iusnaturalista que mantiene la conexión mencionada. Entiendo por iusnaturalista, precisamente, a alguien que afirma la existencia de esa conexión necesaria o conceptual y que, además, y simultáneamente, la une a la afirmación de que hay valores o pautas morales objetivos y cognoscibles, de tal forma que si el derecho no incorpora de algún modo dichas pautas o valores no merece, en sentido estricto, la calificación de «derecho», o, lo que es lo mismo, a «eso» no le cuadra el concepto o el nombre de «derecho». ¿Dónde estaría situado este iusnaturalista? Me parece que, necesariamente, tendría que alimentar la pretensión de hablar como un *observador externo* y objetivo que afirma la conexión conceptual entre derecho y moralidad *crítica*. En efecto, no le resultaría suficiente hablar en términos puramente empíricos de moralidad meramente positiva puesto que lo que afirma es la validez de ciertas pautas de ética al margen de su vigencia o su no vigencia empírica. El mero reproducir el *hecho* de que una cierta moralidad *positiva* coincida con el derecho no es lo que el iusnaturalista pretende. Y tampoco sería para él satisfactorio situarse en el «punto de vista interno» porque no trata simplemente de expresar una actitud interna hacia cualesquiera normas jurídicas, sino de afirmar un imperativo moral anterior a cualquier actitud. Lo que le diferencia del observador externo positivista que está en el supuesto *d)* de los anteriormente mencionados es, precisamente, que apelando a una moralidad crítica pretende que *hay* una conexión conceptual entre el derecho y esa moralidad. Y cuando no la hay, «aquello», obviamente, no puede ser llamado «derecho».

Pues bien, si un jurista así pretendiera identificar ciertas normas como *jurídicas* mediante una apelación a valores morales como la justicia, la libertad o el bien común, o a normas morales sobre lo que es correcto o incorrecto hacer o decidir, se encontraría inmediatamente frente a una cantidad enorme de acciones, conductas, decisiones, reglas, estados de cosas... etc., que cumplieran con esos requisitos. El criterio sería entonces

inútil porque es evidente que no se puede mantener que toda acción, decisión, regla, o institución *justa* es, por ello, también jurídica. Nadie dudará que puede haber más situaciones *justas* que situaciones *jurídicas*. En consecuencia, la clase de las acciones, decisiones, etc.... justas no es coextensa con la de las acciones, decisiones, etc.... jurídicas. Le será, por tanto, necesario recurrir a un criterio adicional para diferenciar entre acciones o reglas justas jurídicas y acciones o reglas justas no jurídicas. Nótese, por lo demás, que en esto se encuentra quizás el iusnaturalista en el mismo caso que el «insider», porque éste, que tiene en principio una actitud interna de aceptación moral de muchos tipos de pautas y normas necesitará también un criterio adicional para saber de entre ellas las que son jurídicas y las que no son jurídicas. Sería descabellado suponer que son normas *jurídicas* todas aquellas hacia las que el «insider» tiene una actitud interna.

Así pues, ambos necesitan de otro criterio complementario del anterior. Y lo más sorprendente de ese criterio es que tiene precisamente como misión *identificar* la clase de las reglas y decisiones jurídicas y, para ello, ha de articularse en buena medida en forma de definición o, lo que quizás sea equivalente, en forma de *regla constitutiva*, o, más allá de un simple parentesco verbal, en forma de «norma constituyente», lo que relaciona inmediatamente dicho criterio con los componentes «fundamentales» del universo de lo jurídico. Esto es, desde luego, algo muy paradójico. Resulta que el iusnaturalista propone un criterio fuerte de *juridicidad* (la Justicia, el Bien Común, etc...) y se ve obligado a apelar a un criterio subsidiario o ulterior ¡precisamente respecto a los componentes básicos de mayor «jerarquía» del sistema!

La paradoja, sin embargo, podría pasarse por alto si fuese concebible que ambos criterios funcionaran simultáneamente. Este, sin embargo, no es el caso. Veamos por qué. Si el segundo criterio tiene como misión «identificar», «definir», o «constituir» la *juridicidad* de las normas justas, entonces parece lógicamente plausible, por lo que diré a continuación, que el candidato más idóneo para llevar a cabo esa tarea sean las «normas de competencia», es decir, aquellas normas secundarias que definen o cualifican como «autoridad» a ciertas agencias para emanar pautas y decisiones que, simplemente por su origen, se consideren «derecho». Pero, claro está, siendo un criterio prioritario el criterio moral de justicia, la actitud de los ciudadanos para identificar el derecho tendría que ser la de escrutar en las decisiones de la autoridad competente para ver si sus normas son justas, sólo en cuyo caso serían jurídicas y, por tanto, vinculantes. Como puede

suponerse, una situación así no sólo pugna lógicamente, o hace irrelevante, la noción misma de «autoridad» sino que sería empíricamente inviable. La eficiencia de un sistema de normas de este tipo sería, seguramente, escasa.

Entonces el iusnaturalista puede dar un paso más allá y atribuir el valor moral que postula como inherente al concepto de derecho a las propias «normas de competencia» que le sirven para identificar a ese derecho. La «autoridad» constituida por esas normas sería así una autoridad «moral». Creo que merece la pena que exploremos un poco esta posibilidad.

Las normas de competencia o «power-conferring rules» se ajustan razonablemente bien a algunos de los rasgos lógicos que han venido apareciendo como propios de la cuestión de las relaciones entre moral y derecho. Y en particular se ajustan a la respuesta «metalingüística» y definicional que parece exigir dicha cuestión. De ahí su idoneidad como criterio subsidiario de identificación. En el pensamiento jurídico escandinavo se ha puesto especialmente de manifiesto esa doble condición. Von Wright, mejorando, a mi juicio, el análisis de Ross, establece con claridad la necesaria estratificación del lenguaje que esas normas implican al considerarlas «normas de orden superior» (von Wright, 1970). Y su carácter definicional ha sido establecido, por ejemplo, por Eckhoff y Sundby al considerar a las normas de competencia como «condiciones de validez» de normas jurídicas o como «normas cualificatorias», o, lo que es lo mismo, como expresiones que determinan qué actos y procedimientos deben ser considerados actos y procedimientos válidos para crear normas *jurídicas*. Las normas de competencia -se ha dicho- designan o definen qué agentes pueden producir efectos o normas jurídicas o cuando se produce la aparición de cualidades jurídicas (Hernández, 1984). Es muy importante hacer hincapié también en que estos autores ligan este tipo de normas con alguno de los sentidos de la noción de «validez», de forma que si pensamos que la «validez» es la propiedad identificatoria distintiva de las normas *jurídicas*, entonces ligar «normas de competencia» y «validez» equivale a atribuir a dichas normas la tarea de *identificar* a las reglas, actos o procedimientos como *jurídicos*. Ello sitúa a tales normas en un plano *definicional* que es extremadamente congruente con la naturaleza de la cuestión que nos ocupa, pues unas normas que «metalingüísticamente», *definen* la *validez* jurídica son seguramente el instrumento idóneo para responder a la pregunta de si, por *definición*, el derecho *válido* incorpora alguna propiedad moral.

Pues bien, el paso que ha de dar el iusnaturalista es el de

atribuir una cierta validez o valor moral a las normas de competencia. Al hacerlo así, la noción de «validez jurídica», que en el pensamiento escandinavo tenía un significado predominante de «pertenencia», adquiere plenamente una dimensión de «vinculatoriedad» porque las normas de competencia adquieren la calidad de normas constitutivas de la moralidad del derecho, y la «autoridad» que esas normas crean deviene así una autoridad moral. El derecho válido, definido por su emanación de una autoridad moral, tiene así una conexión necesaria con la moral misma. Y las normas identificadas como jurídicas a través de las «power-conferring rules» pasan de ser consideradas como meros integrantes de un conjunto llamado «derecho» a ser consideradas también, en el sentido más estricto, razones para la acción. Son razones para la acción, no por su contenido, sino, por así decirlo, derivativamente, porque las normas de competencia a las que les ha sido atribuido un carácter moral constituyen por sí mismas razones para la acción que se proyectan sobre ellas.

Una manera útil de calibrar lo que ello significa puede ser tratar de establecer una taxonomía del funcionamiento de algunos de los diferentes tipos de razones para la acción prolongando tentantivamente un camino teórico ya abierto (Raz, 1975). En *primer* término podríamos hablar de aquellas razones comunes que la gente tiene y aduce para realizar acciones y tomar decisiones: placer, interés, deseo, utilidad, convicciones, afectos, etc... A la hora de actuar o decidir se realiza un balance de razones *pro* y razones *contra* de este tipo para llegar a un resultado. En *segundo* lugar se hallarían las normas de conducta, que según Raz, se presentan a sí mismas como razones de segundo orden cuya presencia «excluye» el balance de razones de primer orden mencionado. Si hay una norma de conducta, entonces el cálculo anterior queda desplazado en el sentido de que las preferencias y deseos, los intereses y las utilidades del agente no cuentan ya tanto como razones, al superponerse a ellos la norma de conducta como razón de orden superior para la acción.

Otro de mis interlocutores críticos (Juan Carlos Bayón) se muestra poco receptivo hacia esta idea de *estratificación* de las razones tal y como la presenta Raz. Alega, creo también que con razón, que por el mero *hecho* de que lo primero sea una simple vivencia individual (un deseo, por ejemplo) y lo segundo una norma vigente no puede aceptarse sin más que la norma se superponga como razón de orden *superior* a la vivencia individual. Si, por ejemplo, ese deseo individual pudiera ser calificado netamente cómo *moral* y la norma, en cambio, fuera meramente técnica, prudencial o de urbanidad, entonces no sería posible

admitir sin más tal superposición. El mero *hecho* de que una norma *exista* (cualquier cosa que eso signifique) no puede ser interpretado sin más como que *existe* una razón excluyente que cancela el balance de razones de «primer orden». Ello dependería del carácter de estas razones. Pues bien, aceptando que las razones para la acción no son susceptibles de jerarquización según los criterios de Raz, sino únicamente por su calidad de prudenciales, morales, etc... creo, sin embargo, que la aportación de Raz puede seguramente mantenerse si se la utiliza *dentro* de cada una de esas «familias». Si yo tengo un interés prudencial en mi propia seguridad vial, por ejemplo, no es necesario que me plantee una estrategia individualizada de acción en cada cruce de calles cuando *existe* una norma prudencial de coordinación (semáforos, preferencias de paso, etc...). Simplemente sigo la norma, y en este supuesto la norma «excluye» el hipotético balance de razones prudenciales que yo pueda practicar en cada caso. Si, dentro de la «familia» de las razones morales, yo tuviera la convicción, por ejemplo, de que debo desarrollar comportamientos altruistas en beneficio del bienestar de mis conciudadanos, no tendría quizás que preguntarme en cada supuesto qué hacer si existiera una norma fiscal redistributiva eficaz. Simplemente con cumplir mis obligaciones con el fisco podría desentenderme del balance de razones morales que cada supuesto concreto suscitara. Y también en este sentido la norma excluye esa ponderación de razones. Lo importante de esta consideración es, precisamente, que pone de manifiesto que hay un cierto sentido correcto en la idea de Raz de que cuando una norma existe, o existe y tiene un contenido determinado, entonces no es necesario *pararse a pensar*. Y seguramente la fluidez de la convivencia y también quizás su eventual moralidad provienen seguramente de este mecanismo extraño que nos evita detenernos a pesar y contrapesar razones en cada situación característica.

Pero cuando establecemos estas interrelaciones entre razones individuales y normas estamos, creo, hablando exclusivamente de normas de *conducta*. Si avanzamos hasta incluir en el cuadro las normas de *competencia* las cosas se complican bastante. Porque las normas de competencia, o al menos las normas de competencia más importantes, operan atribuyendo *autoridad* a una agencia para que emita normas de conducta cuyo contenido, aunque pueda estar limitado en un marco amplio, es, por definición, abandonado de antemano. Es claro que si precisáramos exhaustivamente dicho contenido, la noción de autoridad y su existencia misma serían perfectamente prescindibles. Esto, que no es más que una descripción de lo que Hart llama «razones

para la acción perentorias e independientes del contenido» (*peremptory content-independent reasons*) (Hart, 1982) configura una teoría de la autoridad de especial interés para nosotros. Porque si, dentro de una misma familia de razones, las normas de conducta operan ahorrándonos el pensar y razonar «de primer orden», las normas de competencia operarían haciendo lo mismo respecto de las normas de conducta. Todos aquellos razonamientos sobre la justificación interna de las normas de conducta quedarían cancelados mediante la apelación a una agencia de autoridad. Si no lo hicieran, cualquiera dudaría en considerar «autoridad» a esa agencia. La autoridad es tal porque sus decisiones suministran razones perentorias al margen del contenido de tales decisiones.

Pues bien, si esto es así el iusnaturalista que se ha visto obligado a conceder una dimensión moral a las normas de competencia se encuentra con un severo problema. Había planteado como exigencia para poder hablar de derecho el que las normas cumplieran con un criterio material de Justicia y como esto era insuficiente había añadido un criterio complementario de identificación de normas jurídicas a través de normas de competencia: serían *jurídicas* aquellas normas *justas* emanadas de una autoridad, pero no de una autoridad cualquiera, sino de una autoridad moralmente legítima. Y ahora vemos que sus dos criterios no pueden convivir porque las normas de competencia como razones morales «independientes del contenido» y «perentorias» tienden a ignorar precisamente la consideración de la justicia del contenido de las normas de conducta. El criterio material de justicia se ha esfumado y el iusnaturalista se encuentra con que para mantener su teoría de la conexión necesaria entre derecho y moral tiene que hacer descansar la moralidad del derecho en la autoridad que lo crea, y nada más. El derecho sería entonces *moral* porque emana de una autoridad moral, cualquiera que sea el contenido de sus normas. Y esto hace desembocar al iusnaturalismo en una ética del tipo «mandato divino», es decir, le hace desembocar en algo incompatible con una ética ilustrada o crítica: en la idea de que la autoridad como razón moral perentoria nos ahorra la práctica del debate moral sobre el contenido de las normas.

En definitiva, si se asume que no es posible *identificar* el derecho o las normas jurídicas sin alguna noción de normas de competencia, y se pretende después que hay una conexión conceptual entre derecho y moral la existencia del derecho y la existencia de una moralidad crítica o ilustrada empieza a ser incompatibles. Si llamamos «crítica», «ilustrada», «esclarecida», etc...

a una actitud moral que postula que las reglas y valores éticos emergen de una reflexión individual o colectiva de agentes libres y racionales sobre las pautas de acción y decisión, entonces estos iusnaturalistas no pueden pretender participar de una teoría moral de este tipo. Si la identificación del derecho válido se ha de llevar a cabo a través de la idea de «autoridad» y se colorea la naturaleza de esa autoridad con tintes inequívocamente morales, entonces dicha autoridad se presenta emitiendo decisiones y normas cuyo contenido queda excluido de toda argumentación moral: es decir, se trata de una autoridad cuya mera existencia trata de establecer una restricción «a priori» a la discusión racional del contenido de las normas o supone que tal restricción es necesaria para la existencia misma del derecho. Tal consecuencia me parece inaceptable, porque creo que la existencia del derecho y la extensión de la actitud moral crítica no son fenómenos que se excluyan entre sí.

En suma, por todas las razones que he alegado, reivindico el punto de vista del observador crítico para enfrentar el problema práctico fundamental que se esconde en la centenaria polémica de las relaciones entre derecho y moral; y desde ese punto de vista el enunciado «Esto es derecho válido pero es inmoral» no tiene tacha alguna de contradictorio porque, desde él, no hay conexión conceptual entre derecho y moral. Pero el iusnaturalista que, como observador externo (que es lo único que puede ser un iusnaturalista consecuente), niega esa conclusión entra de lleno en un camino que le conduce a una aporía, ya que su propuesta de comprender el derecho «moralmente» se salda con la necesidad de aceptar una moralidad incomprensible.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert, «On necessary Relations Between Law and Morality» *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 2, julio 1989.

Bulygin, Eugenio, «Sobre la regla de reconocimiento», en *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1976.

Castiglione, Silvana, «Punto di vista interno ed efficacia», en *La teoria generale del diritto. Studi dedicali a Norberto Bobbio*, a cura di Uberto Scarpelli, Ed. di Comunitá, Milán, 1983.

Hart, Herbert L. A., *Essays on Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1982.
Hernández Marín, Rafael, *El Derecho como dogma*, Tecnos, Madrid, 1984.
Laporta, Francisco J., «Über die Beziehungen zwischen Recht und Moral», en *Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechisphilosophie*, Berlín, 1990.
MacCormick, Neil, «Comment» a G. J. Posterna, en *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Ed. by Ruth Gavison, Clarendon Press, Oxford, 1987.
Nino, Carlos, *El constructivismo ético*, CEC, Madrid, 1989.
Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979.
——, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, Londres, 1975 (2.ª edición, Princeton University Press, 1990).
Von Wright, G. Henrik, *Norma y acción. Una investigación lógica*. Ed. Tecnos, Madrid, 1970.

DERECHO, MORAL Y LEYES INMORALES

El artículo comenta el clásico debate mantenido por Hart y Fuller desde 1950, el trabajo de Robert Alexy «On Necessary connection between Law and Morality» y el de Aleksander Peczenik «Weighing Rights» junto a su último libro *On Law and Reason*.

Hart basó su teoría del Derecho en la tradición del positivismo jurídico y especialmente en la teoría del mandato tal como es formulada por John Austin. Hart adoptó la idea de Austin de la separación estricta entre el «Derecho que es» y el «Derecho que debe ser», si bien Kelsen también ha tenido una enorme influencia en el concepto de Derecho de Hart.

La piedra angular de la teoría de Hart es la noción de *regla de reconocimiento*, próxima a la *Grundnorm* de Kelsen, pero que a diferencia de la norma fundamental de Kelsen está des provista de contenido normativo, pues la norma de reconocimiento de Hart tiene una textura abierta y es puramente formal. El sistema jurídico es indiferente respecto a los valores en tanto no transgrede la noción de Hart del contenido mínimo de Derecho natural. Hart argumenta, en este sentido, que la distinción conceptual ser/deber ser en el Derecho posibilita la crítica de los contenidos materiales de un sistema jurídico con mayor fuerza argumentativa y crítica que la concepción de Fuller (i.e. el argumento de Hart «esto es Derecho, pero demasiado inicuo para ser obedecido o aplicado).

En este trabajo sugiero la idea de que la regla de reconocimiento de Hart puede tener una lectura semiótica, en cuanto no provee de forma inmediata o primaria (*ex ante*) criterios para el reconocimiento de las normas jurídicas válidas, sino más bien el seguimiento de la práctica de los tribunales (*ex post facto*). En términos semióticos puede decirse que la regla de reconocimiento de Hart admite diversos tipos de discursos jurídicos y no se adhiere a la «ontología platónica» del Derecho, en la terminología de Bernard S. Jackson. Entiendo que el contenido mínimo

del Derecho natural de Hart puede ser analizado como conjunto de normas técnicas según la estructura «si... entonces», dirigido al legislador: si deseas hacer un Derecho eficiente, debes respetar estas normas técnicas sin las que el sistema jurídico perdería su funcionalidad.

Lon L. Fuller argumenta, a este respecto, con lo que denomina la «moral interna del Derecho», que consiste en ocho «principios de legalidad». Fuller sostiene que un sistema jurídico que no tenga en cuenta estas reglas inherentes para orientar la legislación, perderá su validez jurídica. sin embargo, con la única excepción del requisito de la promulgación, Fuller se encuentra obligado a interpretar la moral interna del Derecho en términos únicamente de *moral de aspiración* y no de moral de deber. De modo que los siete requisitos restantes son reducidos a exigencias de «legalidad perfecta» y al «orgullo de su artífice». Hart analiza los principios de legalidad de Fuller como normas técnicas, como requisitos de un sistema jurídico eficiente y que no tiene con la moral más relación que, como señala Hart en su sarcástico ejemplo, la «moral del envenenamiento». Hart etiqueta la idea de Fuller como absurda pues una violación, por ejemplo, del requisito de la no retroactividad en Derecho Penal no significaría más que un defecto o un incumplimiento de la moral de aspiración. Sin embargo, el propio esquema conceptual de Hart lleva a un resultado final bastante similar, es decir, al argumento «esto es Derecho, pero mal Derecho».

Robert Alexy sostiene una relación conceptual entre Derecho y moral que arranca de la pretensión de corrección inherente al Derecho. De acuerdo con el ejemplo de Alexy, un artículo en la constitución de un Estado ficticio que dijera «X es un Estado soberano, federal e *injusto*» incluye una *contradicción performativa* y por tanto es jurídica y conceptualmente imperfecto. Un defecto conceptual al nivel del sistema jurídico en su conjunto conduce a la total invalidez del sistema jurídico, dado que la relación entre Derecho y moral es de orden *definitorio*; mientras que un defecto conceptual en el nivel de una norma jurídica individual o una decisión jurídica sólo llevaría a que la norma o la decisión fueran «imperfectas» o «mal» Derecho, dado que la relación entre Derecho y moral es de carácter *cualificatorio*. En este sentido la tesis de Alexy está muy cercana a la idea de la moral interna del Derecho como parte de la moral de aspiración de Fuller. En este análisis me referiré a la tesis de Alexy sobre el defecto conceptual en una constitución ficticia como tesis referida al sistema jurídico en su conjunto y no únicamente a una norma individual, pues los artículos básicos de la constitución

constituyen el marco del resto de piezas de la legislación de un Estado.

El ejemplo de Alexy está relacionado con la idea de Habermas de pragmática universal. Los enunciados constatativos que se contradicen a sí mismos como el ejemplo de Austin «el gato está en el felpudo pero yo no lo creo» sin duda no tienen sentido lógicamente, y la argumentación no puede ser utilizada analógicamente en el caso de enunciados prácticos o regulativos. Los enunciados prácticos chocantes pueden ser también, en terminología de Austin, enunciados «desafortunados», pero no son lógicamente sin sentido, como argumentaré en este texto. Brevemente comentaré otro buen ejemplo de Alexy, extraído de un veredicto de un juez ficticio: «El demandado es -injustamente porque el Derecho válido fue interpretado incorrectamente- sentenciado a cadena perpetua.» Este supuesto difiere del mencionado con anterioridad, pues lo que está en juego no es la injusticia de un aspecto de la legislación, sino una interpretación del Derecho abiertamente *contra legem*. Sin embargo, en el caso de una decisión jurídica particular el defecto conceptual sólo puede tener un carácter cualificatorio, como el propio Alexy señala, de forma que la situación es igual a la consideración de Fuller de «menos que perfecto» o a un mal aspecto de la jurisdicción y nada más.

Finalmente comentaré el artículo de Aleksander Peczenik «Weighing Rights», donde argumenta en favor de un vínculo conceptual entre Derecho y moral. Peczenik formula la distinción entre una moral *prima facie* o deber jurídico y un deber jurídico o moral del tipo *consideradas-todas-las-circunstancias*. Peczenik sostiene que un deber jurídico *prima facie* significa un deber moral *prima facie* también y que el mismo enunciado puede hacerse con referencia a la relación entre un deber jurídico consideradas-todas-las-circunstancias y el correspondiente deber moral. Sólo en el caso de un sistema jurídico «sistemáticamente inmoral», inmoralidad en la que deberíamos comprender también las «disposiciones técnicas de Derecho civil», se podría negar su carácter de orden jurídico. Como señala Peczenik, «una disposición inmoral o un aspecto sistemáticamente inmoral del sistema no es suficiente». Una disposición inmoral individual del Derecho podría y debería ser interpretada de un modo restrictivo o ignorar la disposición junto con el procedimiento jurídico de contrapeso y ponderación.

En la concepción del Derecho de Peczenik incluso el régimen nazi no sería suficientemente inmoral y, de este modo disfrutaría del *status* de un sistema jurídico obligatorio *prima facie*, pues la

inmoralidad no comprendería el sistema jurídico en su conjunto sino que dejaría intactos, p. ej. amplios sectores del BGB (Código civil alemán). Aunque acepto la perspectiva básicamente hobbesiana de Peczenik respecto a la naturaleza humana y la sociedad, critico sin embargo su idea de que la existencia de un deber jurídico consideradas-todas-las-circunstancias signifique la existencia de un deber moral correspondiente que obligue con el mismo contenido. Encuentro en la *tesis de la inclusión* de Peczenik sólo un enunciado analítico, pues el procedimiento de interpretación jurídica de Peczenik (contrapeso y ponderación) comprende necesariamente también valoraciones morales, sin las cuales la interpretación perdería su carácter jurídico en la teoría de Peczenik. En otros términos, los valores *están siempre presentes* como parte integrante del procedimiento de interpretación, y es por ello por lo que al final el resultado de la interpretación tiene también un componente moral.

1. HART *VERSUS* FULLER: LOS TRES ASALTOS

El antecedente intelectual del clásico debate entre H. L. A. Hart y Lon L. Fuller se encuentra en las clases de Dritte Reich sobre jurisdicción en Alemania, bajo el régimen nazi. Los nazis habían transformado la noble tradición jurídica alemana en una cruel e inhumana parodia del Estado de Derecho. Tras la guerra, Gustav Radbruch[1], uno de los filósofos del derecho más importantes de Alemania, se sintió impelido a repensar su teoría positivista del Derecho de la preguerra y llegó a una concepción que se adhería al Derecho natural. La conversión de Radbruch parece simbolizar la situación de la teoría del Derecho en general de la posguerra. Unos diez años después, Hart y Fuller tomaron en consideración de nuevo este ensayo.

El primer asalto del debate apareció en 1958 en *Harvard Law Review*. «Positivism and the Separation of Law and Morals»[2] de Hart abrió la discusión y Fuller respondió con su artículo «Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart»[3]. Hart

---

[1] Vid. «Fünf Minuten Rechtsphilosophie» (1945) y «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht» (1946), en G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, K. F. Koeffier Verlag, 1973, págs. 327 y sigs., 339 y sigs.

[2] 71 *Harvard Law Review*, págs. 593 y sigs.; en lo que sigue me referiré a su reimpresión en *The Philosophy of Law*, J. Feinberg, y H. Gross eds., Wadsworth 1980 (2.ª), págs. 49 y sigs.

[3] 71 *Harvard Law Review*, págs. 630 y sigs. *The Philosophy of Law*, J. Feinberg, y H. Gross eds. Wadsworth, 1980 (2.ª), págs. 68 y sigs.

presentó y desarrolló su denominada tesis de la separación, que sostenía una separación estricta (kelseniana) del Derecho con respecto a consideraciones morales cualquiera que fuera su contenido. Fuller criticó duramente el positivismo de Hart como incapaz de condenar la posibilidad de un sistema jurídico enormemente injusto. La propia concepción de Fuller se basó en la «moral interna del Derecho». Si Hart funda su teoría en Kelsen, la argumentación de Fuller parece más bien seguir el principio *lex iniusta non est lex* tal como es presentado, por ejemplo, por Tomás de Aquino o Aristóteles.

El segundo asalto del debate tomó forma en dos libros: *The Concept of Law* de Hart, publicado en 1961, y *The Morality of Law*, de Fuller, en 1964. En *The Concept of Law*, Hart presenta una teoría del positivismo jurídico totalmente desarrollada, modificando la concepción austiniana de «órdenes respaldadas por amenazas» y el normativismo kelseniano basado en la sanción con las nociones de regla de reconocimiento y del «contenido mínimo de Derecho natural», ambos formulados por el propio Hart. La discusión con Fuller continuó fundamentalmente en la sección del libro relativa a «Derecho y moral». Fuller respondió con su formulación más acabada de la «moralidad interna del Derecho» ahora especificada en ocho requisitos internos que todo sistema jurídico ha de satisfacer para ser calificado propiamente como Derecho.

El tercer asalto consistió en la recensión de Hart de *Morality of Law*, de Fuller[4], junto a la réplica de Fuller a la crítica en la segunda edición del libro en 1969. En su dura y, en parte, sarcástica revisión, Hart compara los requisitos morales internos del Derecho con «la moral del envenenamiento», lo que implica que los principios de legalidad de Fuller no son más que normas técnicas, desprovistas de consideraciones morales de cualquier contenido. Fuller se adhirió a su noción original, presentando nuevos argumentos a la acalorada discusión. La disputa finalizó y parece que, con el tiempo, los contendientes han acabado con su potencial crítico y argumentativo.

Juzgando desde la retórica acalorada del debate, parecería como si los desacuerdos entre Hart y Fuller no fueran sino irreconciliables. Sin embargo, si ignoramos la retórica y nos centramos en los resultados finales la situación parece bastante diferente. Al juzgar el terror nazi, de hecho, los dos recomiendan

[4] 78 *Harvard Law Review*, 1965, págs. 1281 y sigs. En adelante cito por H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, págs. 343 y sigs.

-a falta de una alternativa mejor- la legislación penal retroactiva[5]. Sin duda los argumentos difieren: Hart analizó la situación como aquella en la que se enfrentaban dos males (i.e. permitir que los mezquinos delatores y los jueces que aplicaron el Derecho nazi quedaran impunes o hacer uso de la legislación retroactiva) para elegir el mal menor; mientras Fuller argumentó en favor de una ruptura nítida y simbólica con los males del pasado y en favor de un nuevo aspecto de la legislación que serviría para el mejor final.

En este artículo quisiera estudiar los criterios propuestos por Hart y Fuller sobre la exigencia de la relación necesaria entre derecho y moral. No seguiré estrictamente la cronología del debate, sino que haré uso de los que en mi opinión son los argumentos más importantes y más elaborados por cada parte. Junto al mencionado texto, me referiré a otros dos, a la provocadora aunque problemática lectura de «On Necessary Relations between Law and Morality», de Robert Alexy, sostenida en el Murikka Symposium (en Finlandia) en 1988 y publicado en *Ratio Juris*, 1989, 2 y la lectura de «Weighing Rights», de Aleksander Peczenik, que tuvo lugar en el Congreso de Edimburgo en 1989[6], junto a su último libro *Law and Reason*[7].

2. H. L. A. HART Y LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

2.1. *De las órdenes del asaltante ala regla de reconocimiento*

La tesis de la separación de Hart sostiene que no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moralidad o entre el Derecho que es y el que debe ser. La tesis de la separación está estrechamente relacionada con la distinción de Hume ser/deber

[5] H. L. A. Hart, «Positivism and the separation of Law and Morals», *art. cit.*, pág. 60; Hart, *The concept of Law*, *cit.*, pág. 202; L. L. Fuller, «Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart», *art. cit.*, pág. 82. Según he podido detectar, los contendientes no alteraron sus posiciones en este punto en las últimas fases de la discusión.

[6] El trabajo de Robert Alexy se publicó en *Ratio Juris*, 2/1989, págs. 167-183, y el de Aleksander Peczenik se publicó en *Enlightenment, Rights and Revolution. Essays in Legal and Social Philosophy*, N. MacCormik y Z. Bankowski eds., Aberdeen University Press, 1989, págs. 175-196.

[7] Kluwer Academic Publishers, Law & Philosophy series, núm. 8, Netherlands,1989.

ser (Sein/Sollen)[8]. Hart se refiere a Austin de comienzos del siglo XIX: «La existencia del Derecho es una cosa, su mérito o demérito es otra.» En la base de la concepción de Hart se encuentra la idea de Kelsen de un Derecho «purificado» (*Reine Rechtslehre*): ningún material extrajurídico debería mezclarse con el Derecho como es. Junto a ello, el análisis de las modalidades jurídicas de Wesley Newcomb Hohfeld ha tenido una enorme influencia en la teoría jurídica de Hart[9].

En la teoría de John Austin, el Derecho consiste en «órdenes respaldadas por amenazas», órdenes coercitivas promulgadas por el soberano y respaldadas por la amenaza de la sanción. El poderoso soberano mantiene un estrecho parecido con la descripción agustiniana del Estado como *magna latrocinia*, o banda de ladrones. Hart plantea la cuestión de cuál es la diferencia entre un ladrón que apunta a un oficinista de un banco con una pistola y dice: «¡Su dinero o su vida!» y, de otro lado, un legislador que también emite órdenes respaldadas por amenazas de fuerza. En el análisis de Hart la tesis de Austin es insostenible para formular el tipo de distinción que habría entre la situación del robo de un banco y un sistema jurídico. Pues lo que falta es el concepto de regla general, que obligaría al ladrón y a la víctima con igual fuerza. Hart concluye desde su análisis lingüístico que «tener una obligación» caracteriza la existencia de una regla general (jurídica), mientras la expresión «estar obligado a» puede restringirse sólo a la concreta situación del robo del banco.

Junto a las reglas generales obligatorias, que pueden ejemplificarse bien con las reglas de Derecho penal, el sistema jurídico comprende reglas que confieren potestades: reglas de cambio, de adjudicación, más la regla básica de reconocimiento. La existencia de un sistema jurídico tiene dos requisitos en la teoría de Hart:

«Existen, por tanto, dos condiciones mínimas necesarias y suficientes para la existencia de un sistema jurídico. Por un lado, las reglas de conducta que son válidas de acuerdo con los criterios últimos de validez del sistema deben ser generalmente obedecidas y, de otro lado, sus reglas de reconocimiento especifican los criterios de validez y sus reglas de cambio y adjudicación

---

[8] Con relación a la dicotomía ser/deber ser, puede verse, por ejemplo, la voz «être/deboir être», en el *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, dirigido por A. J. Arnaud. E. Story Sciencia, Bruxelles, 1988.

[9] Sobre la relación de Hart con respecto a Hohfeld puede verse el comentario de Fuller en *Morality and Law*, nota 50, pág. 134, y *The Concept of Law*, de Hart, págs. 77 y sigs.

deben ser efectivamente aceptadas por sus operadores jurídicos como standards públicos y comunes de comportamiento oficial»[10].

En la teoría de Hart la regla de reconocimiento juega un importante papel. Constituye el criterio último con respecto al cual ciertas normas son reconocidas como legalmente válidas por los jueces y otras autoridades. La regla de reconocimiento es parecida a la *Grundnorm* de Kelsen[11], pero a diferencia de la norma fundamental de Kelsen aquélla carece de fuerza normativa. Sólo existe «como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho»[12]. Por otra parte, la regla de reconocimiento tiene una textura abierta. Puede ser formulada, por ejemplo, como «lo que la reina promulga en el Parlamento es Derecho (en Inglaterra)», pero usando una definición más amplia comprende todas las fuentes del derecho reconocidas como válidas en un sistema jurídico: constitución, legislación escrita, precedentes, trabajos preparatorios, etc.[13] El contenido material de la regla de reconocimiento varía de acuerdo con los cambios en la doctrina dominante de las fuentes de Derecho. La regla de reconocimiento sigue los cauces de la praxis aplicativa del Derecho, siendo igual a: el Derecho es lo que es realizado como Derecho por los jueces, otros operadores jurídicos, y los ciudadanos.

Hart sitúa la regla de cambio (normas sobre elaboración de leyes, contratos, testamentos, etc.) y las reglas de adjudicación (normas de procedimiento) al mismo nivel que la regla de reconocimiento, lo que en mi opinión es incorrecto. Pues las reglas de cambio y adjudicación necesitan ser identificadas también utilizando la regla de reconocimiento como criterio de validez, esta última tiene que tener por tanto un elevado nivel de abstracción. Por consiguiente, su caracterización seria mejor más bien como una norma trascendental (en sentido kantiano), pues la regla fundamental de Hart recibe sus límites externos de la praxis jurídica y no viceversa. Si los tribunales de un determinado sistema jurídico deciden que desde ahora los derechos humanos básicos

[10] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, cit., pág. 113

[11] El propio Hart establece una comparación entre la *Grundnorm* de Kelsen y la regla de reconocimiento en *The Concept of Law*, cit. página 97 y página 245.

[12] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, cit., pág. 107.

[13] *Ibid.*, pág. 98.

serán tomados como fuente material jurídicamente obligatoria (lo que no es el caso actual en Finlandia), de modo que la propia regla de reconocimiento se ajustará a la situación modificada y no al revés. Afirmar que la regla de reconocimiento sirve como criterio sería erróneo en este caso, pues la regla fundamental de Hart sólo sigue el cambio en la praxis jurídica (y la situación es similar en el caso de otros operadores jurídicos). Por supuesto, la tradición jurídica tiende a «congelar» el conjunto de fuentes jurídicas reconocidas según un criterio oficialmente aceptado y, de este modo, la regla de reconocimiento es capaz de servir como guía también para los jueces. Sin embargo, todavía se podría argumentar que la praxis judicial mantiene la posición más importante con respecto a la regla de reconocimiento está desprovista de cualquier contenido normativo, su existencia es, en palabras de Hart, «una cuestión de hecho empírica aunque compleja»[14].

De hecho, la explicación de Hart de la textura abierta de la regla de reconocimiento y el correspondiente perfil de la esfera del Derecho se encuentra cercana a las ideas propuestas por la orientación estructuralista de la semiótica (gremasiana) al Derecho, existe un «Derecho» no coherente o un «sistema jurídico» en algún lugar «más allá», según la concepción platónica del mundo. En lugar de ello, el discurso jurídico consiste en textos que por sí mismos exigen ser considerados jurídicamente y la exigencia de validez jurídica es una parte del mensaje del texto y no una referencia a una realidad extrajurídica. Y ésta es exactamente la función que Hart atribuye a la regla de reconocimiento: definir los límites «del» Derecho de acuerdo con los standards utilizados por los discursos legislativo, judicial y privado. Hart evita claramente la trampa de la «ontología platónica» en la que cae la teoría institucional del Derecho de Neil MacCormik, como ha argumentado convincentemente Bernard S. Jackson[15].

2.2. *El contenido mínimo de Derecho natural*

Hasta cierto punto, el contenido material del sistema jurídico

[14] H. L. A. Hart, *op. cit.*, pág. 107 y esp. 97 y 245. Hart continúa más adelante en la nota a pie de página, donde compara la regla de reconocimiento con la *Grundnorm* de Kelsen: «Si se lo contro vertiera, lo que queda así presupuesto pero no expresado podría ser establecido recurriendo a los hechos, esto es, a la práctica efectiva de los tribunales y funcionarios del sistema al identificar el derecho que han de aplicar.» *Ibid*.

[15] Vid. B. S. Jackson, *Semiotics and Legal Theory*, Routledge & Kegan Paul, London, 1985, págs. 175 y sigs.

puede comprender cualquier cosa en la teoría de Hart. En orden a evitar la posibilidad de un régimen jurídico altamente injusto como el nazi, Hart ha de introducir el contenido mínimo de Derecho natural[16] la única restricción que Hart impone al legislador. Dado que la sociedad humana no es un «club de suicidas», existen determinados requisitos -no necesariamente inherentes- que todo sistema jurídico ha de satisfacer si quiere contar con la obediencia de los ciudadanos. Si falta el respeto por tales requisitos básicos, que conciernen, por ejemplo, a un respeto mínimo a la vida humana, propiedad y al cumplimiento de las promesas no habría lugar a la obediencia voluntaria de otras reglas de cualquier contenido. Dado que ningún sistema jurídico puede funcionar sin un mínimo de cooperación voluntaria de sus sujetos, tal sistema jurídico perdería su efectividad[17]. El contenido mínimo de Derecho natural, concluye Hart, comprende «el núcleo del buen sentido de la doctrina del Derecho natural».

Sin embargo, la noción de Derecho natural de Hart está desprovista de cualquier tipo de validez normativa: los principios de este manifiesto de Derecho natural minimalista parecen ser meramente de carácter contingente, basados en las observaciones generales de la naturaleza humana («si los seres humanos tuvieran esferas naturalmente protegidas para cubrirlos efectivamente y hacerlos invulnerables frente a los ataques de otros, entonces no habría lugar a la prohibición del homicidio»). Además, las reglas de Derecho natural de Hart pueden ser interpretadas mejor como conjunto de reglas técnicas, dadas al legislador: si quieres promulgar un sistema jurídico que funcione, estas son las reglas que hay que observar. El carácter relativamente contingente y técnico «si... entonces» de las leyes naturales de Hart lo separa de la propia tradición del Derecho natural, con la cual claramente se les da fuerza normativa. Para Hart las leyes son una «necesidad natural» que guía un esfuerzo de producción normativa del que cabe que espera que sea eficiente porque «su verdad depende de que los seres humanos y el mundo en que viven conserven las características sobresalientes que hoy tienen»[18].

Hart ve los principios de legalidad de Fuller sólo como conjunto de normas técnicas que orientan la efectividad y buen funcionamiento de los proyectos de ley, desprovistos de cualquier contenido moral[19]. Hart argumenta que el propósito de la acción

[16] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, cit. págs. 189 y sigs.
[17] *Ibid.*, pág. 196.
[18] *Ibid.*, pág. 195.
[19] *Ibid.*, pág. 202.

humana no tiene nada que ver con su moralidad interna, y toma «la moral del envenenamiento» como un contraejemplo sarcástico para competir con el que presenta Fuller[20].

3. LON L. FULLER Y «LA MORAL INTERNA DEL DERECHO»

Aunque *The morality of Law* de Fuller no se refiere explícitamente a la teoría del Derecho de Rudolf von Ihering, la idea de *Der Zweck im Recht* bien podría servir como lema del libro de su totalidad[21]. Fuller tiene una firme convicción en la intencionalidad en el Derecho, por consiguiente la tarea de la elaboración de las leyes no puede reducirse a una mera tecnología social (positivista) de tipo hartiano. El Derecho es una actividad humana de carácter final y como tal se orienta por unas reglas inherentes y moralmente obligatorias situadas más allá del legislador.

Lon L. Fuller critica la teoría positivista del Derecho de Hart por cuanto no toma en cuenta lo que denomina la «moral interna del Derecho», la «moral que hace posible el Derecho» o los principios de legalidad. De acuerdo con Fuller, la moralidad interna del Derecho consiste en los siguientes requisitos: las reglas deberían ser 1) generales; 2) dadas a conocer o disponibles para afectar a las partes (promulgación); 3) prospectivas, no retroactivas; 4) claras y comprensibles; 5) sin contradicciones; las reglas no deberían 6) exigir lo que es imposible; 7) ser cambiadas frecuentemente y finalmente, 8) deberían haber una congruencia entre el Derecho y la acción oficial[22].

Fuller argumenta:

«Una falta absoluta de alguno de estos ocho requisitos no sólo da como resultado un mal sistema jurídico; da lugar a algo que no puede calificarse propiamente como sistema jurídico, excepto en sentido de Pickwick, según el cual un contrato nulo todavía puede considerarse como un tipo de contrato»[23].

Sin embargo, pocas páginas después Fuller ha de admitir que -con la sola excepción de la promulgación de las leyes- la

---

[20] H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit. pág. 350.

[21] Vid., por ejemplo, el capítulo «The Substantive Aims of Law», *The Morality of Law*, cit. págs. 152 y sigs., «Law as a Purposeful Enterprise and Law as a Manifested Fact of Social Power», *op. cit.*, págs. 145-151.

[22] *L. L. Fuller, The Morality of Law*, cit. pág. 39. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosphy*, cit., pág. 347.

[23] L. L. Fuller, *The Morality of Law*, cit. pág. 39.

moral interna del Derecho sólo tiene el status de una moral de aspiración, no de una moral del deber, y su principal exigencia debe ser encontrada en el «orgullo de su artífice»[24]. Lo que Fuller quiere expresar con esta noción no está enteramente claro. Una ruptura en la moral interna del Derecho de Fuller, después de todo, no desprovee al Derecho de su validez sino sólo da lugar a un «mal» Derecho. Sólo si el legislador comete un error en la promulgación de las leyes viola propiamente la moral del deber, y es sólo entonces cuando el Derecho pierde su validez y deja de ser Derecho. Si el requisito de la promulgación no es violado el resultado puede ser algo que no alcanza al «orgullo de su artíficeano» o un Derecho perfectamente bien estatuido, pero, en cualquier caso, es un Derecho válido. Los siete requisitos restantes no son más que medios para la «legalidad perfecta» o «perfección en la legalidad»[25].

En contraposición, la moral *externa* del Derecho comprendería los valores en los que un sistema jurídico se apoya y protege, pero no son objeto de atención ni por parte de Fuller ni de Hart en este momento.

Por otra parte, Fuller piensa que los principios de legalidad no son *indiferentes* a los contenidos materiales del Derecho. En su opinión, los fines inhumanos del régimen nazi no podrían haber sido perseguidos con una «legalidad perfecta», esto es, siguiendo los principios de legalidad. Fuller escribe:

«Habré de mantenerme en la afirmación de una convicción que puede parecer ingenua, a saber, que la coherencia y la maldad. Aceptada esta convicción, creo también que cuando los hombres se encuentran obligados a explicar y justificar sus decisiones, el efecto será, en general, orientar aquellas decisiones hacia la bondad cualquiera que sean los modelos últimos de bondad»[26].

Hart criticó duramente esta concepción. ¿Por qué deberían relacionarse las características formales del Derecho con sus contenidos materiales? ¿Es *in casu* la jurisdicción de la *equity*, necesariamente material, peor que la coherente pero inhumana aplicación de un Derecho nazi debidamente estatuido? ¿Está justificada la consideración global de Fuller de la moral interna del Derecho?

En el debate, Hart acusó a Fuller de confundir moralidad y

---

[24] *Ibid.*, pág. 43.

[25] *Ibid.*, pág. 41.

[26] L. L. Fuller, «Positivism and Fidelity to Law. A Replay to Professor Hart», *art. cit.*, pág. 71.

efectividad del Derecho. En *The Concept of Law*, Hart todavía adoptó una aproximación parcialmente aprobatoria respecto de la teoría de Fuller, aun cuando afirmara que «desgraciadamente» (la conexión necesaria entre Derecho y moral) es incompatible con una gran iniquidad»[27]. En su recensión de *The Morality of Law* de Fuller, Hart ya no se reserva sus sarcásticas observaciones: la moral interna del Derecho está relacionada únicamente con la eficiencia del Derecho y tiene poco que ver con valores morales para ser, dice, la «moral del envenenamiento» (o con mayor precisión, la «eficiencia del envenenamiento») en el análisis de Hart. Si quieres envenenar a tu enemigo, «evita los venenos, pues aunque su forma, color o tamaño sean letales probablemente atraerán la noticia»[28]. La moral del Derecho consiste sólo en normas técnicas, propuestas al legislador: si quieres realizar un Derecho eficiente, *entonces* debes evitar utilizar normas penales retroactivas, expresiones imprecisas, reglas contradictorias, etc.

De acuerdo con Hart, Fuller confunde las dos nociones, una con otra: de un lado, el carácter final o intencional de las acciones humanas y los medios más efectivos para lograr una objetividad, y de otro, la moral de la práctica en cuestión. La insistencia de Fuller sobre la noción de propósito le ha cegado frente al hecho de que no es un problema qué tipo de acción humana intencional es la que se discute, que puede ser realizada a través de más o menos medios eficientes, pues los propios medios no tienen un valor inherente positivo o negativo. Los fines de la segregación racial o la violación de los valores básicos de la vida humana pueden ser perseguidos por los medios de la legalidad; también los fines de la vida buena y la persecución de la felicidad pueden ser alcanzados por medios no legales. Hart señala que no existe una conexión necesaria entre legalidad y fines aceptales de la vida humana, o entre la forma y el contenido del Derecho.

Con una sola excepción, Fuller analiza la moral interna del Derecho como reglas de la moral de aspiración y como tal está cercana, por ejemplo, a la idea de los principios jurídicos de Alexy. Sin embargo, Hart argumenta que al ver la moral interna del Derecho sólo como un aspecto de la labor del buen artífice del Derecho, Fuller tiene que aceptar también la idea de que el legislador que, por ejemplo, utiliza normas retroactivas de Derecho penal, sólo viola la moral de aspiración. De acuerdo con

[27] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, cit. pág. 202.

[28] H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit. pág. 350.

Hart esto es absurdo[29]. Sin embargo, si aplicamos el punto de vista de Hart a la misma cuestión, el resultado no es demasiado convincente. En la explicación de Hart el Derecho penal retroactivo se entendería como «mal» Derecho o finalmente como Derecho pero «demasiado inicuo para ser obedecido o aplicado»[30]. ¿En qué sentido la noción de Hart supera las dificultades planteadas por la moralidad de aspiración de Fuller y es juzgada como absurda por Hart? En mi opinión, ninguna. De hecho, el resultado final es bastante similar en los dos casos.

4. LA TEORÍA DEL DERECHO Y LA MORAL DE ROBERT ALEXY

4. 1. *La «pretensión de corrección» y la conexión necesaria entre Derecho y moral*

El provocador artículo de Robert Alexy «On Necessary Relations between Law and Morality» aborda la verdadera cuestión que Hart y Fuller habían puesto de manifiesto, pero el marco conceptual de Alexy se desarrolla con posterioridad.

Alexy establece la distinción entre cuatro dicotomías individuales en la aproximación al Derecho: un concepto de Derecho que incluye y excluye la validez, norma y procedimiento, observador y participante y las conexiones definitorias y cualificatorias entre Derecho y moral[31]. Por otra parte, Alexy hace uso de la distinción entre una norma (o una decisión) y un sistema jurídico tomado en su conjunto. El esquema conceptual de Alexy es verdaderamente impresionante, y permite no menos de 64 combinaciones diferentes[32], pero sus formulaciones conceptuales no parecen avanzar demasiado respecto a su tesis principal. El propio Alexy elige referirse a las normas jurídicas válidas o a los sistemas jurídicos, de modo que el primer par de categorías se reduce a uno sólo. La distinción entre norma y procedimiento pone el acento en el objeto de estudio: el primero se refiere a los resultados finales o al producto de la creación normativa, mientras el último está referido a los procedimientos en sí mismos

[29] *Ibid.*, págs. 350 y sigs.

[30] H. L. A. Hart, «Positivism and the Separation of Law and Morals», *art. cit.*, pág. 56; *The Concept of Law*, cit. pág. 295.

[31] R. Alexy, «On Necessary Relations between Law and Morality», *art. cit.*, págs. 171-172.

[32] *Ibid.*, pág. 172.

considerados. El punto de vista de un observador o de un participante del sistema jurídico en cuestión parece recordar la famosa distinción de Hart entre punto de vista externo e interno, tal como es formulada en *The Concept of Law*.

Con todo, la última dicotomía mencionada es la más interesante. Las conexiones *definitorias* de Alexy (entre Derecho y moral) definen una norma o un sistema jurídico como jurídico y una carencia a este respecto priva a la norma o al sistema de su validez jurídica. Por otro lado, las conexiones *cualificatorias* significan que si una norma jurídica o un sistema jurídico es defectuoso por razones conceptuales, no por ello carece de validez jurídica. En tal caso la norma jurídica o el sistema sólo son *menos que perfecto*, debido al defecto conceptual en él[33]. En la tesis de Alexy, la exigencia de corrección es de carácter definitorio con respecto al *sistema jurídico tomado en su conjunto*; mientras que en el caso de normas o decisiones individuales la conexión entre Derecho y moral sólo es de carácter cualificatorio. La pretensión de corrección establece el mencionado *vínculo necesario* entre Derecho y moralidad en la teoría de Alexy.

Sin embargo, la distinción entre una norma individual (o una decisión) y el sistema jurídico tomado en su conjunto puede producir algunos supuestos fronterizos. ¿Cómo deberíamos categorizar, señala Alexy, los artículos básicos de una constitución, cuyo primer artículo define la forma de gobierno?; ¿debería ser interpretado como una norma individual entre todas las demás o representaría el sistema jurídico globalmente considerado, su ideología jurídica inherente?

No obstante, una insistencia menor en la argumentación, la tesis principal de Alexy merece ser citada:

«La teoría de la pretensión afirma que las normas jurídicas individuales y las decisiones así como los sistemas jurídicos en conjunto tienen necesariamente una pretensión de corrección. Los sistemas jurídicos que no formulan explícita o implícitamente tal pretensión no son sistemas jurídicos. De modo que la teoría de la pretensión es de carácter definitorio. Los sistemas jurídicos que formulan dicha pretensión pero que no la satisfacen son sistemas jurídicamente defectuosos. A este respecto, la teoría de la pretensión es de carácter cualificatorio. La teoría de la pretensión juega un papel exclusivamente cualificatorio en el caso de normas y decisiones individuales. Son jurídicamente defectuosas si no hacen o no satisfacen la pretensión de corrección»[34].

---

[33] *Ibid.*, págs. 171-172, 178 y sigs., 181-182.

[34] *Ibid.*, pág. 29.

La idea de Alexy según la cual un defecto en la conexión *definitoria* priva al sistema jurídico de su validez jurídica mantiene un estrecho parecido con el pensamiento clásico de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino. Su idea de la conexión *cualificatoria* entre Derecho y moral parece cercana a la noción de Fuller de la moral de aspiración que, según su propia terminología, afecta a la «perfección» de las normas jurídicas[35] y a ser o no el resultado de «el orgullo de su artífice»[36]. Y, por supuesto, la moral de aspiración de Fuller mantiene un estrecho parecido con la noción de Alexy de los principios jurídicos, cuya realización, por definición, exige que sean optimizados. La pretensión de corrección establece la conexión necesaria entre Derecho y moralidad. De modo que una parte de la legislación que define la pretensión de conexión comete una *contradicción performativa*, al romper la conexión entre Derecho y moral.

4.2. *«Este es un Estado injusto»*

Alexy utiliza un ejemplo ficticio tomado del artículo primero de la constitución de un Estado recientemente establecido.

«X es un Estado soberano, federal e injusto»[37].

De acuerdo con Alexy el artículo es, de alguna manera, defectuoso, y defectuoso no sólo meramente en sentido técnico, moral o convencional. Precisa que el artículo de la Constitución es *conceptualmente* defectuoso porque contiene una *contradicción performativa*, al violar la pretensión inherente al Derecho de corrección. ¿Cómo interpretar este tipo de ruptura de la conexión?

Si el artículo de la Constitución es tomado sólo como *una norma jurídica* entre todas las demás del sistema jurídico, tal defecto conceptual daría lugar a una ruptura de las conexiones cualificatorias entre Derecho y moral. Como tal el artículo produciría un «mal» Derecho o «menos que perfecto», según la terminología de Alexy. Y en este caso, el resultado final es bastante similar al análisis de Fuller, al añadir pocos argumentos nuevos al análisis de Fuller. Sin embargo, si el artículo de la Constitución en cuestión se toma como representativo de todo el sistema jurídico, pues formaría parte del esquema básico de toda la legis-

---

[35] L. L. Fuller, *The Morality of Law*, *op. cit.*, pág. 41.

[36] *Ibid.*, pág. 43.

[37] R. Alexy, «On Necessary Relations between Law and Morality», *art. cit.*, pág. 178 y sigs.

lación y jurisdicción del país, la cuestión cambia en una dirección más interesante. En este caso, un artículo de la Constitución tan injusto privaría a todo el sistema jurídico de su validez. Dado que el resultado final de la primera interpretación (es decir, el artículo de la Constitución como norma individual de un sistema jurídico) no ofrecería nuevos argumentos al debate clásico, presumo que Alexy persigue la última alternativa (esto es, la Constitución como lo más significativo del sistema jurídico en conjunto). Junto al supuesto «este es un Estado injusto», Alexy nos ofrece otro ejemplo extraído de una sentencia:

«El acusado es -*injustamente, pues el Derecho válido fue interpretado incorrectamente*- sentenciado a cadena perpetua»[38].

Alexy formula la misma exigencia antes mencionada, afirmar que la decisión adolece de un defecto conceptual. «El juez comete una contradicción performativa y en este sentido un error conceptual. Una decisión judicial exige siempre aplicar el Derecho correctamente, no importa el grado de error que se dé. El contenido del veredicto contradice la pretensión hecha por el acto institucional de proclamar la sentencia»[39].

4.3. *Sobre la contradicción performativa*

La tesis de la corrección de Alexy es provocadora. Supone que una *contradicción performativa priva al sistema jurídico de su validez, pues las validez jurídica se basa en la pretensión de correción*. Alexy se remite a la teoría del lenguaje de John L. Austin, al citar su famoso ejemplo de un enunciado autocontradictorio: «El gato está sobre el felpudo pero yo no lo creo»[40]. ¿Es sostenible la tesis de Alexy?[41]

El ejemplo del gato sobre el felpudo de Austin es un enunciado constatativo que da información sobre el estado de cosas en el mundo. ¿La cuestión relativa a la verdad de los enunciados constatativos es perfectamente legítima y la respuesta es contin-

[38] *Ibid.*, pág. 179.

[39] *Ibid.*, pág. 180.

[40] *Ibid.*, pág. 179.

[41] Agradezco mucho los comentarios formulados por Ernesto Garzón, Manuel Atienza, Ruth Zimmerling y Francisco Laporta en el simposium de Alicante. Especialmente Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling defendieron las tesis de Alexy, mientras que Francisco Laporta y Manuel Atienza las consideraron incorrectas. Tras la fructífera discusión en Alicante volví a escribir parte de mi comunicación al simposium.

gente con relación a si el estado de cosas enunciado realmente existe en el mundo? Es evidente que los enunciados autocontradictorios son lógicamente defectuosos y no pueden ser -verdaderos ni falsos- sino sin sentido. H. L. A. Hart una señaló que las «constituciones no crean dificultades por adoptar esta forma», refiriéndose a un tipo de artículo según el cual las leyes injustas o inmorales no tengan fuerza de obligar para los ciudadanos. Además de la posibilidad de «crear problemas», ¿qué más está en juego?

La teoría de Alexy se encuentra próxima a la idea de Habermas de pragmática universal. La concepción habermasiana afirma que los actos de habla pueden ser divididos en tres grupos, junto con sus características inherentes[42]:

1) Enunciados constatativos: verdad.

2) Enunciados expresivos: sinceridad.

3) Enunciados regulativos: corrección.

El ejemplo de Alexy de un enunciado legislativo: «Este es un estado injusto», es un enunciado práctico (o regulativo) destinado a orientar la acción humana. De acuerdo con la fundamentación pragmático universal, bastante próxima a la teoría de Alexy, los enunciados tienen una pretensión de corrección.

Detengámonos en el tipo de artículo de la Constitución que Alexy utiliza en su ejemplo «este es un Estado injusto». Ciertamente viola la pretensión de corrección y el enunciado es, en palabras de Austin, efectivamente un enunciado «desafortunado». Pero -a diferencia de los enunciados constatativos- su exigencia lógica carece de sentido, debido a su no-corrección, cuando menos no es intuitivamente convincente. El legislador promulga una norma extraña sobre el carácter injusto del Estado ¿y qué? La validez formal del sistema jurídico difícilmente puede ser anulada por el extraño artículo en la Constitución y el sistema jurídico puede funcionar como cualquier sistema jurídico efectivo. Por consiguiente, me parece que la extrañeza de su validez formal y la analogía con el austiniano ejemplo del gato sobre el felpudo no funciona en el campo de los enunciados prácticos (regulativos), pues su status lógico es diferente de los enunciados constatativos.

Por lo que respecta al supuesto «esta es una decisión injusta», Alexy, por supuesto comprende que el juez comete un error jurídico. El veredicto, junto a la violación de la pretensión de corrección de Alexy, contradice abiertamente el Derecho. Dado

[42] J. Habermas, *Theorie des Kommunikativen Handelns*, cit., T. I., p. ej., pág. 443.

que la pretensión de corrección está siendo violada, la conexión entre Derecho y moralidad queda rota. Sin embargo, el caso es diferente al ejemplo de Alexy: «este es un Estado injusto», pues lo que aquí está en juego no es la injusticia de un aspecto de la legislación sino una interpretación explícitamente *contra legem*. En la teoría de Alexy el veredicto *contra legem* no es, sin embargo, Derecho inválido, dado que una norma jurídica individual o una decisión no pueden ser sino «menos que perfecta» en razón del carácter *cualificatorio* de la relación entre Derecho y moral de este supuesto. Como he afirmado, sólo el sistema jurídico en su conjunto puede ser jurídicamente inválido por una ruptura del carácter definitorio de la relación entre Derecho y moral.

En otras palabras, la teoría de Alexy sólo afirma que un veredicto semejante: «Esta es una decisión injusta» constituye un aspecto erróneo de la jurisdicción. Ciertamente el fallo comprende un defecto conceptual, pero a la misma conclusión podría llegarse sin la formulación de la idea de contradicción performativa y de la pretensión inherente de corrección.

5. TEORÍA DE ALEKSANDER PECZENIK SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL[43]

Aleksander Peczenik ha desarrollado una teoría muy interesante de la relación entre Derecho y moral[44]. Peczenik traza la distinción entre enunciados prácticos *prima facie* y enunciados prácticos *all-things-considered*. Las evaluaciones *prima facie* sólo tienen un carácter provisional, dado que otras consideraciones pueden modificar el resultado final consideradas-todas-las-circunstancias del procedimiento de evaluación moral. Las evaluaciones del tipo consideradas-todas-las-circunstancias tienen lugar a través del procedimiento de contrapeso y ponderación de los principios y valores implicados.

La tesis de la *inclusión* de Peczenik afirma que las obligaciones jurídicas tienen también un carácter moral.

«Si las leyes *prima facie* contienen, implican o de alguna otra forma, se basan explícitamente en la conclusión de que A tiene

---

[43] Estoy muy agradecido por los comentarios expuestos por Aleksander Peczenik y Aulis Aarnio en el simposium de Alicante.

[44] A. Peczenik, «Weighing Rights», *Enlightenment, Rights and Revolution. Essays in Legal and Social Philosophy*, N. MacCormick and Z. Bankowski, eds., *op. cit.*, págs. 175-196. A. Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, Law & Philosophy Library, vol. 8, 1989.

cierto deber jurídico, pretensión, competencia o derecho puede sostenerse que A tiene un deber, pretensión, competencia o derecho moral *prima facie*, con el mismo contenido»[45].

Me he centrado únicamente en la consideración de Peczenik de los deberes jurídicos, pues las modalidades jurídicas de Hohfeld pueden ser reducidas a dos de ellas, como ha hecho Hart, de hecho, en su *The Concept of Law*[46], y la noción de deber (o la de n derecho) puede ser considerada como la más crucial de las modalidades jurídicas.

Como admite el propio Peczenik, incluso el sistema jurídico del régimen nazi establecería este tipo de deber moral *prima facie*. Un juez bajo el régimen nazi tendría un deber moral *prima facie* de hacer cumplir las disposiciones sobre los judíos. Sólo después del procedimiento de contrapeso y ponderación puede llegar a constatarse el carácter inmoral del Derecho nazi y puede perder su carácter moral *prima facie*[47]. No obstante, la situación es la misma con respecto a los argumentos consideradas-todas-las-circunstancias:

«Si una persona A tiene un deber jurídico, libertad, pretensión, etc., del tipo consideradas-todas-las-circunstancias, con respecto a una acción H, entonces también tiene un deber, libertad, pretensión moral consideradas-todas-las-circunstancias del mismo contenido»[48].

Más adelante Peczenik argumenta que en el caso del Derecho nazi uno puede negar que se trate de un sistema jurídico por razones morales, pero en este caso la inmoralidad debe fundamentar sistemáticamente el sistema jurídico en su conjunto, incluidas las disposiciones técnicas del Derecho privado, etc. En este sentido sostiene que «no es suficiente una disposición inmoral o un aspecto sistemáticamente inmoral del sistema»[49]. También argumenta que un sistema jurídico válido no puede ser «demasiado inmoral»[50]. En otras palabras, Peczenik parece sostener una conexión entre Derecho y moral extremadamente fuerte incluso en el nivel consideradas-todas-las-circunstancias y sólo cuando el sistema jurídico llega a ser totalmente inmoral para los ciudadanos puede sostenerse que pierde su validez jurí-

---

[45] A. Peczenik, *On Law and Reason*, *op. cit.*, pág. 242; «Weighing Rights», cit., pág. 177.

[46] Vid., L. L. Fuller, *The Morality of Law*, *op. cit.*, pág. 134, nota núm. 50.

[47] A. Peczenik, *On Law and Reason*, *op. cit.*, pág. 243; «Weighing Rights», cit., págs. 177-178.

[48] *Ibid.*, pág. 243; *ibid.*, pág. 181.

[49] *Ibid.*, pág. 243; *ibid*., pág. 178.

[50] A. Peczenik, «Weighing Rigths», cit., pág. 188.

dica. En el caso de una disposición jurídica inmoral se podría -y se debería- interpretarla de un modo restrictivo o se podría ignorar la disposición junto con el procedimiento jurídico de contrapeso y ponderación[51].

Sin embargo, la exigencia que formula Peczenik respecto a la inmoralidad *total* de un sistema jurídico puede suponer una condición demasiado estricta para el régimen nazi, dado que exige que incluso una parte meramente técnica del sistema jurídico deba ser inmoral en orden a que el sistema jurídico sea privado de su validez. Y este supuesto no se dio siquiera en el régimen nazi, aun cuando hubiera aspectos de la legislación extremadamente inhumanos con respecto a los judíos y a otras razas «inferiores». La promulgación por ejemplo del **BGB** (*Bürgerliches Gesetzbuch*, el código civil alemán) permaneció inalterada durante mucho tiempo. Y, de hecho, el propio Peczenik hace uso de un ejemplo del Derecho nazi en su argumentación[52].

¿Cuáles son los argumentos de Peczenik en favor de una tesis fuerte de la relación entre Derecho y moral? Peczenik argumenta que «al introducir la institucionalización del orden jurídico, la sociedad puede restringir, aunque no eliminar enteramente, la necesidad del procedimiento de contrapeso y ponderación»[53]. Más adelante prosigue:

«Si una sociedad moderna no tuviera un ordenamiento jurídico, se produciría un *caos* moralmente cuestionable. De este modo es mejor desde el punto de vista moral tener una sociedad que posea un ordenamiento jurídico que en *algunos casos* lleve a decisiones injustas que obligar a las personas individuales a estar sujetos a sus propios juicios morales en todos los casos»[54].

Peczenik parece hacer uso de la teoría de la naturaleza humana de Thomas Hobbes y a la explicación hobbesiana de la condición humana en el «estado de naturaleza», es decir, sin la existencia del poder coercitivo del Estado. Por mi parte, encuentro la noción de naturaleza humana de Hobbes bastante realista y de este modo puede ser defendido el punto de partida de Peczenik. Hobbes también subraya la necesidad de una interpretación de autoridad por parte del soberano en las situaciones conflictivas de los ciudadanos y esta concepción parece encajar bien con la idea de Derecho que presenta Peczenik. Sin embargo, la

---

[51] A. Peczenk, *On Law and Reason*, *op. cit.*, pág. 254; «Weighing Rights», cit. pág. 182.

[52] Vid., por ejemplo, A. Peczenik, *On Law and Reason*, *op. cit.*, pág. 243.

[53] *Ibid.*, pág. 178.

[54] *Ibid.*, págs. 179-180.

noción de Peczenik según la cual un deber jurídico del tipo consideradas-todas-las-circunstancias implica un deber moral consideradas-todas-las-circunstancias, parece propiciar la crítica. De acuerdo con este autor, el procedimiento interpretativo de contrapeso y ponderación o comprende también, por definición, valores morales[55]. Es por ello que los valores morales siempre están presentes en el resultado final de la interpretación, la tesis de la inclusión de Peczenik no es más que un enunciado analítico, cuya verdad se sigue de la mera definición del concepto de interpretación jurídica. Pero, ¿de qué moralidad está necesitada la interpretación para decidir un caso difícil dado? ¿Un juez bajo el régimen nazi no debería utilizar en la interpretación jurídica los principios adoptados por el sistema jurídico nazi, por ejemplo, aquellos basados en el status racial del caso implicado? Las reglas de Alexy de la racionalidad-D, que Peczenik utiliza en su libro, son meramente de carácter formal e impropias para orientar al juez en su dilema moral.

(Trad. de María José Añón)

[55] Vid., por ejemplo, A. Peczenik, *On Law and Reason*, *op. cit.*, pág. 34: «Si las decisiones en un supuesto dado se adoptan sin atención a la tradición del razonamiento jurídico establecida, éstas no son jurídicas, por definición. Si se adoptan sin atención a consideraciones morales, tampoco son jurídicas, por definición.»

A R T Í C U L O S

DERECHO PENAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

A) DERECHO PENAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA MODERNA TRADICIÓN ALEMANA

Desde los tiempos de esplendor de la Filosofía alemana, es decir, desde la época del Idealismo y la Ilustración, existen estrechas relaciones entre Filosofía, Filosofía del Derecho y Derecho penal. Pero estas relaciones se han ido debilitando poco a poco en este siglo, a partir del momento en que la Filosofía del Derecho ha sido, en cierto modo, superada por sus herederas, la Teoría y la Sociología del Derecho.

Para los principales representantes del Idealismo alemán, Kant y Hegel, la Filosofía del Derecho todavía formaba parte del sistema filosófico general; lo que hoy denominamos «Ciencia dogmática del Derecho» o «Teoría general del Derecho» carecía de autonomía sistemática, recibiendo su contenido y utilidad de su relación con los teoremas filosóficos morales y sociales.

Así, por ej., toda la filosofía sobre la voluntad autónoma y heterómana la trata Kant en sus «Fundamentos sobre Metafísica de las costumbres» (sección segunda). Pero también en este libro discute cuestiones que hoy consideramos características de la «Teoría general del Derecho», dedicando la primera parte al Derecho privado, y la segunda al Derecho público, en el que incluye el Derecho penal y el Derecho de gracia.

Esta integración de Filosofía y Derecho ha beneficiado a las dos disciplinas. Por un lado, porque de este modo los problemas jurídicos quedaron situados en un contexto más amplio y fundamental; por otro lado, porque la filosofía, al hacer filosofía sobre el Derecho o los derechos del individuo en sociedad, recibe -por lo menos, en teoría- una conexión con la praxis (lo que no se puede decir, por ejemplo, de la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt, a la que todavía le falta esa conexión con la realidad de las instituciones sociales).

Pero esta tradición integradora de la Filosofía, la Filosofía del Derecho y la Ciencia jurídica fue perdiéndose a lo largo del siglo XIX. Después de Kant y Hegel se establecieron en el ámbito del Derecho y de la Filosofía del Derecho sistemas que tomaron y desarrollaron los teoremas de estos grandes maestros. Tanto los neohegelianos, como los neokantianos fueron grandes filósofos del Derecho, pero sus reflexiones sobre él mismo ya no procedían de un sistema filosófico universal. Desde el punto de vista profesional, unos eran filósofos, otros juristas. Y en general, se puede decir que en esa época la filosofía del Derecho se estructuró claramente en diversas «escuelas» que se ocupaban de discutir intensamente concretos problemas jurídicos en estrecha vinculación con la Dogmática jurídica que, por aquel entonces, disfrutaba de una gran reputación por su extraordinaria finura y riqueza conceptual heredada de la Escuela Histórica y del Derecho romano.

Todavía una mayor reducción de su ámbito experimentó a principios del siglo XX la filosofía del Derecho, que poco a poco fue siendo sustituida por la «*teoría y metodología del Derecho*» (como ciencias de la relación entre norma y decisión), por un lado, y la *Sociología del Derecho* (como ciencia empírica del Derecho), por otro. Estas nuevas ciencias dejaron de preocuparse por las cuestiones tradicionales y buscaron otros ámbitos de discusión. La *Filosofía del Derecho* pasó a ocuparse sólo de la justificación del Derecho (teoría de los valores, Derecho natural, teoría de la vigencia del Derecho, derecho a la resistencia, etc.), dejando muchas de las cuestiones que tradicionalmente habían sido tratadas dentro de su ámbito, en manos de la Dogmática jurídica; así, por ej., cuestiones tales como la legitimación del Estado o la legitimación de la pena comenzaron a tratarse en el Derecho constitucional o en el Derecho penal. A la Filosofía del Derecho le ocurrió lo que ya antes le había sucedido a la Teología; fue superada por sus propias hijas, que continuaron planteándose las mismas cuestiones pero con sus propios métodos. Con ello surgieron, al mismo tiempo, difíciles problemas de delimitación, que complicaron aún más las relaciones de las «Ciencias jurídicas básicas» entre sí.

La tradición jurídico-filosófica se mantuvo con mayor pureza y éxito en el Derecho penal. Incluso todavía hoy, hay teorías del Derecho penal y de la pena basadas en la filosofía kantiana y en los dos polos que sustentaron esa filosofía: la teoría del conocimiento del idealismo alemán y la filosofía política de la Ilustración. Su mérito histórico ha sido precisamente el de unir ambas líneas de la filosofía idealista y el de hacerlas fructíferas para el

Derecho penal. Representantes de estas ideas son sobre todo Paul Johann Anselm Feuerbach, Gustav Radbruch, Karl Engisch y Arthur Kaufmann. También yo me siento dentro de esta tradición.

En lo que sigue voy a tratar del significado que esta tradición de la Filosofía idealista puede tener todavía en cuestiones con cretas del Derecho penal.

B) SIGNIFICADO DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA DE LA ILUSTRACIÓN PARA EL DERECHO PENAL

I. **Teoría del conocimiento: la superación del Derecho natural**

La teoría crítica del conocimiento del idealismo alemán, significó, dicho de un modo simple y breve, la superación del Derecho natural clásico. El Derecho natural cosmológico de la tradición aristotélica descansaba en la deducción del deber a partir del ser («monismo metódico»), el orden del deber humano se derivaba así del orden real de la naturaleza. Esta deducción de un orden del deber desde el mundo empírico no fue ya posible a partir de Kant; los neokantianos, con el «dualismo metódico», realizaron importantes restricciones al separar con claridad el ser del deber ser.

El destino del *Derecho natural de origen divino* característico de la teología de Tomás de Aquino y del pensamiento medieval europeo, estaba indisolublemente unido al destino de una divinidad inmanente; de un ser, por tanto, que no sólo era la fuente incuestionable del puro deber, sino también la que revelaba este deber a las personas. Ciertamente todavía en el siglo XVIII, la filosofía y la teología aceptaban de una forma u otra la idea de Dios, pero ya entonces estaba claro que este Dios no era ya directamente el legislador del orden humano que establecía los deberes.

La Filosofía idealista no hubiera merecido este nombre, si no hubiera creado las bases de otra clase de Derecho natural, del llamado «*Derecho natural racionalista*».

La ordenación de los deberes como producto de la razón humana, fue la lógica consecuencia de la superación del Derecho natural cosmológico de origen divino, colocando por primera vez en la historia al hombre, como ser responsable y autónomo, en el centro de la Antropología filosófica.

Este Derecho natural racionalista desempeñó un papel muy importante en toda la discusión que sobre la legitimación del

poder hubo en el siglo XIX. Pero su éxito se debió más a su propia vaguedad que a su viabilidad jurídico-filosófica. La «razón humana» es más un topos argumentativo que una fuente del Derecho. Como bien demuestra la propia historia y la moderna Etnología la razón humana ha dado lugar a muy diversos ordenamientos jurídicos no siempre coincidentes e incluso contradictorios en el tiempo y en el espacio. Esta forma de entendimiento del Derecho natural quizás pudo satisfacer la necesidad que en aquella época había de encontrar un criterio material para de terminar el derecho justo, pero era totalmente insuficiente desde el punto de vista de las exigencias metodológicas que se derivaban de las críticas de la razón pura y a la razón práctica.

II. **Filosofía política: el contrato social**

La respuesta adecuada a la crítica del conocimiento de la filosofía idealista no fue el Derecho natural racionalista, sino las numerosas teorías que sobre el contrato social se formularon por doquier en la Europa de aquel entonces. Sin entrar en particularidades y forzando un poco los aspectos sistemáticos voy a indicar ahora las más importantes directrices en las que se plasmó esta filosofía social y jurídica, así como la idea de libertad de la que partía.

Tras el ocaso de la fundamentación iusnaturalista del Derecho el *papel del legislador* se modificó de manera fundamental, de simple intérprete del Derecho se convirtió en su creador. Sus prescripciones (leyes) no se legitimaban ya como simples concreciones adaptadas al momento de una ley superior, el Derecho natural, ya que esta ley superior o no existía o, en todo caso, no era aprehensible. El legislador no podía, por tanto, legitimar sus prescripciones por su coincidencia con un Derecho incuestionablemente justo de carácter suprapositivo, sino que tenía que de mostrar la justicia de las mismas por su propio contenido.

La *teoría del contrato social* fue la respuesta a este problema de legitimación. En el fondo viene a decir que la legitimidad de las prescripciones jurídicas se deriva de los mismos que están sometidos a ellas. El estado natural se transforma en estado jurídico renunciando el ciudadano adulto -capaz de conocimiento- a una parte de su libertad natural para así poder convivir en libertad con los otros ciudadanos que igualmente renuncian a una parte de su libertad.

En un *plano horizontal* el contrato social significa, por tanto,

el acuerdo -imaginario- de los ciudadanos en un orden jurídico vinculante para todos.

En el *plano vertical* el contrato social tiene que ser garantizado institucionalmente. Esta garantía se produce instituyendo contractualmente una autoridad superior a la que le corresponde vigilar que las cláusulas contractuales se cumplan realmente. Pero éste es un problema especialmente precario: el contrato social sólo puede llevarse a cabo si efectivamente se produce la renuncia que hacen los ciudadanos a una parte de su libertad, tal como fue acordado. Quien se exceda en el uso de su libertad o limite un exceso de libertad ajena, estará lesionando los fundamentos del contrato y rompiéndolo en pedazos. Pero, por otra parte, también la autoridad superior puede lesionar los límites impuestos a su actuación, desatender sus funciones o imponer arbitrariamente su voluntad a los ciudadanos, restringiendo, por ej., su libertad más de lo que permite el contrato social. En este caso, muchos de los que defienden la teoría del contrato social admiten también un legítimo derecho de resistencia a la autoridad.

III. **Filosofía del Derecho penal: el aseguramiento de la libertad**

En el contexto de la teoría del contrato social la tarea a cumplir por el Derecho penal se refleja con toda claridad. Para mejor comprender esta tarea, conviene recordar que Feuerbach, el más importante representante de esta concepción, fue al mismo tiempo uno de los más decididos impulsores de la Codificación del Derecho penal influyendo decididamente en la redacción del Código penal bávaro, el más importante Código penal de principios del siglo XIX.

1. *El principio de legalidad*

La *idea de la Codificación*, es decir, el principio de que los límites de las libertades ciudadanas debían definirse legalmente, constituye el elemento básico de una filosofía del Derecho penal influida por el pensamiento de la Ilustración. Todavía hoy es el principio de legalidad, «nulla poena, nullum crimen sine lege», el criterio fundamental que inspira el Derecho penal del Estado de Derecho, tal como se concibe en la tradición alemana, y es acogido tanto en el Código penal (§ 1 St**GB**) como en la Constitu-

ción (art. 103, 28 GG): «Sólo puede ser castigado el hecho cuya punibilidad esté determinada legalmente antes de que haya sido cometido». Con él se garantizan que los límites de la libertad de los ciudadanos sean los mismos y rijan para todos sin excepción, y que, al mismo tiempo, se determinen con precisión tanto para los ciudadanos como para las instituciones. El principio de legalidad se ha convertido así en uno de los símbolos más característicos del Estado de Derecho. En él se concentran las esperanzas de que tanto el sistema como la Administración de Justicia penal sean transparentes, controlables y sinceros.

2. *Orientación a las consecuencias*

Sólo en un punto, por lo demás central, no siguió Feuerbach la filosofía jurídico-penal de Kant: en la justificación de la pena. En este punto, Feuerbach consideraba que la misión de la pena no consistía en alcanzar la Justicia, cualquiera que fueran las consecuencias; sino que sólo era legítima si, tanto en el momento de la conminación legal como en el de su imposición y cumplimiento, conseguía un fin empírico muy concreto: apartar a los posibles delincuentes de cometer delitos en el futuro. Como el propio Feuerbach decía, al individuo inclinado al mal debería atársele a una cadena para que no pudiera llevar a cabo sus perversas inclinaciones; pero como esto, decía, es imposible, habrá que buscar una especie de cadena psicológica que determinara que el individuo que racionalmente calcula las ventajas e inconvenientes de su hecho se abstuviera de cometer delitos. Ello se conseguiría haciendo que la gravedad de la pena que pudiera imponerse fuera más determinante que el posible provecho que pudiera obtenerse con la comisión del delito.

Esta teoría de la «coacción psicológica» demuestra que la filosofía jurídico-penal surgida de la Ilustración había abandonado el conceptualismo orientado *input* propio de la Filosofía idealista, vinculando el Derecho penal a una orientación *output*. El parentesco con el utilitarismo es evidente. Esta estructuración preventiva del Derecho penal, completada, al mismo tiempo, con las teorías resocializadoras, reduce enormemente el problema de la legitimación del poder punitivo del Estado, al considerar que la pena, tanto en el momento de su conminación legal, como en el de su imposición, cumple un interés social. Sin embargo, pronto se hizo acreedora de la *crítica de la propia filosofía idealista del Derecho penal* que, de la mano de Hegel, argumentaba en su contra que no trataba a la persona como un

ciudadano libre y responsable, sino como a un perro al que se le enseña el palo.

3. *El principio de protección de bienes jurídicos*

En la República Federal de Alemania se discute hoy, en el marco de una «Teoría de la prevención general positiva», si la orientación a las consecuencias en Derecho penal cumple los postulados de la Ilustración o, por el contrario, los debilita. Me parece que la verdad está en el medio: un Derecho penal basado en el contrato social tiene que atender a las consecuencias que produce; pero, por otro lado, esta orientación a las consecuencias debe ser frenada y doblegada por principios normativos, como el de proporcionalidad, el respeto a la dignidad humana y otros principios «formalizadores» del Derecho penal (cfr. infra C. 1). La tercera característica, la vinculación del Derecho penal al principio del bien jurídico, pertenece, sin duda, a las consecuencias de la filosofía política de la Ilustración.

El principio de protección de bienes jurídicos fue elaborado originariamente por Feuerbach y posteriormente desarrollado por Birnbaum y von Liszt, entre otros, como consecuencia de una concepción crítica del Derecho penal. Sólo los intereses humanos (Feuerbach) o, en su caso, los bienes jurídicos (Birnbaum, von Liszt) pueden ser objeto de protección por el Derecho penal. Una conminación penal que sólo tenga como objeto *ideología social*, es, por tanto, ilegítima. Cuanto mayor sea la vinculación de una conminación penal con un bien jurídico (como, por ej., en los daños patrimoniales o en el homicidio), tanto más intensiva podrá ser, pudiendo incluso castigar la puesta en peligro del bien jurídico (como, por ej., en el delito de incendios).

Por otra parte, el principio de protección de bienes jurídicos exige preguntar si el Derecho penal está realmente en situación de proteger los bienes jurídicos, ayudando, así, a una *crítica empírica del Derecho penal*.

Desde un principio, la teoría del bien jurídico ha admitido tanto los *bienes jurídicos individuales* (vida, salud, libertad, honor), como los *universales* (tráfico fiduciario, Administración de Justicia, Seguridad del Estado).

Pero actualmente se discute si los bienes jurídicos universales deben ser funcionalizados desde el punto de vista de los bienes jurídicos individuales, o a la inversa, distinguiéndose entre teorías *individualistas* y teorías *estatistas*.

En la época del *nacionalismo* se intentó superar el principio de bien jurídico, sustituyéndolo por el llamado «dogma de la infracción del deber»; pero en los años cincuenta y sesenta volvió a surgir de nuevo con toda su pujanza y fue utilizado con éxito para limitar el ámbito del Derecho penal sexual y de los delitos religiosos.

4. *Formalización del control social jurídico-penal*

Continuando la tradición de la filosofía política de la Ilustración, pero enriqueciéndola y completándola con una consideración sociológica del Derecho penal, las más recientes teorías penales han *reformulado la filosofía clásica del Derecho penal*. Esta reformulación se puede resumir en la formalización del control social jurídico-penal». Con ello se quiere decir:

A largo plazo, tenemos que partir de que todas las sociedades se caracterizan por el fenómeno del «control social»; es decir, por la existencia de normas sociales, por la sanción de la conducta desviada y por un proceso para aplicar la sanción. En la *vida cotidiana* el control social se da más o menos formalizado; espontáneo, diferente según el grupo social de referencia, diferenciado por la magnitud de la sanción y con diversos procesos para su aplicación. El control social se da en todas partes: en la familia, en el lugar de trabajo, en la escuela, en las discusiones, en los deportes, etc.; y es imprescindible, tanto en los procesos de socialización y enculturación de los individuos, como para la autodefinición del grupo.

Pero el control social no es sólo estabilizador; también produce *daño*. Un daño que puede ir desde una simple sonrisa de desprecio hasta la aplicación de la Ley de Lynch, pasando por la reducción del contacto social o la pérdida del puesto de trabajo.

Tanto más grave sea la desviación, tanto más incómodo será para quien la realice; tanto más grave sea la amenaza que esa desviación representa para los demás, tanto más profundo será el conflicto normativo. El control social no sólo afecta virtualmente los *derechos humanos* de quien ha realizado la conducta desviada, sino también los de la víctima misma, los testigos, etc. El control social, tanto en su forma, como en su contenido, es, por último, un símbolo del nivel cultural de una sociedad.

El *Derecho penal se legitima* precisamente en la medida en que formaliza el control social. Con los demás medios de control social coincide en que contiene los mismos tres elementos característicos de todo control social: norma, sanción, proceso. Pero

el Derecho penal debe manejar esos elementos de modo que dentro de lo posible proteja los derechos humanos de todos aquellos que han participado en los casos más graves de conflictos por desviación. Y a eso es a lo que llamo «formalización». Para mí, formalización significa dos cosas:

Por un lado, transparencia y claridad (y con ello, posibilidad de control) de los instrumentos jurídico-penales; por otro, la observancia de determinados principios valorativos.

La claridad y posibilidad de control se corresponden en esencia con el clásico *principio de legalidad*. Los principios valorativos son, en cambio, muy variados, yendo desde el derecho a la asistencia de letrado y a ser oído en el proceso, hasta el principio de proporcionalidad, pasando por el in dubio pro reo, la prohibición de *la reformatio in peius, ne bis in idem*, derecho al juez legal, etc.

El Derecho penal se justifica, pues, en la medida en que se consigue formalizar el control social. Por eso, es preocupante la tendencia que se observa actualmente en la República Federal de Alemania a ir abandonando paulatinamente esta tradición formalizadora. De ello nos vamos a ocupar en el siguiente apartado.

C) RECIENTES TENDENCIAS DEL DERECHO PENAL EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

1. **La actual situación**

En este momento, el Derecho penal, tanto en la teoría como en la praxis, está pasando de la formalización y la vinculación a los principios valorativos a una tecnología social, y paulatinamente se va convirtiendo en un instrumento político, sobre todo en ámbitos como el económico y financiero, medio ambiente, salud pública y seguridad del Estado, y en esta dirección ha dado ya importantes pasos:

1. En el *Derecho penal material* las reformas actuales se caracterizan por:

– el interés por «combatir» con toda celeridad y urgencia los «problemas» más ampliamente difundidos por los medios de comunicación y que, por eso, son sentidos por la opinión pública como más amenazantes: criminalidad económica y financiera, delito ecológico, delincuencia informática, terrorismo, drogas, pornografía, exportación de mercancías peligrosas, etc.;

– la protección preferentemente de bienes jurídicos universales tales como la salud pública o el medio ambiente, en lugar de los tradicionales bienes jurídicos individuales;

– el creciente empleo de los delitos de peligro abstracto que prescinden de presupuestos de la pena, tales como el resultado o la causalidad y permiten imponer una pena sólo con que el sujeto realice una determinada acción peligrosa, por ej., presente una solicitud falseando los datos para conseguir una subvención pública;

– la eliminación de los diversos grados de la imputación jurídico-penal (tentativa-consumación; complicidad-autoría);

– un aumento sensible de las penas con evidentes finalidades preventivo-generales intimidatorias.

2. En el *Derecho procesal penal*, las actuales reformas se caracterizan por su finalidad de acortar, abaratar y desformalizar el proceso, así como por la eliminación de todos los obstáculos que puedan perturbarlo, sean desde el lado inculpado, como del defensor. Las reformas que favorecen los intereses de la víctima se hacen a costa del imputado y del Estado como detentador del monopolio del *ius puniendi*. Incluso el principio, tan importante en la jurisprudencia penal y constitucional alemanas actuales, de «funcionalidad de la Administración de Justicia penal», favorece ciertamente la efectividad y la economía del proceso, pero a costa de su formalización.

3. Curiosamente, apenas ha habido reformas recientes en el ámbito del *Derecho penitenciario*; y ello es lógico, pues no se corresponderían con la tendencia sociotecnológica. La praxis penitenciaria se desarrolla ahora más hacia una desformalización de la posición del interno, dando marcha atrás en todo lo que signifique ayuda, favorecimiento o facilidades de su situación, mostrando un desarrollo similar al observado antes respecto al Derecho procesal penal (C, 1, 2).

4. Todas estas tendencias son apoyadas y favorecidas por las *teorías actualmente dominantes en Derecho penal*. Estas teorías «funcionales» o funcionalistas permiten o favorecen la adaptación de los instrumentos jurídico-penales a las necesidades de la moderna Política criminal. El Derecho penal, entendido por von Liszt, como «barrera infranqueable de la Política criminal», se está convirtiendo en una utopía; lo que actualmente interesa y sirve a un sistema político funcional son conceptos como orientación a las consecuencias, ponderación de intereses en juego, previsión de peligros y programas flexibles de decisión.

5. Igualmente basadas en las tendencias sociotecnológicas

están las modernas *teorías de la pena* de la prevención intimidatoria, individual y general. A principios de siglo desaparecieron ya las teorías absolutas de la pena; lo que ahora se considera como pura retribución no es más que prevención general. Las tendencias neoclásicas no han tenido, por tanto, ningún éxito en la República Federal de Alemania (véase infra C. III, 4, lo que se dice respecto a la prevención general positiva). «Fundamentación sociotecnológica» significa:

– tanto el si, como el cómo de la pena dependen de su efecto, no de cuestiones de culpa o de merecimiento;

– por «efecto» se entiende primariamente, las consecuencias de la conminación penal y de la pena en el individuo y, secundariamente, desde el punto de vista estratégico, las consecuencias en la general evolución de la criminalidad;

– el individuo que tiene que ser intimidado o, en su caso, castigado, no es el fin, sino un elemento funcional o paso obligado para la imposición de una pena que tiene una finalidad concreta, evitar la criminalidad en el futuro.

6. También los esquemas cognitivos y normativos (el «clima») que sirven de base y dan origen a estas tendencias, se basan en un planteamiento sociotecnológico; así sucede, por ej., con

– el actual favorecimiento de tópicos como «dominio del futuro» en perjuicio de una respuesta adecuada o, si se quiere, «justa» a las cuestiones actuales (así, por ej., se hace recaer el acento en la «prevención» en lugar de la «retribución»; en el «riesgo» en lugar de la «lesión del bien jurídico»;

– la fe de la comunidad en la fuerza configuradora de la realidad que se atribuye al Derecho penal y en la posibilidad de conseguir con él las consecuencias que se pretenden;

– la legitimación de las intervenciones por las consecuencias favorables que producen, y no por la «justicia» de las mismas: *orientación out put*;

– y finalmente, la tendencia a sustituir en las teorías legitimadoras los planteamientos personalistas por planteamientos sociales.

II. **Perspectivas evolutivas**

La situación que se acaba de describir tiene su origen en la «dialéctica de lo moderno», es decir, es consecuencia de la lucha

contra un Derecho penal moralizador, que se ha llevado a cabo con las armas de la Filosofía política de la Ilustración. La guerra se ha ganado y el enemigo ha sido vencido. Pero el actual problema en la República Federal de Alemania no es el Derecho penal moralizador, sino un Derecho penal inspirado en las modernas técnicas sociológicas.

Las armas que antes se utilizaron contra el Derecho penal moralizador se han independizado; los signos han cambiado.

1. Así, por ej., el concepto de *protección de bienes jurídicos*, que originariamente tuvo una función estratégica en las tendencias descriminalizadoras; y en este sentido se utilizó para de rogar aquellas conminaciones penales que no tenían como objeto la protección de algún concreto bien jurídico o que únicamente pretendían proteger concepciones morales, se utiliza actualmente con una finalidad distinta, como un criterio para criminalizar.

2. Lo mismo ha sucedido con los *fines de la pena* (por lo menos, en la medida en que se conciban preventivamente en el sentido que lo hizo Feuerbach, supra B, III, 2). Originariamente se utilizaron contra todas aquellas intervenciones jurídico-penales que, bien no producían ninguna consecuencia o incluso eran contrarias a ello; que no tenían, por tanto, «ningún fin». Por eso, se entendía que la «pura» retribución, no era suficiente para legitimar una intervención en la libertad o en la propiedad; al principio de culpabilidad se le otorgaba una función limitadora y no fundamentadora de la pena; y dentro de estos límites era posible pretender consecuencias empíricas favorables (corrección, intimidación). En cambio, hoy el concepto de prevención tiende a convertirse en un modelo de intervención que supera y descualifica como obstáculos para una orientación social efectiva los principios de proporcionalidad, igualdad de trato, o legalidad (es decir, los principios valorativos del Derecho penal formalizado a los que antes hacíamos referencia, supra B, III, 4).

3. Todas estas tendencias colocan al Derecho penal ante una renovada y fortalecida *necesidad de legitimación*. Ya no son suficientes las justificaciones deontológicas de la conminación penal y de la pena; ahora hay que demostrar que el sistema, desde el punto de vista sociotecnológico, funciona también realmente, que de modo relevante produce consecuencias favorables e impide las desfavorables. La orientación a las consecuencias tiene como efecto que el sistema jurídico-penal permanente y públicamente deba afirmarse como instrumento político técnicamente eficaz.

4. Estas expectativas no pueden ser cumplidas por el Dere-

cho penal, o sólo de un modo insuficiente; pero ante esta situación el sistema actual no reacciona retirando los planteamientos sociotecnológicos, sino manteniéndolos y difuminándolos. El ejemplo más gráfico de ello es una *Política criminal simbólica* que -en contra de la opinión de los expertos que consideran que la agravación de las conminaciones penales no aumenta el efecto intimidatorio, y que denuncian los «déficits del sistema penitenciario»- consigue de todos modos que el legislador reconozca con rapidez en la opinión pública una «necesidad de actuación» y que la satisfaga con prontitud. Pero esta ganancia simbólica cuesta cara y se paga con una pérdida de la credibilidad y la justicia del Derecho penal que, de algún modo defrauda las expectativas de los ciudadanos.

III. **Consecuencias**

Lo que hoy se critica cada vez con mayor contundencia no es ya el Derecho penal moralizador, sino el inspirado en la moderna tecnología social, frente al que hay que resucitar las viejas tradiciones «morales» orientadas a la Justicia, la fragmentariedad y la persona y, en relación con los demás sistemas de control social, recuperar y acentuar las peculiaridades que caracterizan el sistema jurídico-penal.

1. Sería *anacrónico* volver a una fundamentación absoluta de la pena y limitarse a los bienes jurídicos clásicos. Esto sería contrario a los específicos problemas de legitimación del moderno Estado y los problemas de orientación de la moderna «sociedad de riesgos». El acuerdo normativo social puede tanto experimentar como constituir hoy un grave problema (destrucción del medio ambiente, abuso de drogas, criminalidad organizada, etc.), con el que se tiene que enfrentar -guardando las distancias- el Derecho penal, tratando racionalmente lo irracional.

2. El Derecho penal tiene también que recuperar su credibilidad y su prestigio ante los ciudadanos, a los que no debe engañar con falsas promesas. Ello supone que continúe y se intensifique la investigación de los efectos reales de la intervención jurídico-penal, y significa que no se pretenden consecuencias que no pueden ser constatadas y que en los programas de decisión se tengan en cuenta las consecuencias accesorias desfavorables. Un Derecho penal legitimado por las consecuencias no puede sustraerse a la legitimación. En mi opinión, un Derecho penal que no utiliza el concepto de consecuencia como una simple estrategia simbólica, sino que lo elabora metodológicamente y del

modo más honesto posible, vuelve en muchos ámbitos a la legitimación *input*.

3. Ante los nuevos problemas que amenazan, tan complejos y difusos, el Derecho penal debe continuar manteniendo y configurando su tarea *formalizadora* del control social (supra B, III,

4). Esto quiere decir en especial que:

– sólo deben protegerse los bienes jurídicos que puedan ser descritos concretamente y asegurados con sus instrumentos (lo que es bastante problemático en los ámbitos relacionados con las drogas y el medio ambiente);

– se mantenga el principio de la imputación individual también en los casos más complejos, como sucede en aquellos en los que se encuentran involucradas grandes empresas;

– se siga preservando el carácter de la protección jurídico penal como *última ratio* (fomentando, en consecuencia, otras formas de protección como el seguro o la reparación de daños);

– se defiendan los principios valorativos como el de legalidad o el in dubio pro reo, frente a los intereses políticos en pro de la efectividad;

– se considere que estos principios son irrenunciables y permanentes, como símbolos de nuestra cultura, incluso en «caso de necesidad» o de enfrentamiento con intereses político-criminales.

4. La teoría de la pena tiene que poner los intereses preventivos en una relación normativa, justificándolos y limitándolos también al mismo tiempo. Una aspiración de esta clase podría quizás conseguirse con una teoría de la *prevención general positiva*, para la que la pena no es pura adaptación (y mucho menos intimidación), sino la afirmación pública y el aseguramento de las normas fundamentales (también de las normas formalizadoras que recomiendan en algunos casos la descriminalización, la prudencia, la protección jurídica frente a la informática, el perdón y el olvido).

(Trad. de Francisco Muñoz Conde)

LA PARADOJA DE LOS «IMPERATIVOS CONTRARIOS-AL-DEBER»: UNA MUESTRA DE LA EVOLUCIÓN DE G. H. VON WRIGHT

1

Entre las paradojas de la lógica deóntica existe un grupo de especial importancia por su capacidad para poner en tela de juicio la consistencia de los sistemas standard de lógica deóntica. Estoy haciendo referencia a las «paradojas de la obligación derivada», basadas en la formalización de la noción de compromiso presentada por Von Wright en 1951, según la cual la proposición que afirma que la ejecución de «p» nos compromete a ejecutar «q» puede ser simbolizada así: O (p ‣ q)[1]. Muy pronto se hizo evidente que la formalización en ese sentido de la noción de compromiso entrañaba consecuencias paradójicas, como se demuestra a continuación:

$$[1]\ P\ (p \vee q) \leftrightarrow Pp \vee Pq$$

Esta base axiomática del sistema standard de lógica deóntica construido por Von Wright en su artículo «Deontic Logic» (en adelante llamaremos al mencionado sistema SDL) equivale, teniendo en cuenta la interdefinibilidad de los operadores deónticos, a

$$[2]\ O\ (p \,\&\, q) \leftrightarrow Op \,\&\, Oq$$

De este axioma se deduce, por transitividad,

$$[3]\ Op \leftrightarrow O\ (p \vee q) \,\&\, O\ (p \vee -q)$$

[1] Von Wright, Georg H., *Deontic Logic*, Mind, núm. 60, 1951, págs. 3 y sigs. Existe trad. cast. de J. Rodríguez Marín, *Lógica Deóntica*, Teorema, Valencia, 1979, págs. 25-47.

De [3] se sigue:

[4] Op ‣ O (p v q)

A través de un proceso similar inferimos:

[5] O -p ‣ O (-p v q)

Y conforme al propio concepto de implicación, [5] equivale a:

[6] O -p ‣ O (p ‣ q)

De acuerdo con [6], si hacer «p» está prohibido, al hacer «p» nos comprometemos a hacer cualquier otra cosa, lo cual parece que intuitivamente contradice la noción de compromiso formalizada como O (p ‣ q). [6] es la fórmula deóntica análoga a la que representa en lógica formal una de las paradojas de la implicación estricta: aquella que afirma que una proposición falsa implica cualquier otra proposición. Aunque, como bien señalaron McLaughlin y el propio Von Wright, la paradoja deóntica parece ser de mayor gravedad. Si «p» es una proposición falsa, nunca estaremos obligados a aceptarla, ni mucho menos a aceptar sus consecuencias. Por contra, podemos realizar actos prohibidos que según el SDL nos colocan en la absurda situación de deber realizar cualquier otro acto[2].

Reflexionemos a continuación sobre la siguiente cadena de enunciados:

[A] Debe ser el caso que socorramos llevándolo al hospital a todo accidentado grave que encontremos

[B] Debe ser el caso que si cumplimos [A] ignoremos las señales de tráfico con tal de llegar rápido al hospital.

[C] Si no cumplimos [A] debemos no ignorar las señales de tráfico.

[D] No cumplimos [A].

Podemos expresar formalmente estos enunciados (utilizando «p» como «socorremos llevándolo al hospital a todo accidentado grave que encontramos, y «q» como «ignoramos las señales de tráfico con tal de llegar rápido al hospital»):

[2] Véase McLaughlin, R. N., *Deontic logic and conditional obligation*, Mind, núm. 82, 1973, págs. 207 y sigs., y Von Wright, Georg H., *On the Logic of Norms and Actions*, vol. *New Studies in Deontic Logic*, ed. de R. Hilpinen, Reidel, Dordrecht, 1981, pág. 7.

[7] Op
[8] O (p ‣ q)
[9] -p ‣ O-q
[10] -p

-p ‣ O -q y -p implican, por «modus ponens», O-q. No habría nada de extraño en ello si no fuera porque podemos inferir también Oq de [7]-[10], y ello en base a que, conforme al SDL, Op & O (p ‣ q) ‣ Oq es una verdad lógica. En palabras de Von Wright (1951), es un complejo molecular válido por razones puramente formales, aunque no sea la aplicación de un esquema válido para «cualquier» oración, deóntica o no. Op es una abreviatura de -P -p, O (p ‣ q) de -P (p & -q), y Oq de -P -q. Obtenemos por tanto -P -p & -P (p & -q) ‣ -P -q. La forma normal disyuntiva de -p en términos de p y q es (p & q) v (-p & -q). La forma normal de p & -q es p & -q. La forma normal de -q es (p v -q) v (- p & -q). Por consiguiente, los constituyentes del complejo molecular en cuestión son P (p & -q), P (-p & q) y P (-p & -q), y en base a ellos es posible construir la tabla de verdad según la cual siempre es el caso que Op & O (p ‣ q) ‣ Oq[3].

Quizá a primera vista podamos achacar la paradoja a la desigual forma lingüística de [B] y [C], que repercute en [8] y [9]. Podríamos así pensar que [B] equivale a:

---

[3] Von Wright, Georg H., *Deontic Logic*, cit., págs. 11 y sigs. Diez años antes de salir a la luz «Deontic Logic», Alf Ross había criticado la validez de Op & O (p ‣ q) ‣ Oq, Así, la inferencia

[a] Ámate a ti mismo
[b] Ama a tu prójimo como a ti mismo (si te amas a ti mismo, ama también a tu prójimo)
[c] Ama a tu prójimo

no es correcta, pues sólo si se cumple la premisa [a], entonces es cierto [c] en virtud de [b]. Ross considera extraño que autores como Jorgensen, Grelling, Grue-Sorensen o Rand no hubieran percibido la mencionada incorrección (ROSS, Alf, *Imperatives and Logic*, Theoria, VII, 1941, págs. 53-7 1. Reeditado en Philosophy of Science, XI, 1944, págs. 30-46. Cito por la trad. italiana de G. Ferrari y R. Guastini: *Imperativi e logica*, vol. *Critica del diritio e analisi del linguaggio*, ed. de A. Febbrajo y R. Guastini, Il Mulino, Bolonia, 1982, págs. 90 y 91). En el ejemplo que presentamos parece todavía más evidente que el deber de socorrer acompañado del deber de ignorar las señales de tráfico en el caso de que llevemos al accidentado al hospital no puede implicar que, incluso incumpliendo el primer deber, estemos obligados a ignorar las señales de tráfico.

[B*] Si cumplimos [A] debemos ignorar las señales de tráfico con tal de llegar rápido al hospital.

[B*] se formalizaría entonces así:
[11] p ‣ Oq

O, alternativamente, podríamos modificar la forma externa lingüística de [C]:
[C*] Debe ser el caso que si no cumplimos [A] no ignoremos las señales de tráfico.

[C*] se formalizaría entonces así:
[12*] O (-p ‣ -q)

[7]-[10] sería entonces sustituida por esta secuencia:
[7] Op
[11] p ‣ Oq
[9] -p ‣ O -q
[10] -p

O bien por esta otra:
[7] Op
[8] O (p ‣ q)
[12] O (-p ‣ -q)
[10] -p

Empleando una de estas dos últimas secuencias evitaríamos deducir a la vez Oq y O -q. Sin embargo, como bien puso de manifiesto B. Hansson [12] es una consecuencia posible de [7], aunque [C*] no es consecuencia de [A], y [11] es una consecuencia posible de [10] aunque [B*] no es consecuencia de [D]. La obligación de [C] es de diferente naturaleza a la de [A], ya que expresa un deber secundario -para el caso de que el deber primario que se infiere de [A] no sea cumplido- de difícil formalización en SDL[4].

[4] Hansson, Bengt, *Ant Analysis of Some Deontic Logics*, Nous, núm. 3, 1969, págs. 384 y sigs. Reeditado en el vol. *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, ed. de R. Hilpinen, Reidel, Dordrecht, 2.ª ed., 1981, págs. 132 y sigs.

En conclusión, de la cadena consistente de expresiones lógicas [7]-[10] se derivan a la vez O -q y Oq, lo cual, teniendo en cuenta que Oq implica -O -q, es contradictorio. Esta es la paradoja de los «imperativos contrarios-al-deber», que procede de la paradoja de la obligación derivada a la que antes aludimos. Tales «imperativos contrarios-al-deber», que deben su nombre al hecho de que entrañan la obligación de hacer algo en virtud de haber incumplido un deber previo, no parecen poderse formalizar en SDL.

2. El objeto del presente trabajo es exponer de forma ordenada las soluciones ofrecidas para evitar la paradoja de los «imperativos contrarios-al-deber». Pienso que la primera distinción que cabe realizar es la que diferencia, por un lado, a aquel tipo de propuestas que básicamente siguen siendo fieles al SDL, sin cuestionarlo de una forma generalizada aunque reclamando modificaciones en alguno de sus principios fundamentales, Me referiré preferentemente a los trabajos de Von Wrihgt «Norm and Action» (1963), «A New System of Deontic Logic» (1964) y «A Correction to a New Systems of Deontic Logic» (1965), así como a las aportaciones de D. Follesdal y R. Hilpinen («Deontic Logic: An Introduction», 1971) y de B. Hansson («An Analysis of Some Deontie Logics», 1969). Por otro lado, mencionaré aquellas otras soluciones que no se apoyan en la necesidad de reformar parcialmente el SDL, sino que por el contrario hacen hincapié en aspectos que afectan a la propia naturaleza de la lógica deóntica, lo que no deja de ser una clara prueba de la trascendencia de paradojas como la que estudiamos. En concreto, aludiré a la posición adoptada por Von Wright a partir de finales de los años sesenta, en la línea de conceder importancia a la precisión en el uso lingüístico de determinados términos deónticos, así como a la propia estructura lingüística de los enunciados deónticos, algunas veces con la forma de «reglas ideales» («Sein-Sollen») y otras veces con la forma de «reglas de conducta» («Tun-Sollen») («Deontic Logic and the Theory of Conditions», 1968; «Deontic Logic Revisited», 1973; «On the Logic of Norms and Actions», 1981; «Norms, truth and logic», 1983). Asimismo, debo incluir en este segundo apartado propuestas como la de Castañeda, quien trata de llegar aún más lejos a la hora de recalcar la importancia del análisis riguroso del lenguaje común empleado en lógica deóntica («The Paradoxes of Deontic Logic: The Simplest Solution to All of Them in One Fell Swoop», 1981). Comentaré también las líneas teóricas tendentes a establecer una «relativización temporal» o una «gradualización material» de los conceptos deónticos básicos (L. Aqvist y J. Hoepel-

man, «Some Theorems About a ?Tree" System of Deontic Tense Logic», 1981; L. Peña, «Un enfoque no-clásico de varias antinomias deónticas», 1988).

3. En «A New System of Deontic Logic», Von Wright reconoció que la percepción de la paradoja de los «imperativos contrarios-al-deber» le incitó definitivamente a construir un nuevo sistema de lógica deóntica. En el SDL, considerando Op como la expresión de un deber primario, O (-p ‣ q) no podía ser la formalización de un «imperativo contrario-al-deber» para el caso de que incumpliéramos nuestro deber primario. Esto resultaba fácil de explicar: Op ↔ ([p v q] & [p v -q]) es un teorema del SDL. Conforme al axioma O (p & q) ↔ Op & Oq, y teniendo en cuenta que cualquier variable de un axioma o de un teorema podía sustituirse por otra variable o por un compuesto molecular de variables, O ([p v q] & [p v -q]) ↔ O (p v q) & O (p v -q) es un teorema, como también lo son, por «modus ponens», Op ‣ O (p v q) y Op ‣ O (-p ‣ q). Es decir, «cualquiera que sea el estado de cosas que ?q" describa», debemos hacer «q» si incumplimos el deber de hacer «p», lo cual choca evidentemente con la noción de «imperativos contrarios al-deber», que obligan a realizar un acto o un conjunto de actos -no cualquier cosa- si dejamos de cumplir el deber primario[5].

Ahora bien, del hecho de la inadecuación de la fórmula O (-p ‣ q) para expresar un «imperativo contrario-al-deber» en el SDL no se puede directamente inferir la incapacidad del sistema del 51 para albergar dicha clase de imperativos. Una propuesta alternativa que el propio Von Wright estudió fue -p ‣ Oq, entendido como hipotético «imperativo contrario-al-deber» condicionado al incumplimiento de Op:

Supongamos que Op si se cumple. Podemos entonces afirmar que p ‣ (-p ‣ Oq). Es decir, el cumplimiento de Op implica que, en el caso de que Op se hubiera incumplido -en el caso de que «p» fuera falso- debería ser que «q», «cualquiera que fuera el estado de cosas que ?q" describiera», incluso si ese estado de cosas fuera -q. Pensemos en un padre que ordena a su hijo que dedique la tarde al estudio (Op). También le ordena que, si no estudia, le ayude a limpiar su coche (-p ‣ Oq), dejándole claro que si cumple su obligación de estudiar no deberá ayudarle a limpiar su coche. Este último enunciado se podría expresar así: -(-p ‣ O -q). Pero -apunta Von Wright-

[5] Von Wright, Georg H., *A New System of Deontic Logic*, Danish Year book of Philosophy, núm. 1, 1964, págs. 173-182. Reeditado en el vol. cit. *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, págs. 105-115.

-(-P ‣ O -q) implica -p, puesto que lo falso implica cualquier cosa. Por consiguiente, llegamos a la conclusión absurda de que si se niega que se deba cumplir el «imperativo contrario-al-deber» si se ha cumplido el deber primario, de ello se sigue que se ha incumplido el deber primario[6].

Existe otra razón contra el empleo de -p ‣ Oq como fórmula que represente en el SDL un «imperativo contrario-al-deber», y que en «A New System of Deontic Logic» Von Wright únicamente sugiere. Esta segunda razón es que -p ‣ Oq no es una fórmula bien formada del SDL. Cerca de veinte años después, en «Norms, truth and logic», sí profundizará en ello al advertir la necesidad de aclarar si, en -p ‣ Oq, Oq se interpreta descriptiva o prescriptivamente. En el primer caso, -p ‣ Oq constata simplemente el hecho de que, si no es que «p», existe una norma según la cual debe ser que «q». Pero esta aserción no puede ser desde luego una norma condicional. En el segundo caso, nos hallamos ante una expresión sin sentido en el discurso significativo, puesto que se compondría de un elemento descriptivo y de un elemento prescriptivo enlazados mediante una conectiva veritativa. Sólo elípticamente podría concebirse que p ‣ Oq alude a cómo las cosas deberían ser. Incluiría implícitamente un operador deóntico de segundo orden, por lo que realmente la expresión sería O (p ‣ Oq), con lo que volveríamos a encontrarnos con los mismos problemas que nos hicieron desechar O (p ‣ q)[7].

Parece acertada la apreciación de Follesdal y Hilpinen en el sentido de destacar que la noción de deber propia de los «imperativos contrarios-al-deber» no puede expresarse en el SDL por la razón de que este sistema sólo contempla un operador deóntico perteneciente a los mundos deónticamente posibles. En su teoría semántica de las modalidades deónticas los autores interpretan Of en el sentido de que «f» es verdad en todos los mundos deónticamente perfectos o en todas las alternativas ideales a nuestro «mundo actual». Op y O (p ‣ q) son enunciados de la forma de Of, ya que en todo mundo ideal es verdad que «p» y que «q». Pero no ocurre lo mismo con -p ‣ O -q, puesto que -q sólo es verdad en los mundos en los que es verdad que -p, y ello exigiría otro operador deóntico, que bien podría ser O_{-p}[8].

---

[6] *Ibid.*, págs. 108 y 109.

[7] Von Wright, Georg H., *Norms, truth and logic*, vol. *Practical Reason. Philosophical Papers I*, Basil Blackwell, Oxford, 1983, págs. 130-209. Utilizo la trad. italiana de G. Pezzini (revisada por A. A. Martino): *Norme, verita e logica*, Informatica e Diritto, núm. 9, septiembre-diciembre, 1983, pág. 29.

[8] Follesdal, Dagfirm y Hilpinen, Risto, *Deontic Logic: an Introduction*, vol. cit. *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, pág. 26.

4. En una línea similar a la que acabamos de referirnos, Von Wright presentó desde finales de los años cincuenta un sistema de modalidades deónticas diádicas cuyo objetivo consistía en superar la unilateralidad argumental de los operadores monádicos. Con los operadores diádicos se expresaban, implícita o explícitamente, relaciones entre dos argumentos que constituían el antecedente y el consecuente de una nueva forma de implicación, la implicación deóntica. Sánchez-Mazas ha enumerado las principales formas adoptadas por esta implicación deóntica:

1) «La norma n_h ordena (obliga a) ejecutar la acción a_i.»
2) «La ejecución de la acción a_h compromete (obliga implícitamente) a ejecutar la acción a_i.»
3) «El estado de cosas B obliga a pasar al estado de cosas A.»
4) «La omisión de la acción a_i implica (trae consigo) una sanción S.»

En un sistema diádico las acciones no son obligatorias en sí mismas, sino que es preciso determinar en qué condiciones lo son, en qué universo normativo o fáctico lo son[9]. Ya en «Norm and Action» Von Wright estructuraba los pilares de su nuevo sistema, fundado en tres estratos: 1) La lógica clásica de las Proposiciones, basada en un estudio formal de las expresiones p, q_1,...; 2) La lógica del Cambio, basada en un estudio formal de las expresiones T (el suceso descrito por pTq es una transformación de un estado inicial de cosas descrito por «p» a un estado final de cosas descrito por «q»); 3) La Lógica de la Acción, basada en un estudio formal de las expresiones df (d [-pTp]) significa que algún agente, en alguna ocasión, provoca el estado de cosas descrito por «p», inexistente hasta entonces; f (-pTp) significa que algún agente, en alguna ocasión, se abstiene de provocar el estado de cosas descrito por «p»)[10]. La teoría lógica de la acción condicionada constituía una extensión de la Lógica de la Acción. Introducía el símbolo «/», de forma que la expresión / elemental de (pTp) / (qTq) describiera una acción genérica que es ejecutada por un agente de forma que en alguna ocasión, en que el estado de cosas descrito por «q» se da y permanece independientemente de la acción, impide que desaparezca el estado des-

[9] Sánchez-Mazas, Miguel, *Cálculo de las normas*, Ariel, Barcelona, 1973, págs. 52 y 53.

[10] Von Wright, Georg H., *Norm and Action*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1963. Utilizo la trad. cast. de P. García Ferrero: *Norma y Acción*, Tecnos, Madrid, 1979, págs. 47 y sigs., y 73 y sigs.

crito por «p». O (d [pTp]/[qTq]) es, por consiguiente, un mandato cuyo contenido es la acción descrita por d (pTp) y su condición de aplicación es el cambio descrito por pTp & qTq[11].

¿Cómo se podría formalizar, conforme a este nuevo sistema, la noción de compromiso? Von Wright destaca que esta cuestión está en directa relación con la propia noción de lógica deóntica diádica. El mandato O (d [-pTp]/[qTq]) ordena «p» si «q» se da y permanece. Pero si «q» se pudiera producir mediante acción y, de hecho, un agente hace -qTq, ello compromete a hacer «p». Aunque en principio parece que la noción de compromiso, al referirse a dos distintas ocasiones de actuación, exigiría un sistema «temporalizado», este inconveniente no aparecería concibiendo el compromiso como «acto-implicación», que significaría la transformación de p & -q en p & q o en -p & q o en -p & -q. Se expresaría entonces Od (p & -qTp ‣ q). Conforme a esta idea de acto-implicación Von Wright estudia sustituir la antigua fórmula del compromiso O (p ‣ q) por:

[13] O (d [-pTp] & d [-qTq] v f [-pTp] & d [-qTq] v f
[-pTp] & f [-qTq])

Es decir, es obligatorio que sea el caso que, o bien (p & q), o bien (-p & q), o bien (-p & -q). O lo que es lo mismo, que no sea (p & -q). Pero O- (p & -q) vuelve a tropezar con el efecto paradójico de ser a la vez consecuente de O -p y de Oq en virtud de las paradojas de la obligación derivada[12]. La única forma de superar esos efectos paradójicos es -concluye Von Wright en «Norm and Action»-incorporar adecuadamente la noción de permisión a la fórmula del compromiso en el siguiente sentido:

[14] O (d [-pTp] & d [-qTq] v f [-pTp] & d [-qTq] v f
[-pTp] & f [-qTq]) & P (d [-pTp] / [-qT -q] & P f
[-qTq] / [-pT -p])

Abreviando, [14] se puede expresar así:

[15] O- (p & -q) & P (p/ -q) & P (-q/ -p)

[15] implica P (-p/ -q) y también P (q/ -p). El compromiso puede ahora definirse así: «El hecho de que esté prohibido hacer una determinada cosa y abstenerse de otra determinada

[11] *Ibid.*, págs. 179 y sigs.
[12] *Ibid.*, págs. 191 y sigs.

cosa en alguna ocasión, da lugar a un compromiso para hacer la segunda cosa, si se hace la primera cuando, y solamente cuando, el agente es normativamente libre de, es decir, tiene permiso para hacer o abstenerse de la primera cosa, y también normativamente libre de, es decir, tiene permiso para hacer o abstenerse de la segunda cosa en la ocasión en cuestión»[13].

5. No obstante, en «A New System of Deontic Logic» Von Wright se muestra más interesado en perfeccionar su nuevo sistema diádico, en el que parece que confía de cara a la resolución de las paradojas, que en confirmar la corrección de la nueva fórmula del compromiso dependiente del operador deóntico P presentada en «Norm and Action».

En el sistema diádico que se comienza a presentar en 1964 (a partir de ahora NSDL) la expresión atómica O (p/ q) puede leer se «se debe hacer que ?p" cuando ?q"» o «se debe hacer que ?p" si es el caso que ?q"». «p» y «q» describen posibles estados de cosas. Cuando el mundo es como «q» lo describe, entonces el mundo debe ser como «p» lo describe. De análoga forma, O (p/ p) significa que el mundo es como debe ser, por lo que implica el deber de que el estado de cosas en cuestión no desaparezca; y O (p/-p) significa que se debe hacer que «p» cuando no es el caso que «p», por lo que el estado de cosas en cuestión debe llegar a ser. Aunque las reglas de inferencia del NSDL se heredan del SDL, los nuevos axiomas difieren de los antiguos como consecuencia de la introducción de operadores diádicos[14]:

N1 -(O [p/q] & O [-p/q])
N2 O (p & q/ r) ↔ O (p/r) & O (q/r)
N3 O (p / q v r) -O (p / q) & O (p/r)

Si acogemos los axiomas o teoremas del SDL y sustituimos las expresiones atómicas O que hay en ellos por expresiones atómicas del tipo O (-/ t) (donde «t» representa una tautología formada por las variables p, q, r.... y las conectivas de verdad), las fórmulas obtenidas son teoremas del NSDL. -(Op & O -p) puede transformarse en -(O [p / t] & O [-p / t]), y asimismo O (p & q) ↔ Op & Oq puede transformarse en O (p & q / t) ↔ O (p/ t) & O (q/ t). A partir de estos dos teoremas se pueden inferir en el NSDL tantos otros como los derivables en el SDL de las respectivas fórmulas citadas[15].

[13] *Ibid.*, pág. 194.
[14] Von Wright, Georg H., *A New System of Deontic Logic*, cit., págs. 109 y 110.
[15] *Ibid.*, pág. 111.

Reflexionemos ahora sobre las importantes consecuencias de los siguientes teoremas del NSDL:

T1 O (p/q) ‣ O (p v -p/q)
T2 O (p/q) ‣ O (p/q & -q)

T1 se obtiene de N2 y de la equivalencia tautológica p ↔ (p v -p) & p. De T1 se puede deducir que si ante ciertas circunstancias una cosa es obligatoria, entonces ante esas mismas circunstancias cualquier cosa lógicamente más débil («any logically weaker thing») es también obligatoria. T2 se obtiene de N3 y de la equivalencia tautológica q ↔ (q & -q) v q. De T2 se puede deducir que si ante ciertas circunstancias una cosa es obligatoria, entonces esta cosa es también obligatoria ante circunstancias lógicamente más fuertes («any logically stronger circumstances»)[16].

En el último apartado de su artículo de 1964 Von Wright se cuestiona la formalización del compromiso en su NSDL, y admite la posibilidad de la corrección de la expresión O (q/ -p) como «imperativo contrario-al-deber» respecto a O (p/t). O (p/t) es una fórmula abreviada de O ([p v q] & [p v -q]/[p & q] v [p & -q] v [-p & q] v [-p & -q]). O (q/ -p) es una fórmula abreviada de O ([p v q] & [-p v q]/[-p & q] v [-p & -q]). Se aprecia perfectamente que O (p/t) y O (q/ -p) no dependen entre sí, ya que dos de los constituyentes de la obligación hipotética no están entre los constituyentes de la obligación categórica. Ahora bien, en opinión de Von Wright esta independencia no significa exactamente que 0 (q /-p) expresa el «imperativo contrario-al-deber» de hacer que «q» en el caso de que el agente haya incumplido su deber primario de hacer «p», puesto que no hay ninguna señal de evidencia en O (q/ -p) que demuestre que el estado de cosas -p ha sido consecuencia del incumplimiento de una obligación. Pero a pesar de ello la expresión O (q/ -p) parece captar la naturaleza de la norma hipotética que obliga a hacer que «q» si es el caso que -p, algo que no consiguen O (-p ‣ q) ni -p ‣ Oq. Por consiguiente, se puede afirmar que si la causa de -p es el incumplimiento por parte del agente del deber de hacer «p», entonces O (q/ -p) es, al menos para ese agente, un «imperativo contrario-al-deber»[17].

6. No obstante, un año después, en «A Correction to a New System of Deontic Logic», Von Wright reconoce la existencia de

[16] *Ibid.*, págs. 112 y 113.
[17] *Ibid.*, págs. 114 y 115.

defectos en su NSLD con posibles repercusiones en la validez de la formalización propuesta de la noción de «imperativos contrarios-al-deber». En concreto, el lógico finlandés admite la posibilidad de demostrar en base a los axiomas del NSLD la implicación contradictoria O (p/q) ‣ O (-p/r): la obligación de hacer «p» si es el caso que «q» implica que no hay obligación de no hacer «p» si es el caso que «r». Esto es absurdo por la irrelevancia de -O (-p/r) respecto a O (p/q), pero parece poder demostrarse:

Conforme a la regla de extensionalidad, O (p/q) es equivalente a O (p / [q & r] v [q & -r]). Según el axioma N3, también es equivalente a O (p/q & r) & O (p/q & -r), y, por consiguiente, implica O (p/q & r). En efecto, ya observamos que, como consecuencia de T2, si ante ciertas circunstancias una cosa es obligatoria, entonces también lo es ante circunstancias lógicamente más fuertes. Igualmente, tenemos que O (-p/r) ‣ O (-p/q & r), o lo que es lo mismo, que -O (-p/q & r) ‣ -O (-p/r). Y, en virtud del principio de no contradicción (N1), O (p/q & r) ‣ -O (-p/q & r)[18]. Disponemos, por tanto, de la siguiente cadena de implicaciones:

[16] O (p/q) ‣ O (p/q & r)
[17] O (p/q & r) ‣ -O (-p/q & r)
[18] -O (-p/q & r) ‣ -0 (-p & r)

En conclusión:

[19] O (p/q) ‣ -O (-p/r)

Lo que separará a Von Wright de sus principales críticos será su insistencia en atribuir a N1, y no a N3, la culpa de estas implicaciones contradictorias. La solución residiría en reemplazar N1 por un axioma «esencialmente más débil»:

N1* -(O [p/q] & O [-p/q] & O [p/ -q] & O [-p/ -q])

N1*, que no propicia la implicación contradictoria O (p/q) ‣ -O (-p/r), proviene de la idea de que, al igual que las dos

[18] Von Wright, Georg H., *A Correction to a New System of Deontic Logic*, Danish Yearbook of Philosophy, núm. 2, 1965, págs. 103-107. Las secciones II, III, IV y V de este artículo se reeditaron en el vol. cit. *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, cit., págs. 115-120.

unidades deónticas Op y O -p no pueden ser válidas en un mismo espacio deóntico, tampoco lo pueden ser O (p & q) y O -(p & q), lo que, por la distributividad conjuntiva del operador O, significa que tampoco pueden coexistir como válidas en un mismo espacio deóntico O (p v q), O (p v -q), O (-p v q) y O (-p v -q). En un sistema diádico en el que sólo se utilizara una variable, no serían válidas en el mismo espacio deóntico O (p/p), O (p/ -p), O (-p/p) y O (-p/ -p). Es decir, tenemos que:

[20] -(O [p/p] & O [p/-p] & O [-p/p] & O [-p/-p])

En virtud de N3, [20] es equivalente a:

[21] -(O [p/p v -p] & O [-p/p v -p])

Por extensionalidad [21] puede convertirse en [22], que equivale a N1*[19].

[22] -(O [p/q v -q] & O [-p/q v -q])

Von Wright admite una consecuencia evidente de la sustitución de N1 por N1*: la compatibilidad de determinadas situaciones normativas, incompatibles según N1. En efecto, los deberes conflictivos («conflicting duties») O (p/q) y O (-p/q), expresamente incompatibles en virtud de N1, no tienen por qué ser compatibles en virtud de N1* siempre que no coexistan también con O (p/-q) y O (-p/-q). Es decir, siempre que no afecten a deberes absolutos, incondicionales, categóricos, sino a deberes relativos, condicionales, hipotéticos.

El conflicto de deberes depende de las circunstancias que rodean al agente en cuestión; aparece únicamente ante determinadas circunstancias, que constituyen, en palabras de Von Wright, un «predicamento» («predicament»)[20]. El ejemplo típico de predicamento es la promesa de hacer algo prohibido, que conduce al dilema de incumplir una de estas dos normas: la que obliga a cumplir la promesa y la que prohíbe hacer justo aquello que se ha prometido. Von Wright advierte que el predicamento no es independiente de sus circunstancias constituyentes, sino que surge gracias al acto del agente, por lo que este acto está prohibido. Ya en 1951, en «Deontic Logic» y en «An Essay in Modal Lo-

[19] *Ibid.*, págs. 116 a 118.
[20] *Ibid.*, págs. 118 y 119.

gic», Von Wright había explicado que prometer lo prohibido está en sí mismo prohibido. Así, una de las leyes deónticas sobre el compromiso se basaba en la tautología deóntica (-Pq & O [p ‣ q]) ‣ -Pp: «Si hacer algo nos compromete a hacer lo que está prohibido, entonces nos está prohibido hacer lo primero»[21]. Ello no significa vulnerar la norma que nos obliga a cumplir nuestras promesas. La confusión estriba en pensar que -Pq & O (p ‣ q) pudiera implicar -O (p ‣ q)[22]. En «An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action», Von Wright vuelve a analizar el problema en el marco de un sistema diádico. En él, O (-t/p) simbolizaría un predicamento: si es el caso que «p», «todos los estados de cosas que pudieran resultar de la acción de un agente están prohibidos», no hay salida permitida. Pero una situación de tal naturaleza es en sí misma una situación prohibida. El predicamento sólo puede surgir «si ha habido un pecado anterior», si el agente ha «caído en una región del árbol de la vida en la que no le está permitido introducirse». Por consiguiente, O (-t/ p) ‣ O -p es un teorema. Ello demuestra que el axioma N1* sólo permite predicamentos condicionales, pero no predicamentos absolutos, que no exigen una «caída anterior». Utilizando categorías de Tomás de Aquino, Von Wright destaca que una persona puede estar «perplexus secundum quid» (O [-t/p]), pero no «perplexus simpliciter» (P [-t/t])[23].

7. Retomemos la inapropiada pero deducible inferencia O (p/q) ‣ -O (-p/r) ([19]). La solución ofrecida por Von Wright para evitar esta inferencia contraintuitiva en el NSDL fue la de sustituir N1 por N1*, manteniendo idénticos los restantes axiomas. Así evitaríamos la implicación [17] y romperíamos la cadena de implicaciones [16]-[19]. Pero, aparentemente, Von Wright no cuestionó que el origen del problema no estuviera en [17], sino en alguna otra implicación. En particular, centremos de nuevo nuestra atención en [16]:

[16] O (p/q) ‣ O(p/q & r)

---

[21] Von Wright, Georg H., *Deontic Logic*, cit., págs. 13 y sigs.

[22] Von Wright, George H., *An Essay in Modal Logic*, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, 1951. Utilizo la trad. cast. de A. Demarchi (revisada por E. Bulygin): *Ensayo de Lógica Modal*, Santiago Rueda, Buenos Aires, 1970, pág. 70 (notas 5 y 6).

[23] Von Wright, Georg H., *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, 1968. Utilizo la trad. cast. de E. Garzón Valdés, *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, UNAM, México, 1976, págs. 96 y sigs.

Como ya hemos repetido, si ante ciertas circunstancias una cosa es obligatoria, entonces también lo es ante circunstancias lógicamente más fuertes. Si utilizamos «t» como fórmula tautológica tenemos igualmente:

[23] O (p/t) ‣ O (p/q)

Para cualquier «q», la obligación incondicional de hacer «p» implica la obligación de hacer «p» en las condiciones descritas por «q». [16] y [23] provienen del axioma N3, equivalencia que se puede descomponer en dos implicaciones recíprocas:

N3.1 O (p/q) & O (p/r) ‣ O (p/q v r)
N3.2 O (p/q v r) ‣ O(p/q) & O (p/r)

D. Follesdal y R. Hilpinen han tratado de demostrar que los intentos de Von Wright por superar la paradoja de los «imperativos contrarios-al-deber» fracasan precisamente en virtud de [16] y [23]. La ventaja del sistema diádico parecía a primera vista consistir en que evitaba que, en casos como el ya citado [7]-[10], se pudiesen inferir a la vez Oq y O -q. En el NSDL coexistirían entonces la obligación categórica de realizar la acción comprometida por el deber primario (O [q/ t], derivable de O [p/t] y de O [p ‣ q/t]), y la obligación condicionada al incumplimiento del deber primario (O [-q/ -p]). Pero, del mismo modo que hemos enunciado [23], en virtud de N3 podemos enunciar:

[24] O (q/t) ‣O (q/ -p)

En consecuencia, el NSDL hereda la paradoja, pues persistiría la contradicción, no ya entre Oq y O -q, pero sí entre O (q/ -p) y O (-q/ -p). Esta inconveniencia ha llevado a algunos autores, entre ellos los citados Follesdal y Hilpinen, a pensar que Von Wright, aunque acertó al poner de manifiesto la necesidad de modificar uno de los tres axiomas del NSDL, erró al decidirse por N1 y no por N3[24].

Desde el punto de vista de la teoría semántica de las modalidades deónticas, O (p/q) significa que «p» es verdad en todos los mundos ideales de «q»; es decir, en todos los mundos deóntica-

[24] Follesdal, Dagfinn, y Hilpinen, Risto, *Deontic Logic: An Introduction*, cit., págs. 27 y sigs.

mente perfectos siempre que «q» sea una verdad lógica. Igualmente, P (p/q) significa que «p» es verdad en algunos mundos ideales de «q». Pues bien, conforme a esta teoría, Follesdal y Hilpinen resaltaron que no siempre es válido N3.2; es decir, no siempre ocurre que si «p» es verdad en todos los mundos ideales de (q v r), entonces es también verdad en todos los mundos ideales de «r». Si «r» equivale a «-q», entonces (q v r) equivale a (q v -q), es decir, a la tautología «t». En virtud de N3.2, inferiríamos de nuevo [23]: si «p» es verdad en todos los mundos deónticamente perfectos, entonces es verdad en todos los mundos ideales de «q». Pero si «q» es un acto prohibido, entonces «q» es falso en todos los mundos deónticamente perfectos y «p» puede ser verdad en todos los mundos deónticamente perfectos sin ser verdad en ningún mundo ideal de «q». Por consiguiente, «q» no puede ser un acto prohibido[25]. [23] no es exacto. Debe modificarse en este sentido:

[25] O (p/t) & -O (-q/t) ‣ O (p/q)

Y esta modificación exige a su vez la de N3.2:

N3.2* O (p/q v r) & -O (-q/r) & -O (-r/q) ‣ O(p/q) & O (p/ r)

Parece que la inadecuación de N3 se puede demostrar con un par de ejemplos. Supongamos que un juez que debe decidir la culpabilidad de Juan, presunto homicida, llega a la conclusión de que, en base a las pruebas presentadas, es tan posible que Juan haya cometido el homicidio como que no lo haya cometido. En virtud del principio «in dubio pro reo» absuelve a Juan. Se puede decir entonces que el juez está obligado, en caso de que una persona pueda ser o no ser un homicida, a absolverlo (O [p/q v r]). Pero esto no implica que entonces tenga a la vez la obligación de absolverlo si fuera verdad que no es el asesino (O [p/q]), y la obligación de absolverlo si fuera verdad que sí es el asesino (O [p/r]), tal como se desprendería de N3.2. Precisamente N3.2* exigiría para que la implicación fuera correcta la compatibilidad entre «q» y «r», lo cual evidentemente no se produce en este caso, puesto que si es verdad que Juan ha cometido el homicidio no puede ser verdad que Juan no haya cometido el homicidio, ni viceversa.

[25] *Ibid.*, págs. 30 y 31.

Igualmente, parece discutible [16], consecuencia directa de N3, según la cual si ante ciertas circunstancias una cosa es obligatoria, entonces también lo es ante circunstancias lógicamente más fuertes. Un ladrón puede tener, ante la circunstancia de haber robado un cuadro de Picasso, la obligación de devolverlo (al margen de su responsabilidad penal). Pero, si además de producir la circunstancia de haber robado un cuadro de Picasso, produce la circunstancia de quemarlo, sería absurdo pensar que entre sus obligaciones se encuentra la de devolverlo. Por consiguiente, una cosa puede ser obligatoria ante determinadas circunstancias (O [p/q]) y no por ello serlo ante circunstancias lógicamente más fuertes (O [p/ q & r]). Para que esto sea cierto, debe ser el caso que «r» no implique «-p». Como consecuencia de N3.2*, [16] se modificaría en el siguiente sentido:

[26] O (p/q) & -O (-p/r) ‣ O (p/q & r)

También B. Hansson ha rebatido la decisión de Von Wright de sustituir N1 por N1* para así evitar la inferencia contraintuitiva O (p/q) ‣ -O (-p/r). En un estudio comparado de los sistemas de Rescher y Von Wright propone un nuevo sistema diádico en el que utiliza T (f) como conjunto de los mundos posibles en los que «f» es verdad, «t» como conjunto de todos los mundos posibles (tautología), «k» como negación de un teorema (contradicción) y B_t como base lógica para la teoría T si y sólo si T se compone de las fórmulas f-, de tal modo que sea verdad que B_t pertenece a «f». Con esta formalización, N1 es -O (k/ f), N1* es -O (k/t), N2 es O (f & g/h) ↔ O (f/h) & O (g/h), N3.1 es O (f/g) & O (f/h) ‣ O (f/g & h), N3.2 es O (f/g v h) ‣ O (f/g) & O (f/h), y N3.2* es O (f/g v h) & -O (-g/h) & -O (-h/g) ‣ O (f/g) & O (f/h)[26].

N1 no se cumpliría si existiera un predicamento, aunque si este predicamento no fuera absoluto sí se cumpliría N1*. En expresión de Hansson, sólo si O (k/f) es verdad, «f» es una circunstancia anormal. Si hay al menos una circunstancia anormal y aceptamos N1*, entonces el conjunto T de todos los contrarios de circunstancias anormales es una teoría consistente. Si «f» y «g» están en T, entonces es verdad O (k/ -f) y O (k/ -g), y, por consiguiente, es verdad O (k/-f v -g) y O (k/-[f & g]). Si f ‣ g, entonces O (k/ -f), en virtud de N3.2, implica O (k/ -g). «k» no está en T porque «t» es normal por N1*, por lo que T es

[26] Hansson, Bengt, *An Analysis of Some Deontic Logics*, cit., págs. 124 y sigs.

consistente. «f» es normal en cuanto que su complemento «-f» no esté en T. Ahora bien, si pensamos en las cuatro fórmulas f & g, f & -g, -f & g y -f & -g, una de ellas debe ser verdad, debe formar una circunstancia no anormal. Y si «f» y «g» son lógicamente independientes, lo son los componentes de las cuatro fórmulas, de forma que «hay una serie de circunstancias lógicamente independientes, tal que cualquier cosa que sea obligatoria ante una de ellas está permitida ante la otra». Así pues, si una obligación condicionada a «f» es independiente de una obligación condicionada a «g», entonces f & g tiene que ser anormal, lo cual contradice no sólo N1 sino también N1*. Hansson apunta que Von Wright consideraba una ventaja la posible existencia de conflictos de deberes derivada de la sustitución de N1 por N1*, pero porque no advirtió que de la combinación de N1* con N2 y N3 puede resultar que de un conflicto de deberes se infiera que cualquier cosa es obligatoria[27].

8. En el apartado 2 he distribuido en dos grupos las soluciones ofrecidas para resolver la paradoja de los «imperativos contrarios-al-deber». El primero de ellos, que hacía referencia a la construcción de un sistema diádico de lógica deóntica precisamente basado en la condicionalidad de las obligaciones, así como a las propuestas de modificación de alguno de los axiomas de dicho sistema, ha sido ya tratado. A continuación aludiré al segundo grupo de soluciones, podría decirse que «externas» en relación con el sistema presentado por Von Wright hasta finales de los años sesenta. Comenzaré analizando la posición de Castañeda, que hace hincapié en la necesidad de un análisis detallado del lenguaje empleado en los enunciados deónticos, para posteriormente mencionar las consecuencias en el problema que estudiamos de sistemas de lógica deóntica «temporalizados» o «gradualizados». Finalmente, prestaré atención a la evolución teórica de Von Wright al respecto a partir de 1968.

En uno de los trabajos más rigurosos de los últimos años sobre las paradojas de la lógica deóntica, «The Paradoxes of Deontic Logic: The Simplest Solution to All of Them in One Fell Swoop», Castañeda comienza citando los dos objetivos a los que debe dirigirse la lógica deóntica: *a)* la clarificación de los criterios para obtener razonamientos válidos relacionados con obligaciones, deberes, prohibiciones, derechos, etc...; *b)* la profundización en la estructura lógica del lenguaje ordinario a través del cual nos referimos a dicho conjunto de materias. El cál-

[27] *Ibid.*, págs. 137 y sigs.

culo deóntico debe ser, por tanto, posterior a la indagación exhaustiva en los datos lingüísticos[28].

En concordancia con estas pautas, dos son los factores que, en opinión de Castañeda, pueden explicar la inexistencia de consecuencias paradójicas en relación con los «Imperativos contrarios-al-deber». El primero de ellos es útil para desentrañar las razones reales de todas las paradojas: la distinción entre «propositions» («proposiciones») y «practitions» («practiciones»). El segundo es específico para las paradojas sobre obligaciones condicionales: la inexistencia en el idioma inglés -y pienso que tampoco en el español- de una partícula apropiada para expresar una obligación condicional.

En cuanto al primer factor, Castañeda llama la atención sobre el hecho de que frecuentemente no distinguimos la dualidad existente en una misma acción, que puede ser considerada a la vez como una circunstancia y como un foco deóntico. Considerada como una circunstancia, la acción se enuncia lingüísticamente a través de una proposición. Considerada como un foco deóntico, la acción se enuncia lingüísticamente a través de una practición[29].

En cuanto al segundo factor, Castañeda destaca que partículas condicionales inglesas como «if», «when», «only if», «only in the cas that», «if and only if», «just in case that»..., etc., no expresan correctamente practiciones condicionales. Estas pueden manifestarse en su forma lógica, mediante ‣ o mediante ⊃, pero no en su forma gramatical, salvo que transformemos la obligación condicional en una obligación disyuntiva (not... or)[30]. Pienso que podemos trasladar estas objeciones a la partícula condicional «si» y a otras análogas del idioma español. Volvamos al ejemplo citado al comienzo de este trabajo:

[B] Debe ser el caso que si cumplimos [A] (si socorremos a un accidentado grave llevándolo al hospital) ignoremos las señales de tráfico con tal de llegar rápido al hospital.

Interpretando equivocadamente la partícula «si» podríamos pensar que estamos realmente ante una «practición condicional», de forma que [B] sería equivalente a la practición disyuntiva:

---

[28] Castañeda, Hector-Neri, *The Paradoxes of Deontic Logic: The Simplest Solution to All of Them in One Fell Swoop*, vol. cit. *New Studies in Deontic Logic*, págs. 37 y 38.

[29] *Ibid.*, págs. 45 y sigs.

[30] *Ibid.*, págs. 43 y 44 y 56 a 58.

[E] Debe ser el caso que hagamos lo siguiente: no cumplir [A] o ignorar las señales de tráfico con tal de llegar rápido al hospital.

Es evidente que [E] implica:

[F] Si debe ser el caso que cumplamos [A], entonces debe ser el caso que ignoremos las señales de tráfico con tal de llegar rápido al hospital.

[B] se simbolizaría erróneamente como O (p ‣ q), [E] como O (-p v q) y [F] como Op ‣ Oq. Así, al mal interpretar «si» obtendríamos el efecto paradójico de que O (p ‣ q) implicaría Op ‣ Oq, al margen de que pudiera ser -p.

La clave de la cuestión reside en que, propiamente, [B] no equivale a [E], sino a [G]:

[G] Si cumplimos [Al, debe ser el caso que ignoremos las señales de tráfico con tal de llegar rápido al hospital.

[G] sería representado formalmente como p ‣ Oq; es decir, sería un enunciado mixto que combinaría una proposición con una practición. Conforme a p ‣ Oq, nunca podríamos inferir Op ‣ Oq. O (p ‣ q) ‣ (Op ‣ Oq) exige expresamente que «p» y «q» sean practiciones. Dada la inutilidad de «si» para formar verdaderas obligaciones condicionales, la única manera de lograr una plasmación gramatical de O (p ‣ q), sin hacer uso de la disyunción, consistiría en incorporar al enunciado la conectiva ‣:

[H] Debe ser el caso que: declarar mis bienes al Ministerio de Hacienda ‣ pagar impuestos por mis bienes.

[H] implica:

[I] Si debe ser el caso que declare mis bienes al Ministerio de Hacienda, debe ser el caso que pague impuestos por mis bienes.

O (p ‣ q) implica Op ‣ Oq. Pero esto no es paradójico porque, si es el caso que Op, entonces, al margen de que sea «p» o «-p», es el caso que Oq. Por contra, si utilizáramos «si» en vez de ‣ tendríamos:

[H*] Debe ser el caso que si declaro mis bienes al Ministerio de Hacienda deba pagar impuestos por mis bienes.

En esta ocasión es más transparente la confusión que introduce «si». [H*] es falso, porque mi deber de pagar impuestos por mis bienes no depende de que los declare o no.

9. Quizá haya sido R. Thomason quien mejor haya resaltado la trascendencia de basar la lógica deóntica en el factor tiempo. En su opinión, las nociones deónticas son dependientes de factores temporales hasta el punto de que junto a una teoría lógica de la obligación, de la permisión o de la prohibición, es necesario construir una teoría lógica del tiempo, y ello no sólo porque el alcance de las normas varía según las coordenadas temporales sino, sobre todo, por la propia idea de consecuencia lógica en relación con los lenguajes formales que utilizan los operadores deónticos[31]. En concreto, la lógica deóntica se fundaría en un sistema de lógica temporal en el que se pudiera atender a futuras alternativas posibles; es decir, en el que el tiempo no se estructurara linealmente, sino ramificadamente[32]. Esta opción ha sido desarrollada por L. Aqvist y J. Hoepelman a través del sistema DARB, en el que los operadores deónticos se combinan con específicas modalidades temporales: $\oplus$ («será el caso al próximo instante que») y $\ominus$ («ha sido el caso en el último instante que»)[33]. Analicemos la aplicación de DARB en el ejemplo de «imperativo contrario-al-deber» expuesto en la cadena de enunciados [A]-[D]:

En [A]-[D] aludíamos al deber de socorrer y al deber de ignorar o de no ignorar las señales de tráfico según se hubiera o no cumplido el primer deber. Supongamos que estamos conduciendo tranquilamente por la carretera. Nos hallamos entonces en un instante anterior a nuestra decisión de cumplir o no cumplir el deber de socorrer, pues no hemos encontrado ningún accidentado grave. Si lo encontráramos, tras cumplir o dejar de cumplir el deber de socorrer, nos hallaríamos en instantes en los que habríamos de decidir si, en el caso de haber cumplido el deber de socorrer, vamos o no a cumplir el deber de ignorar las señales de tráfico, o si, en el caso de no haber cumplido el deber

---

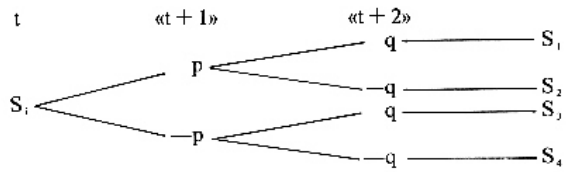
[31] Thomason, Richmond H., *Deontic Logic as Founded on Tense Logic*, comunicación presentada en la «Temple University Conference on Deviant Semantics», diciembre 1970. Editado en el vol. cit. *New Studies in Deontic Logic*, págs. 165 y 166.

[32] *Ibid.*, págs. 167 y sigs. Véase asimismo Mazzarese, Tecla, *Antinomie, paradossi, logica deontica*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, núm. 61, 1984, págs. 455 y 456.

[33] Aqvist, Lennart y Hoepelman, Jaap, *Some Theorems About a «Tree» System of Deontic Tense Logic*, vol. cit. *New Studies in Deontic Logic*, págs. 187 y sigs.

de socorrer, vamos o no a cumplir el deber de no ignorar las señales de tráfico.

Pensemos en la hipótesis de que conduciendo encontramos un accidentado grave. Podemos llamar «t», «t + 1 « y «t + 2» a los sucesivos espacios temporales. En «t» no hemos decidido aún si socorrer o no al accidentado. En «t + 1» ha sido el caso que lo hemos socorrido o que no lo hemos socorrido, pero todavía no hemos decidido si ignorar o no ignorar las señales de tráfico. En «t + 2» ha sido el caso que, después de haber sido el caso que lo hayamos socorrido o no lo hayamos socorrido, hemos ignorado o no hemos ignorado las señales de tráfico. Mediante un díagrama con estructura de árbol obtenemos cuatro ramas que representan los mundos posibles:



Ante la situación inicial debemos optar por socorrer o no socorrer al accidentado. Posteriormente decidiremos si ignorar o no ignorar las señales de tráfico, tras lo cual nos hallaremos en una de las cuatro situaciones finales posibles. Como ya explicamos, lo paradójico es que si es verdad Op y O (p ‣ q), es verdad Oq, pero, si -p, entonces también es verdad -Oq. En efecto, sería ilógico pensar que en cualquier caso fuera Oq, porque, si es «p», sí es preferible «q» (S_1) a «-q» (S_2), pero si es «-p», es preferible «-q» (S_4) a «q» (S_3).

En el SDL, [A]-[D] se habría formalizado así:

[7] Op
[8] O (p ‣ q)
[9] -p ‣ O -q
[10] -p

Como antes señalé, el sistema DARB diseñado por Aqvist y Hoepelman incorpora al lenguaje formal deóntico los operadores temporales $\oplus$ («será el caso al próximo instante que») y $\ominus$ («ha sido el caso en el último instante que»). Traduciendo [7]-[10] al sistema DARB obtenemos:

[7a] O ⊕ p
[8a] O ⊕ p ‣ ⊕⊕ q)
[9a] ⊕ O -p ‣ ⊕ O ⊕ -q
[10a] ⊕ -p

Lo contradictorio de [7]-[10] era que de [7] y [8] deducíamos Oq, y de [9] y [10] deducíamos O -q. En DARB, de [7a] y [8a] deducimos , y de [9a] y [10a] deducimos ⊕ O ⊕ -q. O ⊕⊕ q y⊕ O ⊕ -q no se contradicen, ya que O ⊕⊕ O debe ser ahora que será el caso al próximo instante que») y ⊕ O («será el caso al próximo instante que deberá ser el caso que») son lógicamente independientes entre sí[34].

Hemos formulado [7a]-[10a] desde la perspectiva del espacio temporal «t». La inexistencia de la paradoja de los «imperativos contrarios-al-deber» en DARB también se aprecia en t + 1:

[7b] ⊖ O ⊕ p
[8b] ⊖ O (⊕ p ⊕⊕ q)
[9b] -p ‣ O ⊕ -q
[10b] -p

De [7b] y [8b] deducimos ⊖ O ⊕⊕ q, y de [9b] y [10b] deducimos O ⊕ -q, por lo que de nuevo se evita la contradicción[35]. El operador compuesto O ⊕ es lógicamente independiente de ⊖ O ⊕⊕ («ha sido el caso en el último instante que debe ser ahora que será el caso al próximo instante que será el caso al próximo instante»).

Finalmente, desde la perspectiva de t + 2 tenemos que:

[7c] ⊖⊖ O ⊕ p
[8c] ⊖⊖ O (⊕ p ‣ ⊕⊕q)
[9c] ⊖ -p ‣ ⊖ O ⊕ -p
[10c] ⊖ -p

De [7c] y [8c] deducimos ⊖⊖ O ⊕⊕ q, y de [9c] y [10c] deducimos ⊖ O ⊕ -q. Como hemos explicado en relación con t + 1, las dos deducciones no son contradictorias, ya que ⊖⊖ O ⊕⊕es un operador compuesto lógicamente independiente de ⊖ O ⊕.

No quisiera dejar de citar, por su paralelismo con los intentos de solución de la paradoja de los «imperativos contrarios-al-

[34] *Ibid.*, pág. 192.
[35] *Ibid.*, pág. 193.

deber» que acabamos de exponer, la aproximación al problema que entre nosotros ha realizado L. Peña mediante la extensión del cálculo cuantificacional *Aq* como base del gradualístico y contradictorial sistema de lógica deóntica *Ad*. Por lo que a nuestra cuestión afecta, *Ad* es relevante por incorporar símbolos como I («exactamente en la misma medida que»), L («hasta cierto punto», «por lo menos»), K (« [al menos] un poco»), y por diferenciar N («no») de F («no... en absoluto»). También lo es por su esquema axiomático A10: L*d*pI *d*Lp («el que sea hasta cierto punto obligatorio algo es, ni más ni menos, que sea obligatorio el que hasta cierto punto tenga lugar el algo en cuestión»)[36].

En *Ad* es cierto el esquema paradójico *d*pC*d* (FpDq) (C es el condicional, D es la implicación y F es la negación fuerte). Ahora bien, no persiste la paradoja si sustituimos Fp por Np; es decir, si sustituimos la negación fuerte por la negación simple. La razón que ofrece Peña es la siguiente: supóngase que es obligatorio «p», y que en ciertas ocasiones es el caso que «-p». Siendo entonces parcialmente que «p», será y no será verdad su existencia. Pero en modo alguno de ello se infiere que sea obligatoria cualquier cosa. El gradualismo del sistema *Ad* permitiría así que, aunque desde luego fuera absurda toda «supercontradicción» (p & Fp), no lo fuera forzosamente toda contradicción (p & Np)[37]. Esta última observación nos hace recordar en cierto sentido la noción de predicamento presentada por Von Wright, que posibilitaba la existencia de conflictos entre obligaciones relativas, aunque no entre obligaciones absolutas.

10. Retornemos la evolución teórica de Von Wright. Sus intentos por lograr una adecuada formalización del compromiso para así solventar las consecuencias paradójicas comentadas han seguido siendo una constante que se refleja en sus trabajos posteriores. En «Deontic Logic and The Theory of Conditions» tra-

---

[36] Peña, Lorenzo, *Un enfoque no-clásico de varias antinomias deónticas*, Theoria, núms. 7-8-9, 1987-88, págs. 71 y sigs. Peña reconoce que AIO es el más problemático de los esquemas axiomáticos de Ad. La demostración sería la siguiente: «Supongamos que el que sea obligatorio que en alguna medida suceda tal cosa (?p") sea menos verdadero que el que sea en algún grado obligatorio que ?p". Entonces la obligatoriedad de Lp sería menos verdadera que Lp (pues Lp, cuando sea verdadero, lo será del todo, por su propia naturaleza).» Esta suposición no tiene sentido, por lo que L*d*p implica *d*Lp. Del mismo modo, *d*Lp implica L*d*p. Supongamos que es más o menos verdad que «p». Esto implica que es absolutamente verdad que es obligatorio que «p» (es verdad que *d*p). «Pero entonces es totalmente verdad que L*d*p. Y lo totalmente verdadero es implicado por cualquier cosa; entre otras por *d*Lp.»

[37] *Ibid.*, pág. 89.

tará de demostrar que las paradojas de la obligación derivada, y en concreto la paradoja de los «imperativos contrarios-al-deber», desaparecen si la lógica deóntica se concibe como teoría lógica condicional. En este artículo no considera la lógica deóntica como análoga inmediata a la lógica modal, sino como un apartado de la Lógica de las Condiciones Suficientes y Necesarias, de tal forma que afirmar que algo debe ser equivale a afirmar que algo es condición necesaria de alguna otra cosa[38].

En este sistema de lógica condicional, la noción de condición necesaria se explica así: «la verdad de la proposición que p es condición necesaria de la verdad de la proposición que q». Su representación formal puede ser una de las siguientes:

[27] Nc (p,q)

[28] N (q ‣ p)

En efecto, decir que «p» es condición necesaria de «q» significa que si «-p», entonces «-q», o, asimismo, que si «q», entonces necesariamente «p». En términos de condición necesaria, el operador deóntico O puede ser definido:

[29] Op = Nc (p, I)

Que algo debe ser el caso significa que la cosa en cuestión es una condición necesaria de una cierta cosa (proposición, estado de cosas) I, que se presupone en el contexto. I no es una variable sino una constante proposicional[39].

Por su parte, la noción de condición suficiente se explica así: «la verdad de la proposición que p es una condición suficiente de la verdad de la proposición que q». Su representación formal puede ser una de las siguientes:

[30] Sc (p, q)

[31] N (p ‣ q)

En efecto, decir que «p» es condición suficiente de «q» significa que si «-q», entonces «-p», o, asimismo, que si «p», entonces necesariamente «q». Se (p, q) equivale a Se (-q, -p), a Nc

---

[38] Von Wright, Georg H., *Deontie Logic and the Theory of Conditions*, Crítica, núm, 2, 1968, págs. 3 y sigs. Reeditado en el vol. cit. *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, cit., págs. 159 y sigs.

[39] *Ibid.* pág. 162.

(q, p) y a Nc (-p, -q). En términos de condición suficiente, el operador deóntico P puede ser definido:

[32] Pp = Sc (p, I)

Que algo puede ser el caso significa que la cosa en cuestión es una condición suficiente de una cierta cosa I que se presupone en el contexto[40].

Una condición necesaria puede presentar también forma disyuntiva: «p» o «q» puede ser condición necesaria de «r» (Nc [p v q, r]). Ahora bien, si es el caso que «-p», entonces «q» se convierte en condición necesaria de «r». Esta hipótesis no se puede formular -p ‣ Nc (q, r), ya que por el propio concepto de implicación un antecedente falso implica cualquier cosa. Pero parece que sí se podría formular Se (-p, Nc [q, r]), pues «-p» es condición suficiente para que «q» sea condición necesaria de «r». Pensemos ahora que puede ser el caso que no sean ni «p» ni «q» (-N [p v q]). En ese supuesto, sería cierto que si «-p» es condición suficiente para que «q» sea condición necesaria de «r», entonces o «p» o «q» son condiciones necesarias de «r»:

[33] Sc (-p, Nc [q, r]» & -N (p v q) ‣ Nc (p v q, r)

Sin embargo, no es cierto:

[34] Nc (p v q, r) & -N (p v q) ‣ Sc (-p, Nc [q, r])

Si sustituimos «r» por la constante proposicional I, teniendo en cuenta que Oq = Nc (q, I), [33] se convierte en:

[35] Sc (-p, Oq) & -N (p v q) ‣ O (p v q)

O (p v q) puede expresarse condicionalmente como O (-p ‣ q), por lo que Sc (-p, Op) & -N (p v q) puede valer como fórmula del compromiso:

[36] Sc (-p, Op) & -N (-p ‣ q)

Von Wright crea el nuevo operador deóntico condicional Q (q/p), que expresa específicamente la idea de compromiso: «Si está en el agente el poder de producir p, entonces al producir p

[40] *Ibid.*, págs. 164 y 165.

queda obligado a producir q, a menos que q sea algo que necesariamente se produce si es el caso que p, pues entonces no tiene sentido hablar de obligación». Q (q/p) implica O (p ‣ q), pero O (p ‣ q) no implica Q (q/p), por lo que no caben consecuencias paradójicas derivadas de los «imperativos contrarios-al-deber»[41]. Además, al explicar las obligaciones hipotéticas en términos de relaciones condicionales entre proposiciones contingentes, Von Wright subraya que no es forzoso sustituir el axioma N1 por N1*, porque ya no es posible inferir -O (-p/r) de O (p/q)[42].

11. Sin arrepentirse de su concepción de la lógica deóntica como fragmento de la teoría lógica modal de las condiciones necesarias y suficientes, concepción que le dirigirá hacia un enfoque «instrumentalista» de la lógica de las normas, Von Wright se centrará pocos años después («Deontic Logic Revisited», 1973) en una distinción hasta entonces muy poco estudiada, resumible mediante las expresiones alemanas «Sein-Sollen» y «Tun-Sollen», respectivamente alusivas a las normas que establecen que tal o cual cosa debe o puede o no debe ser el caso, y a las normas que establecen que alguien debe o puede o no debe hacer tal o cual cosa[43]. Esta distinción provoca una alternativa básica en relación con la cuestión de la naturaleza de la lógica deóntica. Von Wright resalta que la única lógica deóntica construida a partir de la lógica de la acción se ha fundado en interpretaciones de las normas como oraciones descriptivas que acompañan a los operadores deónticos («Es obligatorio o permitido que las cosas se den»). Existiría entonces una lógica deóntica inexplorada, basada en la conjunción de operadores deónticos y verbos de acción, en la que las variables representarían esquemáticamente frases verbales («Es obligatorio o permitido hacer x»)[44].

En esta nueva lógica deóntica, la lógica deóntica de las reglas de acción (entendiendo por reglas de acción las expresiones resultantes de la combinación de operadores deónticos y verbos de acción) desaparecerían las principales paradojas deónticas. O (p) no implicaría lógicamente O (p v q), por el mero hecho de que (p) x no implicaría lógicamente (p v q) x, ya que la acción intencional «Juan lleva la carta al correo» no presupondría en sí misma la acción intencional Juan lleva la carta al correo o la que-

[41] *Ibid.*, págs. 168 y 169.
[42] *Ibid.*, nota 7.
[43] Von Wright, Georg H., *Deontic Logic Revisited*, Rechstheorie, núm. 4, 1973, pág. 45.
[44] *Ibid.*, págs. 41 y 42.

ma». Las paradojas serían privativas de la lógica deóntica de las oraciones de acción, como lo demuestra el hecho de que si lo que es obligatorio es que ciertas cosas se den, entonces, si es obligatorio llevar una carta al correo, es obligatorio llevarla al correo o quemarla. Por contra, si lo que es obligatorio es hacer o no hacer determinadas acciones, entonces, si Juan debe llevar la carta al correo, no debe llevar la carta al correo o quemarla, salvo que previamente Juan haya decidido llevarla al correo y no quemarla, y por consiguiente haya tenido lugar una conducta intencional que se podría expresar como (p v q) x[45].

Si en la lógica deóntica de las reglas de acción O (p) no implica O (p v q), entonces tampoco podemos inferir O (-p v q) de O -p, ni O (p ‣ q) de O -p. Es decir, evitamos las paradojas de la obligación derivada, incluida la paradoja de los «imperativos contrarios-al-deber». En efecto, O -p ‣ O (p ‣ q) y Op ‣ (O -p ‣ q) son implicaciones válidas en los sistemas estudiados de lógica deóntica, pero porque éstos no apoyaban los operadores deónticos en los verbos de acción. Si así fuera, Op ‣ O (-p ‣ q) sería tan poco válida como p (x) ‣ (-p [x] ‣ q [x]), puesto que la acción intencional «Juan socorre a un accidentado» no presupondría la acción intencional «Juan no socorre a un accidentado; por lo tanto realiza cualquier otra acción». En la lógica deóntica de las oraciones de acción, en la cual lo que es obligatorio es que ciertas cosas se den, si es obligatorio socorrer a los accidentados, entonces si no se socorre a los accidentados es obligatoria cualquier otra acción. Por contra, en la lógica deóntica de las reglas de acción, en la cual lo que es obligatorio es hacer o no hacer determinadas acciones, si Juan debe socorrer a un accidentado, no debe realizar cualquier otra acción si no lo socorre, salvo que previamente Juan haya decidido realizar cualquier otra acción en razón de que no hubiera socorrido a un accidentado, y por consiguiente haya tenido lugar una conducta intencional que se podría expresar como (-p [x] ‣ q [x]).

12. En los últimos años, el problema de las paradojas quizá no haya sido tan central en los escritos de Von Wright, empeñado especialmente en delimitar algunos conceptos básicos de la lógica de la acción. No obstante, esta labor de perfeccionamiento y delimitación ha repercutido a la hora de volver a enmarcar la temática de las paradojas, al eliminar algunos cabos sueltos y enfocarlas desde perspectivas más precisas.

En «On the Logic of Norms and Actions», Von Wright cues-

[45] *Ibid.*, págs. 44 y sigs.

tiona seriamente la consideración de los términos deónticos como referidos a las categorías de acciones y no a las acciones individuales, algo que decidiera en «Deontic Logic» (1951) y que ya comenzaría a matizar en «Norm and Action» (1963). Asimismo, vuelve a plantear la interdefinibilidad de los operadores deónticos y, en relación con ello, la posibilidad de admitir normas contradictorias. En cuanto al primer problema, una acción individual («act-individual») podría esquematizarse así: en la ocasión «o», «a» hace «p». No bastaría con citar «o» y «a», porque un sujeto puede realizar más de una acción en la misma ocasión; es decir, por sí sola, la acción individual no nos proporciona datos definitorios en relación con su contenido. Es necesario aludir a la acción genérica («act-category») «p». Es por ello que a las categorías deónticas interesan tanto las acciones individuales como las acciones genéricas. Es más, la acción genérica en la que se encuentra la acción individual constituye su propiedad esencial. Y dentro de las propiedades de la acción individual también están los atributos deónticos. Si una acción genérica es obligatoria (aquí la categoría deóntica aparece como operador), la realización de la acción genérica por parte de un individuo presupone que la acción individual tiene la propiedad de ser obligatoria (en este caso, la categoría deóntica aparece como predicado)[46].

Esta dualidad, según la cual las mismas categorías deónticas se usan como operadores cuando hacen referencia a acciones genéricas, y como predicados cuando hacen referencia a acciones individuales, es de importantes consecuencias. Predicar de una acción individual que está permitida significa que la acción se incluye dentro de una categoría de acciones genéricas permitidas. En este sentido, de la permisión de un cierto tipo de acciones genéricas podemos inferir la no prohibición de dichas acciones, así como la no obligatoriedad de la omisión de las mismas. Ahora bien, si concebimos las categorías deónticas como predicados de acciones individuales no es posible la interdefinibilidad. Una misma acción individual puede ser a la vez obligatoria y prohibida. En el reiterado supuesto de la promesa, su cumplimiento es a la vez obligatorio en virtud de la norma según la cual deben cumplirse las promesas, y prohibido en virtud de que el hecho en cuestión que se ha prometido realizar está prohibido. No hay contradicción, puesto que la acción individual pertenece

[46] Von Wright, Georg H., *On the Logic of Norms and Actions*, cit., págs. 15 y sigs.

a la vez a un tipo de acciones que están prohibidas y a un tipo de acciones que son obligatorias[47]. Por consiguiente, sólo si consideramos las categorías deónticas como operadores de acciones genéricas no es compatible la obligatoriedad de una categoría de acciones con la prohibición de la misma categoría de acciones. Pero en una lógica deóntica que relacione actos individuales ni el principio de no contradicción ni la interdefinibilidad de los operadores deónticos se podría articular.

Al comienzo de este trabajo explicábamos que la paradoja de los «imperativos contrarios-al-deber» se debía a que la formulación lógica de este tipo de imperativos era Op & O (-p ‣ q) («Debe ser ?p"; también debe ser que si no ?p", ?q"».) La conjunción de estas dos fórmulas entrañaba consecuencias absurdas, pues la existencia de un deber implicaba que de su incumplimiento se derivara «cualquier otro deber». Este «cualquier otro deber» podría ser justamente el «imperativo contrario-al-deber», pero también podría ser otra obligación sin relación con él, e incluso podría consistir en la negación de lo que el «imperativo contrario-al-deber» ordenara. Así, en nuestro ejemplo, tendríamos por un lado que debemos socorrer a todo accidentado grave que encontremos llevándolo al hospital, y además tendríamos que si no cumpliéramos dicha obligación deberíamos no ignorar las señales de tráfico. Pero, por otro lado, el deber de socorrer implicaría que de su incumplimiento se inferiría cualquier otro deber, incluido el deber de ignorar las señales de tráfico en el camino hacia el hospital.

En «Norms, truth and logic» (1983), Von Wright presenta una distinción que, en su opinión, puede esclarecer estas situaciones paradójicas. Se trata de la distinción entre «deber técnico» («must» y «deber deóntico» («ought»). El deber técnico alude a que alguna cosa «debe ser hecha» para que alguna otra cosa se consiga. Es decir, los deberes técnicos suelen ser elípticos, al referirse implícitamente a un fin que no se logrará si lo que «debe ser» -en sentido técnico- no «es». el deber deóntico es el que emana directamente de una norma; es categórico, no es un medio sino un fin en sí mismo[48].

Pensemos de nuevo en el ejemplo de la cadena de enunciados [A]-[D], que expresa un «imperativo contrario-al-deber». Lo problemático consistiría en que, por un lado, sería cierto que O (p ‣ q), lo que, teniendo en cuenta que también es cierto Op,

[47] *Ibid.*, págs. 23 y sigs.

[48] Von Wright, Georg H., *Norme, verita e logica*, cit., págs. 31 y 32.

implicaría Oq. Pero, por otro lado, tenemos que -p ‣ O-q. O (p ‣ q) significa que «debe (?ought") ser que, si ?p", ?q". -p ‣ O -q significa que «si es que -p, debe (?must") ser -q». El primer deber es un «deber deóntico», una norma «condicional». El segundo deber es un «deber técnico», una norma «hipotética»[49]. ¿Es esta delimitación suficiente para impedir la persistencia de la paradoja? Parece que no porque, como vimos en l., podríamos reemplazar -p ‣ O -q por O (-p ‣ -q), sin por ello obtener mejores resultados. Tropezaríamos con el escollo de que Op implica O (-p ‣ -q), y esta implicación se mantendría incluso si sustituyéramos «-q» por «q»: Op ‣ O (-p ‣ q). Pero esta contradicción, para el último Von Wright, no significa incoherencia desde el punto de vista racional, sino simplemente que si Op se viola, el cumplimiento de O (-p ‣ q) y de O (-p ‣ -q) «impone requisitos contradictorios (en el sentido estrictamente lógico) a los sujetos normativos.» No es este, por tanto, un problema propiamente lógico, porque la implicación normativa es muy distinta de la relación existencial entre las normas. Decir que Op implica a la vez O (-p ‣ q) y O (-p ‣ -q) no significa forzosamente que si la norma Op existe, O (-p ‣ q) y O (-p ‣ -q) existen también. En estrecha afinidad con las posiciones expresivistas, en especial con la adoptada por Kelsen en la última edición de «Allgemeine Theorie der Normen»[50] y en «Recht un Logik»[51], Von Wright parece aceptar tácitamente que dos normas contradictorias, en directa correspondencia con los actos de voluntad de las que emanan, pueden entrar en conflicto sin por ello dejar de ser ambas válidas. «Si las normas en conflicto existen, lo cual puede suceder, es preciso que el legislador modifique la legislación. El lógico no puede ayudarle»[52].

---

[49] *Ibid.*, págs. 30 y 31.

[50] Kelsen, Hans, *Allgemeine Theorie der Normen*, Hans Kelsen institut, recopilación de K. Ringhofer y R. Walter, Viena, 1979. Existe trad. italiana de M. Torre: *Teoria generale delle norme*, ed. de M. Losano, Giulio Einaudi, Turín, 1985. En especial, véanse las págs. 188 a 190, 267 a 270 y 349 a 388.

[51] Kelsen, Hans, *Recht und Logik*, Neues Forum, 1965, págs. 421-425 y 495-500. Existe trad. italiana de C. Mancesi (*Diritto e logica*, vol. *Problemi di teoria del diritio*, ed. de R. Guastini, II Mulino, Bolonia, 1980, págs. 173-196) y trad. cast. de J. C. Gardella (*Derecho y Lógica*, vol. *Normas jurídicas y análisis lógico*, ed. de U. Klug, estudio preliminar de E. Bulygin, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, págs. 92-120).

[52] Von Wright, Georg H., *Norme, verita e logica*, cit., págs. 35 y 36.

BIBLIOGRAFÍA

Deontic Logic, Mind, núm. 60, 1951, págs. 1-15 (*Lógica Deóntica*, trad. cast. de J. Rodríguez Marín, Teorema, Valencia, 1979, págs. 25-47).

An Essay in Modal Logic, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, 1951 (*Ensayo de lógica modal*, trad. cast. de A. Demarchi revisada por E. Bulygin, Santiago Rueda, Buenos Aires, 1970).

A Note on Deontic Logic and Derived Obligation, Mind, núm. 65, 1956, págs. 507-509.

Logical Studies, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1957.

On Promises, Theoria, núm. 28, 1962, págs. 277-297.

Norm and Action. A Logical Inquiry, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1963 (*Norma y Acción. Una investigación lógica*, trad. cast. de P. García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1970).

The Logic of Preference, University Press, Edimburgo, 1963 (*La Lógica de la preferencia*, trad. cast. de R. Vernengo revisada por E. Bulygin, Eudeba, Buenos Aires, 1967).

A New System of Deontic Logic, Danish Yearbook of Philosophy, núm. 1, 1964, págs. 173-182.

The Foundation of Norms and Normative Statements, vol. *The Foundations of Statements and Decisions*, Coloquio Internacional de Metodología de la Ciencia (Varsovia, 1961), ed. de K. Ajdukiewicz, Varsovia, 1965, págs. 351-367.

A Correction to a New System of Deontic Logic, Danish Yearbook of Philosophy, núm, 2, 1965, págs. 103-107.

Deontic Logics, American Philosophical Quarterly, núm. 4, 1967, págs. 136-143.

An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action, North Holland Publishing Company, Amsterdam, 1968 (*Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, trad. cast. de E. Garzón Valdés, UNAM, México, 1976).

Deontic Logic and the Ontology of Norms, Actas del 14.º Congreso Internacional de Filosofía, Verlag Herder, Viena, 1968, vol. 2, págs. 304-311.

Deontic Logic and the Theory of Conditions, Crítica, núm. 2, 1968, págs. 3-25 (reeditado con algunas modificaciones en el volumen *Deontic Logic. Introductory and Systematic Readings*, ed. de R. Hilpinen, Reidel, Dordrecht, 1971, págs. 159-177).

On the Logic and Ontology of Norms, vol. *Philosophical Logic*, ed. de J. W. Davis y otros, Reidel, Dordrecht, 1969, págs. 89-107.

Deontic Logic Revisited, Rechstheorie, núm. 4, 1973, págs. 37-46 (*reencuentro con la lógica deóntica*, trad. cast. de E. Bulygin, volumen *Derecho, Filosofía y Lenguaje*. Homenaje a A. Gioja, Astrea, Buenos Aires, 1976, págs. 225-235; también *Nueva visita a la lógica deóntica*, trad. cast. de J. Rodríguez Marín, Teorema, Valencia, 1979, págs. 51-67).

On so-called Practical Inference, vol. *Practical Reasoning*, ed. de J. Raz, Oxford University Press, 1978, págs. 46-62.

Problems and Prospects of Deontic Logic, vol. *Modern Logic Asurvay*, ed. de E. Agazzi, Reidel, Dordrecht, 1981, págs. 399-423.

On the Logic of Norms and Actions, vol. *New Studies in Deontic Logic*, ed. de R. Hilpinen, Reidel, Dordrecht, 1981, págs. 3-35.

Norms, Truth, and Logic, vol. *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, edición de A. A. Martino, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, 1982, págs. 3-20.

Practical Reason. Philosophical Papers I, Basil Blackwell, Oxford, 1983.

Norms of Higher Order, Studia Logica, núm. 42, 1983, págs. 119-127 (*Normas de orden superior*, trad. cast. de E. Bulygin, vol. *El lenguaje del derecho*. Homenaje a G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, págs. 457-470).

Is and Ought, vol. *Man, Law, and Modern Forms of Life*, ed. de E. Bulygin y otros, Reidel, Dordrecht, 1985, págs. 263-281.

LAS NUEVAS FUENTES PARA EL ESTUDIO DE LA *FILOSOFÍA DEL DERECHO* HEGELIANA [*]

1. *Introducción*

Hegel dedicó especial atención a aquella parte de su sistema filosófico que se ocupa del «espíritu objetivo». Sobre este tema, no sólo publicó una obra específica, las *Grundlinien der Philosophie des Rechts* de 1820, sino que le dedicó, además, siete cursos de lecciones entre los años 1817 y 1831.

Las significativas discrepancias existentes entre el texto publicado por Hegel y los *Vorlesungsnachschriften* -cuadernos de apuntes tomados por los oyentes durante las clases- llevaron a Karl-Heinz Ilting a publicar, en 1973-74, todo el material del que se disponía en el momento[1].

---

[*] Quiero agradecer a mi amiga la profesora Pilar Giménez Alcover la traducción de este artículo.

[1] Cfr. G. W. F. Hegel, *Vorlesungen über Rechisphilosophie* 1818-31, Edition und Kommentar in 6 Bde, von K.-H. Ilting, Frommann-Holzboog, Stuttgart-Bad Canstatt Bd. I., 1973; Bde. II.-III.-IV, 1974.

Bd. I: *Der objektive Geist, aus der Heidelberger Enzyklopädie mit Hegels Vorlesungsnotizien 1818-19; Naturrecht uns Staatswissenschaft nach der Vorlesungsnachrift von C. G. Homeyer 1818-19; Zeitgenössische Rezensionen der «Rechtsphilosophie»*.

Bd. II: *Die «Rechtsphilosophie» von 1820, mit Hegels-Vorlesungsnotizien 1821-25*.

Bd. III: *Philosophie des Rechts nach der Vorlesungsnachschrift H. G. Hotho 1822-23*.

Bd. IV: *Philosophie des Rechts nach der Vorlesungsnachschrift K. G. von Griesheims 1824-25; Der objektive Geist, aus der Berliner Enzyklopädie zweite und dritte Auflage (1827 und 1830); Philosophie des Rechis nach der Vorlesungsnachschrift von D. F. Strauβ 1831, mit Hegels Vorlesungsnotizien*.

La edición está acompañada de una amplia introducción y de prefacios concretos a cada Vorlesung. Gran parte de estos trabajos han aparecido también en traducción italiana: Karl-Heinz Ilting, Hegel diverso, *Le filosofie del diritto dal 1818 al 1831*, a cura di E. Tota, Roma-Bari, Laterza, 1977. Existe una traducción reciente al castellano del curso de lecciones de 1918-19; G. W.

Diez años después, la publicación de dos nuevos cursos de lecciones nos permite obtener un cuadro casi general de la formación y desarrollo de la obra hegeliana y ampliar ulteriormente el conocimiento de su pensamiento filosófico-jurídico. El mérito de estas nuevas iniciativas editoriales corresponde a Dieter Henrich, que ha cuidado la publicación del curso 1819-20[2] y, de nuevo, Karl-Heinz Ilting, editor del primer curso desarrollado por Hegel en Heidelberg en 1817-18[3]. De este curso existe otra edición a cargo de la Hegel-Archiv de Bochum[4].

En las páginas siguientes se intentará proporcionar al lector la información más exhaustiva posible sobre la nueva situación de las fuentes para la interpretación del pensamiento filosófico jurídico de Hegel, así como alguna aclaración sobre su proceso de formación.

F. Hegel, *Lecciones sobre Filosofía del Derecho (1818-19)*, en traducción de Luisa H. de Meyer y con un prólogo de Karl-Heinz Ilting, Argentina, Editorial Universidad de Motón, 1983.

[2] Cfr. G. F. W. (sic!) Hegel, *Philosophie des Rechts. Die Vorlesung von 1819-20 in einer Nachschrift*, herausgegeben von D. Henrich, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1983. Acompaña al volumen una amplia introducción que analiza los elementos más cualificados de esta *Vorlesungsnachschrift* y desarrolla una interpretación en clave «institucionalista» de la *Filosofía del Derecho*. Le sigue una elaborada nota informativa, un complejo aparato de notas y comentarios y un breve apéndice que informa sobre la aparición de la Rph I. No falta tampoco una concordancia con Rph que, sin embargo, es poco útil por estar separada del texto y colocada como tabla al final del volumen.

[3] Cfr. G. W. F. Hegel, *Die Philosophie des Rechts. Die Mitschriften Wannmann (Heidelberg 1817-18) und Homeyer (Berlin 1818-19)*, herausgegeben von K.-H. Ilting, Stuttgart, Klett-Cotta, 1983. Ilting publica no sólo el texto inédito del primer curso de lecciones, sino también una edición renovada del curso de lecciones transcritas por Homeyer. Esta edición merece especial atención por el extraordinario cuidado con que ha sido realizada. Ilting, que ha dedicado a esta lección un seminario altamente especializado durante tres semestres, no se ha limitado a aportar una notable introducción de la que emerge en todo su alcance un Hegel teórico del constitucionalismo, e inserto por derecho propio en el debate constitucional de la época, sino que proporciona, en un magnífico aparato de notas explicativas, un extraordinario comentario de los aspectos más significativos de las lecciones. El volumen está además acompañado de una elaborada nota editorial y de un utilísimo índice analítico que permite interesantes revelaciones. Junto a cada parágrafo se indica la concordancia no sólo con Rph, sino también con los otros cursos precedentes. Es, por tanto, una obra que une a la fiabilidad filológica una serie de instrumentos de consulta de gran utilidad.

[4] Cfr. G. W. F. Hegel *Vorlesungen über Naturrecht und Staatswissenschaft (1817-18). Nachschrift P. Wannmann*. Herausgegeben von D. Becker, W. Bonsiepen, A. Genthmann-Siefert, F. Hogermann, W. Jaeschke, Ch. Jamme, H.-Ch. Lucas, K. R. Meist, H. Schneider. Mit einer Einleitung von O. Pöggeler, Hamburg, Meiner, 1983.

2. *El cuadro de las fuentes*

El primer esbozo de lo que será la *Filosofía del Derecho* se encuentra en la sección de la *Enzyklopädie* de Heidelberg (aparecida en junio de 1817) dedicada al «espíritu objetivo» (párrafos 400 a 452). En los tres años siguientes, antes de la publicación de las *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Hegel impartió durante los semestres de invierno clases de Filosofía del Derecho:

Rph I	Heidelberg 1817-18
Rph II	Berlín 1818-19
Rph III	Berlín 1819-20

De estos cursos sólo se conocía hasta hoy la Rph II, conservada en una copia de apuntes compilada por C. G. Homeyer y publicada por Ilting en 1973.

Como se ha indicado, la Rph I y la Rph III constituyen las novedades editoriales más recientes. Ello significa que, en el momento presente, podemos reconstruir de la forma más precisa posible la «Entstehungsgeschichte» -la historia de los orígenes- de la *Filosofía del Derecho* de Hegel, pues justo después, en octubre de 1820 (aun cuando conste en el frontispicio la fecha de 1821), aparecieron las *Grundlinien der Philosophie des Rechts*.

Puede decirse que la obra concluyó el 25 de junio de 1820, fecha en que acabó el prefacio. La impresión de la obra duró más de lo habitual a causa de la censura. En cualquier caso, el 10 de octubre de 1820 -como se desprende de la carta que le acompaña- Hegel ya pudo enviar una copia del libro apenas aparecido al ministro prusiano Altenstein (vid. *Briefe*, Bd. II, pág. 238). La confirmación directa de la aparición del volumen de Hegel durante la primera mitad de octubre se encuentra en una carta de agradecimiento de Hinrichs, por el libro recibido como regalo (14 de octubre de 1820, *Briefe*, Bd. II, pág. 238). También se halla una confirmación indirecta en una carta de von Thaden (8 de agosto de 1821, *Briefe*, Bd. II, pág. 278). Por otro lado, la obra se anunciaba entre las novedades editoriales (de la *Nicolaische Buchhandlung* de Berlín) para la *Michaelis-Messe* (Leipzig) de octubre de 1820. No parece constituir problema la fecha del frontispicio, pues según W. Olbrich (*Einführung in die Verlagskunde*, Stuttgart, 1955, pág. 131) el que obras publicadas el último trimestre del año aparecieran con la fecha del año posterior no era un hecho insólito.

Este libro será también utilizado para las lecciones directamente sucesivas:

Rph IV Berlín 1821-22
Rph V Berlín 1822-23
Rph VI Berlín 1824-25

Hasta ahora sólo han sido publicadas dos cuadernos de apuntes de los dos últimos años, cursos recopilados por H. G. Hotho (Rph V) y por K. G. von Griesheim (Rph VI), respectivamente y publicados por Ilting en 1974. Un manuscrito hasta ahora inédito que se refiere probablemente al semestre de invierno 1821-22 está en curso de publicación[5].

Entre 1825 y 1830 Hegel no consideró oportuno impartir clases sobre esta parte de su sistema filosófico, dejando a sus discípulos Leopold von Henning, Karl Ludwig Michelet y, sobre todo, Eduard Gans la tarea de tratarla en sus lecciones.

En este período, el trabajo de Hegel en el campo de la Filosofía del Derecho se reduce a una nueva redacción de las secciones sobre el «espíritu objetivo» en las dos ediciones sucesivas de la *Enzyklopädie* (julio de 1827 y octubre de 1830).

Tan sólo en el semestre de invierno de 1831-32, tras haber anulado «por indisposición» un curso de Filosofía del Derecho anunciado para el semestre del 30-31 en el que fue sustituido por Michelet[6], Hegel empezó el nuevo curso, pero tras sólo dos lecciones murió de improvisto. Se trata de:

Rph VII Berlín 1831

conservada en la copia de apuntes de D. F. Strauss, publicada también por Ilting.

Permítaseme hacer referencia a los motivos que indujeron a Hegel a retomar el curso de Filosofía del Derecho:

En primer lugar, debe recordarse el testimonio proporcionado por Arnold Ruge: «Estaba Hegel un día comiendo en casa del príncipe heredero -el futuro Federico Guillermo IV-. ?Es un
escándalo -decía el anfitrión real- que el profesor Gans nos

[5] Sobre este manuscrito que constituye la última novedad en el campo de las *Vorlesungen* hegelianas me permito reenviar a mi nota informativa: «Hegelsche Vorlesungsnachschriften und noch kein Ende?» en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVI, núm. 1, 1986, págs. 251-261.

[6] Cfr. G. W. F. Hegel, *Berliner Schriften 1818-31*, herausgegeben von J. Hoffmeister, Hamburg, Meiner, 1955, pág. 749.

convierta a todos los estudiantes en republicanos. Sus lecciones sobre su Filosofía del Derecho, señor profesor, son frecuentadas por muchos centenares de estudiantes y es suficientemente conocido que da a sus tratamientos un tinte completamente liberal, incluso republicano. ¿Por qué no da las lecciones usted mismo?" Hegel no rebatió esta descripción, se excusó diciendo que no sabía lo que Gans explicaba en las lecciones y se comprometió a dar la Filosofía del Derecho él mismo el semestre siguiente»[7].

Otra versión de los sucesos, a decir verdad algo más confusa, nos la proporciona J. E. Erdmann: «La acusación de que su (de Hegel) filosofía política era antiprusiana y revolucionaria se hizo más preocupante cuando Hegel notó que algunos de sus discípulos consideraban de manera muy distinta a la suya los sucesos de la época y cuando alguien, de quien no podía tomar la advertencia a la ligera, hizo notar al filósofo que aquel a quien había confiado las lecciones del curso sobre Derecho natural, es decir, Gans, obtenía de sus (de Hegel) principios consecuencias relativas a Bélgica y a Polonia que debían ser definidas, necesariamente, como revolucionarias. Ello llevó a Hegel a retomar él mismo las lecciones (de Filosofía del Derecho) que desde hacía tiempo no explicaba»[8].

Tanto para Ruge como para Erdmann, la causa que llevó a Hegel a impartir de nuevo lecciones de Filosofía del Derecho en el semestre invernal de 1831-32 fue extrínseca y ha, de atribuirse más a una directiva superior (el príncipe heredero o una instancia oficial imprecisa) que a una libre decisión propia. Si bien puede plantearse alguna duda sobre esta interpretación si se tiene en cuenta que Hegel ya había anunciado un curso, luego anulado, para 1830, lo que podría hacer suponer también la existencia de alguna divergencia real entre Hegel y Gans[9].

Una cosa, sin embargo, no excluye a la otra. Ambas se explican por la difícil situación en la que se encontró Hegel el último año de su vida: preso entre su rol oficial de filósofo del estado

---

[7] Cfr. A. Ruge, *Aus früherer Zeit*, Bd. IV, Berlín, 1867, pág. 431. El documento puede consultarse en *Hegel in Berichten seiner Zeitgenossen*, herausgegeben von G. Nicolin, Hamburg, Meiner, 1970, págs. 437-438. Sobre A. Ruge vid mi colaboración «Notas sobre Arnold Ruge: la interpretación política de la ?Rechtsphilosophie" hegeliana», en *Sistema*, 49, 1982, págs. 129-140.

[8] Cfr. la voz «Hegel», en *Allgemeine Deutsche Biographie*, Leipzig, 1880, Bd. XI, págs. 272 y sigs.

[9] Cfr. M. Riedel, «Eduard Gans als Schüler Hegels, Zur Politischen Auslegung der Rechtsphilosophie», en *Rivista di Filosofia*, fascículo especial *Hegel e lo stato*, octubre 1977, págs. 234-253 (237). El texto aparece también en versión italiana págs. 254-268.

prusiano que lo ponía en contraste con sus mejores discípulos y las presiones ejercidas por estos últimos para que tomara posición abiertamente a favor de los objetivos políticos de la Revolución de julio.

El cuadro de las fuentes, para ser totalmente exhaustivo, ha de comprender también las *vorlesungsnotizien* (es decir, las anotaciones autógrafas de Hegel a las lecciones) de los §§ 400-452 de la *Enzyklopädie* de Heidelberg, escritas en su mayoría entre febrero de 1818 y finales de marzo de 1819, así como las *Vorlesungsnotizien* de los años 1821-25 de las *Grundlinien*, publicadas ambas por Ilting en una edición, finalmente, satisfactoria.

Estas últimas son de particular interés para la comprensión del ulterior desarrollo del pensamiento iusfilosófico hegeliano después de la publicación de las *Grundlinien*.

G. Lasson (en *Hegel-Archiv*, Bd. II, Heft 2, 1914 y Bd. III, Heft 1-2, 1916) ya había publicado las anotaciones autógrafas de Hegel referentes a las lecciones del período 1821-25, pero lo hizo como si se tratara de un texto único y unitario, en definitiva, como si hubiera sido escrito en el mismo período. Dado que Hegel, por falta de espacio, había tenido que insertar apuntes en tiempos sucesivos junto a, o con, anotaciones precedentes, nació, de la edición de Lasson, un texto en ocasiones confuso, a veces incomprensible y, en cualquier caso, inutilizable. También Hoffmeister siguió el mismo criterio en su edición de las *Grundlinien* (Hamburgo, 1955), criterio que está en la base de numerosas ediciones alemanas e italianas (las anotaciones autógrafas de Hegel fueron traducidas por A. Plebe en la edición de la *Filosofia del Diritto* dirigida por F. Messineo, 1954, Bari, Laterza). A K.-H. Ilting debe de nuevo imputarse el mérito de haber atribuido estas notas a cada uno de los semestres y, por tanto, el de haberlas fechado, presentando, por vez primera, un texto realmente fiable.

Se ha querido proporcionar un panorama de las fuentes, lo más exhaustivo posible, porque creemos que de esta forma se puede dar cuenta del hecho que la *Filosofía del Derecho*, más aún que la *Scienza Nuova* de Vico[10], es una obra que se presenta en una pluralidad de versiones. Ciertamente, la *Filosofía del Derecho* de 1820, si se excluyen las *Vorlesungsnotizien*, es la única elaboración escrita que proviene de Hegel, pero, dado que fue

[10] La sorprendente analogía entre los destinos de ambas obras fue subrayada por mí en el artículo «Origini della ?Wirkingsgeschichte" di Vico in Germania», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XI, núm. 2, 1981, págs. 314-316.

publicada en un momento en que la situación política era verdaderamente excepcional[11], no puede ser considerada como el tratado más auténtico.

Podría mencionarse otro problema: el relativo al grado de credibilidad de las *Vorlesungsnachschriften*, pero creemos que esta cuestión ya ha sido extraordinariamente bien resuelta por Ilting, en su polémica con Hoffmeister y en sus críticas a Plebe[12] y hoy, en el ámbito de la «Hegel-Forschurig», ya nadie pone en duda la fiabilidad de los apuntes de las lecciones.

Aparte del hecho de que, alguna de ellas (Rph I, Rph II) es, por lo menos en lo que se refiere a los parágrafos, la transcripción de un dictado hegeliano, algunas copias de apuntes de las lecciones berlinesas fueron utilizadas por el propio Hegel como base para sus lecciones. Esto lo sabemos por lo que escribió Marheineke en el prefacio a su edición de las *Lecciones sobre la Filosofía de la Religión*: «Los apuntes, que habían sido tomados durante las lecciones que (Hegel) dictó en 1824, fueron hechos transcribir para Hegel por uno de sus oyentes más próximos: el señor capitán von Griesheim. De este cuaderno se sirvió el propio Hegel en 1827 para consultarlo en la cátedra e incluso lo enriqueció con añadidos y correcciones propias que, la mayoría de las veces, no eran sino palabras sueltas y proposiciones a desarrollar ulteriormente durante la exposición oral. El cuaderno que se compiló durante las lecciones de Hegel, este mismo año 1827, y que, una vez transcrito, incluso se le regaló, fue redactado por uno de nuestros mejores auditores de la época: el señor Meyer, de nacionalidad suiza. En 1831, Hegel, con motivo de una reexposición de esta ciencia, lo usó en la cátedra añadiéndole igualmente nuevos esbozos para el desarrollo oral»[13].

Frente a estas declaraciones, sorprende aún más que Hoffmeister haya podido dudar del grado de fiabilidad de las copias

---

[11] El ambiente existente en el momento de la publicación ha sido ampliamente desvelado por K.-H. Ilting: *Hegel diverso*, *op. cit.*, *passim*.

[12] Vid. págs. 135-154. Sobre las tesis de Hoffmeister véase su *Prefacio* a G. W. H. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Hamburgo, Meiner, 1955, Págs. VII-XVII. Hoffmeister critica muy enérgicamente, si bien con argumentos poco convincentes, tanto a los dos autores de las copias de apuntes (Hotho y von Griesheim) como a Gans en su calidad de redactor de los añadidos. Ya antes de Ilting, E. Moldenhauer y K. Michel, en su edición de las obras de Hegel publicada por Suhrkamp, 1969-75 (vol. VII, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1970, pág. 528), habían puesto de relieve que los ejemplos proporcionados por Hoffmeister eran «freilich wenig überzeugend».

[13] Cfr. el prefacio de Marheinecke a G. W. F. Hegel *Sämtliche Werke*, Jubiläunsausgabe in 20 Bde, herausgegeben von H. Glockner, Stuttgart, Frommart-Verlag, 1927-40 (Bd. XV, págs. 1 y sigs.).

de apuntes. De hecho, parece incomprensible que el mismo Hegel se hubiera servido de aquellos apuntes como base para sus lecciones si efectivamente éstos hubiesen torcido o no reproducido fielmente su pensamiento.

Se podrá ciertamente discutir si la versión auténtica del pensamiento de un filósofo está constituida por las obras que éste dio a la imprenta o por sus cursos de lecciones, pero, una vez garantizada la autenticidad de las copias de apuntes de los que se dispone, creo que no puede negarse que, en determinadas circunstancias, éstos pueden adquirir una cierta «plusvalía» con respecto a los textos. Y esto es válido en particular para las obras de contenido ius-político, especialmente sujetas a condicionamientos históricos. Por ello, toda futura interpretación de la filosofía política de Hegel no podrá prescindir del contraste entre el texto editado por Hegel y el con-texto de las lecciones. Lo que él dice en las lecciones nos ayuda a explicar lo que él hace en el texto publicado.

3. *Los descubrimientos recientes*

3.1. Puede intuirse la extraordinaria importancia de los descubrimientos más recientes. La *Nachschrift* publicada por Henrich se refiere a la Rph III, es decir, a aquella lección que Hegel empezó el 25 de octubre de 1819, por tanto, inmediatamente después de la entrada en vigor de las «Deliberaciones de Karlsbad», y terminó el 18 de marzo de 1820. Si se tiene en cuenta que el *prefacio* a la obra publicada por Hegel es del 25 de junio de 1820, puede decirse que se trata del curso que invita, en mayor medida, a ser directamente contrastado con tal obra.

Para una información precisa sobre los orígenes de esta *Nachschrift* puede verse la cuidada «Bericht» a la edición de Henrich (págs. 297-311). Aquí se darán sólo algunas indicaciones. El volumen fue descubierto hace cerca de cuatro años en los Estados Unidos (en la Lilly Library de la Universidad de Indiana). Por desgracia el manuscrito no contiene indicación alguna sobre su autor o poseedor. Algunos añadidos en los márgenes del texto, con otra caligrafía y otra tinta, hacen suponer que el manuscrito tuvo por lo menos dos propietarios, antes de ser adquirido -junto a otros libros de carácter ius-político- por la Universidad de Indiana (mayo de 1896). El manuscrito publicado, que no procede (a diferencia de la Rph I y la Rph II) de un dictado hegeliano, probablemente no fue escrito durante las ho-

ras de clase: de hecho, se trata de una bella copia compilada en base a apuntes. Resulta además evidente que la copia es de segunda mano por algunos errores que seguramente se deben a la transcripción: por ejemplo, la locución «fester Wille» (págs. 61 y 64) que aparece en lugar de «freyer Wille» se debe sólo a una confusión, por parte copista, entre «-y» y «-st». Lo mismo puede decirse del término «Bezeichnen» (pág. 75) que es transcrito como «Beziehen». Actualmente no puede establecerse cuál de los 54 auditores del curso de Hegel fue el autor de los apuntes de los que procede el manuscrito en cuestión, ya que si bien existe un índice general de los estudiantes de la Universidad de Berlín en el semestre de invierno de 1819-20, no hay una lista nominativa de los oyentes del curso de Hegel, Parece, sin embargo, que puede excluirse que se trate de Johannes Schulze, amigo de Hegel y asistente al curso. Sabemos, por alguna declaración suya relatada por C. Varrentrapp en *Johannes Schulze und das preusiche Unterrichtswesen in seiner Zeit* (1889, Leipzig, pág. 432), que Schulze asistió al curso y transcribió el texto de las lecciones, pero no puede inferirse de ello que el texto ahora publicado sea el suyo. D. Henrich (págs. 300-301), con razón, lo excluye principalmente por la comprensión defectuosa que demuestra el autor de la Nachschsrift en toda la primera parte y, en segundo lugar, por el hecho de que la biblioteca de Schulze fuera comprada en 1896 por la biblioteca de la Northwestern University de Evanston. Sólo se excluyeron de la venta aquellas obras de especial significado afectivo para la familia (cfr. K. M. Meyer: «Geschichte der Bibliothek des wirkl. geh. Oberregierungsrat D. Johannes Schulze», en *Zentralblatt für das Bibl. Wesen*, 42, 1925, págs. 615-620). Esta circunstancia explica además el hecho de que la *Nachschrift* sobre la *Geschichte der Philosophie* que se halla en la Northwestern University no proceda de la mano de Schulze. No es, por tanto, improbable que una *Nachschrift* suya de la Rph III esté escondida en alguna parte en Alemania.

3.2. La otra *Nachschrift* publicada por Ilting se refiere a Rph I, en es decir, al curso inmediatamente posterior a la publicación de la primera edición de la *Enzyklopädie* (junio 1817). Esta *Nachschrift* es, por tanto, la primera elaboración de la Filosofía del Derecho de Hegel y es, además, de especial interés para comprender el pensamiento ius-político de Hegel antes de su traslado a Prusia. En 1818 Heidelberg pertenecía a un estado -el gran ducado de Baden- y Berlín a otro -el reino de Prusia.

Las primeras noticias sobre este manuscrito se remontan a un artículo de J. Braun: «Hegel im Abfall und Gans in Heidel-

berg», en *Unireport*, febrero de 1982, Manheim, págs. 8 y Sigs.[14] Permítaseme resumir las aventuras de este ejemplar. En los años cincuenta un anticuario de Heidelberg, el señor Schäffner, comentó a un cliente suyo, el profesor de geografía Ernst Plewe, que se veía obligado a tirar un paquete de libros y manuscritos que no había conseguido vender. Plewe, rebuscando entre los papeles, descubrió la *Nachschrift* a la que nos referimos y el anticuario le regaló el manuscrito. Plewe, a su vez, se lo regaló al profesor de filosofía Fraz Joseph Brecht, en aquellos momentos Rector de la Universidad de Manheim. Brecht, contento por el regalo del manuscrito, lo colocó en su rica biblioteca personal, junto a otros de Heidegger y allí lo dejó hasta otoño de 1981 cuando el doctor Joachim W. Storck, del Deustsches Literatur-Archiv de Marbach, que había ido a consultar los manuscritos de Heidegger, descubrió el manuscrito de las lecciones de Hegel. El manuscrito está depositado en la actualidad en Marbach en el Deutsches Literatur-Archiv.

A diferencia de la Rph III, esta *Nachschrift* está formada por parágrafos seguramente dictados por Hegel y, por la profundidad de las *Anmerkungen*, hay buenas razones para considerar que éstas hayan sido transcritas muy fielmente. El autor es el estudiante P. Wannenmann, originario de Kreuznach (vid. G. Toepke/P. Hintzelmann: *Die Matrikel der Universitdt Heidelberg*, 5. Teil, 1904, Heidelberg, pág. 116). Puede ser de interés resaltar que Wannenmann siguió a Hegel a Berlín, donde, como aparece en su mismo manuscrito, transcribió el inicio de las lecciones siguientes (Rph II). En verano de 1820 -como se desprende de la fuente anteriormente citada- volvió de nuevo a Heidelberg. Entusiasmado por las lecciones de Hegel en Heidelberg le siguió a Berlín pero después, ¿quizás desilusionado?, abandonó la empresa.

4. *La estructura de Rph I en la* Vorlesungsnachschrift *de Wannenmann*

La estructura de Rph I permite hacer algunas consideracio-

[14] El artículo con el título modificado y algún corte apareció posteriormente en el «Frankfurter Allgerneiner Zeitung», 30 de marzo, 1982, pág. 21; y con ulteriores variaciones en «Information-Philosophie», Heft 4, octubre 1982, con el título *Hegels «ursprünliche» Rechtsphilosophie*, págs. 7-13. Permítaseme, sobre este tema, remitir a mi nota «Del individuo y del Estado», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 44, marzo-abril 1985, págs. 125-135.

nes previas. Sólo con una comparación superficial entre Rph I y HE §§ 400-452 pueden verse diferencias significativas. En la *Enzyklopädie* de Heidelberg falta aún un desarrollo dialéctico entre, y dentro de, las partes: Derecho, Moralidad, Eticidad. Faltan además en este texto importantes elementos de la construcción sistemática de Rph I. La parte dedicada al derecho, por ejemplo, se articula ya en los momentos: persona-posesión y propiedad-contrato, pero está ausente un tratamiento de la sección sobre el «engaño». Es aún de mayor relevancia la ausencia total de la sección dedicada a la sociedad civil, que en Rph I adquiere ya la conformación que se reencontrará en el texto publicado. Ciertamente HE § 433 remite indirectamente al problema de la «bürgerliche Gesellschaft», pero la expresión no aparece y la referencia está inserta en un parágrafo en el que se habla de la familia. El tema aparece, sin embargo, en las anotaciones autógrafas de Hegel al mismo parágrafo, anotaciones que se remontan, como se ha dicho, al bienio 1818-19.

Además, la importante sección dedicada al derecho estatal interno se reduce en HE básicamente a los §§ 438-439, mientras que en Rph I sigue la compleja articulación del texto publicado.

Nótese, sobre este aspecto, que la locución «Das innere Staaatsrecht» no aparece en HE y que en su lugar aparece la expresión «Das einzelne Volk». En HE el «pueblo» ocupa aún el lugar del «Estado».

Obsérvese, además, que la sección sobre el Estado de la Rph I presenta en su articulación conjunta una diferencia frente al texto publicado. En los tres cursos precedentes a la publicación de Rph la articulación es la siguiente: *a)* derecho estatal interno subdividido en: *α)* poder del príncipe, *β)* poder del gobierno y -*γ)* poder legislativo; *b)* derecho estatal externo, y *c)* la historia universal. En la obra publicada, la articulación del punto *a)* se amplía dividiéndose en: I) constitución interna para sí, que comprende los tres poderes y II) soberanía externa. Precisamente en este segundo punto (II) se afronta específicamente el problema de la guerra y del estado de los militares que, en las lecciones, estaba comprendido dentro del derecho estatal externo.

Conviene además destacar que tampoco la separación entre poder del gobierno y poder del monarca, que aparece con toda su importancia en Rph I, se encuentra en HE, donde el príncipe es definido como «la culminación personal, deliberante y decisoria» del gobierno (HE § 438). Esta separación se halla en las anotaciones autógrafas de Hegel al parágrafo citado pero éstas son posteriores a Rph I. No aparece ninguna mención en

HE § 439 del debate constitucionalista de la época que constituirá el centro de la atención de Rph I. El ideal del pueblo ético, orientado según el modelo de la «polis» griega, prepondera aún en HE.

También la articulación de la sección dedicada a la historia universal (Rph I §§ 164-170) aparece apenas mencionada (falta, por ejemplo, la famosa cuatripartición de la historia universal) en los parágrafos (§§ 448-452) de HE.

Esta breve comparación permite llegar a algunas conclusiones relevantes: la estructura lógico-sistemática de la Filosofía del Derecho fue desarrollada por Hegel tras la publicación de la *Enzyklopädie* de Heidelberg, preparando su curso para el semestre invernal 1817-1818, es decir, en las vacaciones de verano (agosto-octubre 1818). Por tanto, a pesar de la cercanía en el tiempo entre HE y Rph I, en la construcción sistemática de ambas hay una apreciable distancia, mientras que, por el contrario, a pesar de que entre Rph I y la publicación de Rph transcurrieran tres años, existe una notable correspondencia en su estructura formal.

Si, en relación a HE, Rph I presenta los cambios de estructura señalados, frente a Rph II aparece con una exposición mucho más detallada. Rph I supera sin duda a Rph II tanto por lo que se refiere al detallado y profundo texto de las *Anmerkungen* (se tiene casi la impresión de que pudieran haber sido dictadas por el propio Hegel) -frente al texto plagado de lagunas de la Rph II- como por la extensión del corpus de los parágrafos (170 frente a 142 de Rph II). Con Rph I nos encontramos frente a un texto que, por riqueza de contenido y profundidad de análisis, supera sin duda no sólo al fragmentario de Rph II, sino también al de Rph III, que, por el contrario, como veremos es mucho más discursivo.

En conjunto, Rph I aparece como la mejor fuente de conocimiento de la auténtica filosofía política de Hegel, antes de las sucesivas reelaboraciones. Precisamente este hecho es el que nos ha inducido a emprender la tarea de traducción que esperamos presentar al lector italiano en el plazo de tiempo más breve posible.

5. *La estructura de Rph III en la* Vorlesungsnachschrift *anónima. Elementos para una comparación.*

Teniendo en cuenta, sobre todo, la cercanía temporal, se tenían buenas razones para suponer que Rph III concordase am-

pliamente con Rph[15]. Tal suposición, a la luz de la *Nachschrift* recién publicada, no parece confirmarse: ni por lo que se refiere al contenido, ni a la forma[16].

Sobre el contenido, baste observar que Rph III no es menos liberal que las otras lecciones: en ella no se encuentran aún las huellas relevantes de la «Anpassung» a la política restauradora prusiana que caracterizan a la *Filosofía del Derecho* de 1820. Una comparación entre los distintos cursos (Rph I, II, III) sobre este aspecto muestra, aun cuando con diversas matizaciones, una convergencia sustancial.

En cuanto a la forma, sorprende que Hegel no dictase el corpus de los parágrafos (como había hecho anteriormente) y que hubiese renunciado a dividir la exposición (como en las lecciones precedentes, en la obra publicada y en las lecciones siguientes), presentando un texto homogéneo y compacto en el que incluso los pensamientos fundamentales, pertenecientes a los parágrafos, se exponen de forma muy libre a lo largo de la argumentación.

Este proceder relativamente libre se refleja también en la disposición y orden de las materias que difiere, en algunas partes de forma considerable, no sólo de Rph, sino también de los dos cursos de lecciones. Una comparación -que tomo, con alguna simplificación de Ilting-[17] de los primeros cuatro parágrafos de la introducción de Rph con los lugares paralelos en los tres cursos de lecciones precedentes lo muestra con claridad:

Rph	Rph I	Rph II	Rph III
§1	§1	§1	52, 14
§2	§3	§4 *a	56, 23
§3	§1A	§2	53, 3-54, 8
§4	§2	§3	52, 15-23

(*a indica la primera parte del párrafo)

Entre Rph I y Rph II la diferencia es sólo de numeración:

---

[15] Cfr. K.-H. Ilting, *Hegel diverso*, *op. cit.*, pág. 127. Además el *Vorwort* a Hegel, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, *op. cit.*, Bd. II, págs. 7 y sigs.

[16] Como ya ha reconocido Ilting en su trabajo más reciente: «Zur Genese der Hegelschen ?Rechtsphilosophie"», en *Philosophische Rundschau*, 1983, Heft 3-4, págs. 163-165 y pág. 174.

[17] Vid. págs. 165-167.

Rph I	Rph II
§l	§l
§1A	§2
§2	§3
§3	§4a

el procedimiento de la argumentación es ampliamente concordante. A una definición del Derecho natural (§ 1 = § 1) sigue la determinación del derecho positivo (§ 1A = §2) y la consideración de la filosofía del derecho como parte del sistema filosófico (§3 = §4a). Esta construcción, en sí muy clara y convincente, aparece muy cambiada en Rph. Considerando sólo los aspectos formales de este cambio y teniendo en cuenta la tabla introducida, en Rph Hegel empieza con la identificación del objeto de la filosofía del derecho (§1 que a decir verdad no concuerda del todo con Rph I §l y Rph II §1, ya que no habla de derecho natural), continúa con la observación de que la filosofía del derecho es parte del sistema (Rph §2 = Rph I §3 = Rph II §4a), sigue deteniéndose en las diferencias entre derecho natural y derecho positivo (Rph §3 = Rph I §1A = Rph II §2) y concluye con la idea de la libertad como principio del derecho (Rph §4 = Rph I §2 = Rph II §3). Si nos fijamos sólo en los aspectos formales del cambio habrá que concluir que éstos se reducen a una diversa concatenación y a un diferente desarrollo de los mismos temas. La diferencia más relevante es que aquello que constituía el §4 en Rph II (y §3 en Rph I) se adelanta y pasa a ser el §2 en Rph. Desde el punto de vista formal, del armazón, puede por tanto constatarse una notable correspondencia entre Rph I, Rph II y Rph.

La forma de proceder en Rph III es, al contrario, muy divergente. Comparando Rph III con Rph podrá observarse un cambio casi total:

Rph III	Rph
52, 14	§l
52, 15-23	§4
52, 24-53, 2	§30
53, 3-54, 8	§3
54, 9-56, 22	§33
56, 23-58, 21	§2

En primer lugar Hegel identifica el objeto del tratado (52, 14)

sin que el autor de la *Nachschrift* aporte precisión alguna sobre este punto; a continuación (52, 15-23) aparece la identificación del derecho con la libertad que se realiza; prosigue con observaciones sobre la forma de proceder del tratado (52, 24-53, 2) y con observaciones que se refieren, si bien indirectamente, a la relación entre derecho natural y derecho positivo (53, 3-54, 8); y sigue la partición (54, 9-56, 22) y la consideración de la ciencia del derecho como parte de la filosofía (56, 23-58, 21). Puede, por tanto, concluirse que existe mayor correspondencia entre Rph I, II y Rph que entre Rph III y Rph, a pesar de que aparentemente podría pensarse lo contrario.

Si, en base a los cotejos efectuados, se ha aclarado la peculiar posición de Rph III, parece difícil sostener que Hegel leyera sus lecciones sobre la base de un (hipotético) manuscrito[18]. Las amplias libertades que Hegel se toma en la exposición y el carácter extremadamente discursivo de las argumentaciones, documentado, entre otros, por la falta de la habitual distinción entre parágrafos y anotaciones tienden a hacer pensar que Rph III fuera leída siguiendo apuntes («Notizien»). En una mirada superficial puede parecer insignificante el hecho de que Hegel no hubiera dictado Rph III y, en consecuencia, puede parecer desproporcionada la atención que le hemos dedicado. Pero precisamente este simple hecho es el indicio que permite obtener una importante confirmación: Hegel creía poder disponer ya al inicio de Rph III, o por lo menos durante el semestre de invierno 1819-20, de su texto impreso y, en consecuencia, podía parecer superfluo e incluso desaconsejable, teniendo en cuenta la incierta situación política[19], el dictarlo.

Si ello es cierto, queda confirmada expresamente la hipótesis, adelantada por Ilting hace ya diez años, de la existencia de un manuscrito (perdido) de Rph que debía ser impreso cuando acontecieron las deliberaciones de Karlsbad[20].

---

[18] De esta opinión, por el contrario, parece ser Henrich en el *Bericht* a su edición (*op. cit.*, pág. 309). *Contra* Ilting, vid. pág. 165 y pág. 172.

[19] Es cuanto añade con razón Henrich (*op. cit.*, pág. 306).

[20] K.-H. Ilting, *Hegel diverso*, *op. cit.*, págs. 75 y sigs. Esta tesis había sido discutida por Horstmann en «Ist Hegels Rechtsphilosophie das Produkt der politischen Anpassung eines Liberalen?», en *Hegel-Studien*, Bd. 9, 1974, págs. 241-252 (246-248). Concuerda con Ilting, si bien con algún matiz, Henrich (*op. cit.*, pág. 308). Desarrollo de este argumento en mi nuevo libro: *Le filosofie del diritio di Hegel*, Milán, F. Angeli, 1990.

6. *Variaciones sobre un antiguo tema*

Como conclusión a este artículo querría centrar brevemente la atención en las variaciones que se producen, desde el punto de vista de su contenido, entre el texto impreso y los cuadernos de las lecciones. En otra ocasión me he ocupado de las diferencias existentes referidas al poder del príncipe[21], aquí quiero desarrollar alguna observación relacionada con el famoso dicho: «Lo que es racional es real; y lo que es real es racional» (Rph, pág. 70, 28-29). El contexto en el que se inserta este dicho, en el Prólogo, tras la dura invectiva contra Fries, no deja dudas acerca de su significado político: la filosofía política de Hegel, en plena Restauración, enseña a «mantenerse en paz con la realidad» (Rph pág. 74, 5-6) atacando a todos aquellos que por el contrario han llegado a una «abierta ruptura» con ella. La «reconciliación con la realidad» (Rph, pág. 73, 7) se pagaba al caro precio de declarar racional la realidad existente. Como es sabido, Hegel en la segunda edición de la *Enziklopädie* (1827), aborda el intento de defender su afirmación de los múltiples ataques, distinguiendo entre realidad («Wirklichkeit») y existencia («Dasein» / «Existeriz»)[22]. Pero Hegel no puede demostrar haber tenido en cuenta tal distinción en la *Filosofía del derecho*. Aquel dicho, en el contexto en que se insertaba, no podía sino expresar una justificación ideológica de lo existente, una adaptación política a la realidad histórica presente.

No se encuentra en cambio señal alguna de tal actitud en los pasos correspondientes de los tres cursos precedentes:

Rph I	Rph II	Rph III
Lo que es racional debe («muβ») suceder. (Rph 1, § 134 A, pág. 157, 4).	Sólo lo racional puede suceder. (Rph II, página 232, 27).	Lo que es racional deviene real, y lo real deviene racional. (Rph III, página 51, 4-5).

En Rph I Hegel acentúa sobre todo la necesidad de un desarrollo histórico de lo racional dentro de un espíritu del pueblo

[21] P. Becchi, «El simulacro de la decisión. Diferencias en la doctrina hegeliana del poder del príncipe», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 49, enero-febrero, 1986, págs. 63-86.

[22] G. W. F. Hegel, *Sämtliche Werke*, cit., vol. 8, § 6A, pág. 48.

(el fundamento de la realización histórica de lo racional se ve aquí en el desarrollo del espíritu del pueblo). Rph II subraya esta necesidad hasta el punto de negar que «fenómenos externos singulares», que parecen oponerse a la realización de lo racional, puedan obstaculizar de forma decisiva su desarrollo. Rph III repite esta convicción recalcando que la realización de lo racional es un proceso que encuentra su perfeccionamiento en el futuro. Ciertamente los acentos que Hegel pone en estas formulaciones son diversos, pero permanece invariable el «leit motiv» de una discrepancia entre razón y realidad. Y es precisamente esta discrepancia la que desaparece en la formulación de 1820. Como quiera que se interprete, la identificación de razón y realidad sustraía a la filosofía política el terreno para una confrontación crítica con la realidad histórica, sirviendo primorosamente a una consagración (filosófica) de las relaciones existentes.

El simple cambio de la forma verbal («müssen», «können», «werden» contrapuestos homogéneamente al «sein») es el indicio de otra transformación significativa, referida a las tareas y el papel de la filosofía del Derecho. En el Prólogo de 1820 la filosofía del derecho «no puede llegar a enseñar al Estado como debe ser, sino más bien [debe mostrar] en qué forma éste, el universo ético, deba ser reconocido» (Rph, pág. 72, 10-13). Las tareas de la filosofía del derecho se reducen a la «comprensión de lo presente y de lo real» (Rph, pág. 70, 7-8), ya que «como pensamiento del mundo, ésta aparece por primera vez en el tiempo, después de que la realidad haya cumplido su proceso de formación y esté realizada» (Rph, pág. 74, 9-13). Decididamente contraria es la actitud de Hegel en Rph II en la que la ciencia filosófica del derecho tiene por objeto «el alto concepto de la naturaleza de la libertad, sin relación con lo que está en vigor, [sin relación] con la representación del tiempo» (Rph II, pág. 234, 3-5). Aquí Hegel se opone de forma inequívoca incluso a aquella reducción, en mera comprensión de lo presente y lo real, realizada en el Prólogo de 1820. Tanto contra el justificacionismo historicista de Savigny cuanto contra el extremismo subjetivista de Fries, Hegel alcanza a presentar su filosofía del derecho más bien como la auténtica aliada del «actual espíritu del tiempo» (Rph II, pág. 232, 16-18 y 30). Su filosofía del derecho no queda fijada ni en la abstracción (Fries), ni en la consideración histórica (Savigny): «Sabe que el reino del derecho sólo puede nacer mediante un desarrollo progresivo y que no es posible saltarse ninguna de sus fases... por ello, cuando el espíritu del pueblo llega a una fase superior, los momentos de la constitución necesariamente y ninguna fuerza puede mantenerlos» (Rph II,

pág. 232, 18-62). No debía ser sustancialmente diversa la posición de Hegel en el Prólogo (que como se ha dicho no se conserva) a su primer curso de filosofía del derecho, ya que en las anotaciones a un importante parágrafo nos presenta su filosofía como aliada de un gobierno capaz de mediar entre las reivindicaciones del pueblo y las instancias del monarca para un «abandono de la vieja involución y un rejuvenecimiento de la constitución» (Rph I, § 134 A, pág. 156, 50-5l).

A pesar de que en Rph III la incidencia activa de la filosofía en el tiempo histórico ya esté atenuada, aún parece de forma clara en este curso que la filosofía no se contenta con la contemplación de lo real: «así vemos que se presenta en Platón, Sócrates, Aristóteles, en el tiempo en que la vida griega se aproximaba al ocaso y el espíritu del mundo llegaba a una más alta consciencia de sí mismo» (Rph III, pág. 51, 19-22). Aquí es precisamente la filosofía la que se halla en un punto de transición: sella el ocaso de una época y prepara el terreno para el *novum* histórico. Este pensamiento se extiende también a la época romana y medieval: «de forma más débil esto se repitió también en Roma cuando cesó la peculiar vida romana y asumió otra forma. Descartes apareció porque el medievo había llegado a su fin» (Rph III, pág. 51, 22-25). Recuérdese que la interpretación de Platón aparece también en el Prólogo al texto de Hegel publicado (Rph pág. 70). No puede dejar de ponerse de relieve que esta explicación está en flagrante contradicción con todo el contexto en el que se inserta. ¿Cómo puede conciliarse la afirmación de que la grandeza de Platón reside en haber anticipado «el inminente trastorno del mundo» con la afirmación expresada en la misma página de que la filosofía se debe limitar a la «comprensión de lo presente y lo real»? Y ¿»en qué relación está la interpretación de Platón con la identidad de lo racional y lo real que de forma totalmente injustificada le sigue? ¿No es esto sino una confirmación ulterior de la reelaboración efectuada por Hegel? Hegel ha dejado la referencia a Platón pero la ha insertado en un contexto que la hace totalmente incomprensible. Creo que ha aparecido con suficiente claridad que la filosofía del derecho en los tres cursos que preceden a la publicación de las *Grundlinien* no se reduce a mera comprensión del presente, a justificación ideológica de lo existente. En el alba del espíritu aún no hay lugar para la lechuza de Minerva.

(Trad. de Pilar Giménez Alcover)

SIGLAS Y ABREVIATURAS

[ ]	Añadidos del autor.
A	Indica que se refiere a las anotaciones (Anmerkung) del párrafo citado.
Briefe I / IV	*Briefe von und an Hegel*, herausgegeben von J. Hoffmeister, 4 Bde, Hamburg, Meiner, 1952, 1953, 1954, 1960. Citadas por la tercera edición (1977) reelaborada y ampliada por F. Nicolin.
HE	*Encyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, Heidelberg, 1817, que, en relación a la sección dedicada al espíritu objetivo, se cita por la edición Ilting, reproducida en G. W. F. Hegel, Vorlesungen über Rechtsphilosophie, Stuagart-Bad Cannstatt, Fromann-Holzboog, 1973-1974, vol. I.
Rph	*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlín, 1821. Citado por la edición Ilting, reproducida en las *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, vol. II
Rph I	*Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1817-18*. Citada por la edición Ilting, publicada en G. W. F. Hegel, *Die Philosophie des Rechts, Die Mitschriften Wannenmann (Heldelberg, 1817-18) und Homeyer (Berlin 1818-19)*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1983.
Rph II	*Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-19*. Citada por la edición Ilting; *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, vol. I.
Rph III	*Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1819-20*. Citado por la edición Henrich: *Philosophie des Rechts*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1983. Los números de Rph III se refieren a las páginas y a las líneas.
Rph IV	*Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1821-22*.
Rph V	*Vorlesungen über Rechisphilosophie 1822-23*. Citada por la edición Ilting: *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, vol. III.
Rph VI/ Rph VII	*Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1824-25. y 1831*. Citadas por la edición Ilting: *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, vol. IV.

RACIONALIDAD Y MÉTODO PARA EL DERECHO: ¿ES ESO POSIBLE? (II)

APÉNDICE CRÍTICO

1

> Si la certeza no se puede lograr en la vida, entonces tanto peor para la vida. Dejemos que el Ideal Lógico rompa toda relación con ella.
>
> F. C. Schiller
>
> The trouble is that while the syllogism sets forth the results of thinking, it has nothing to do with the operation of thinking.
>
> J. Dewey

Dada la imprecisión que caracteriza a los lenguajes naturales, hay quienes se han sentido tentados de sustituirlos en la mayor medida posible, también en el derecho, por lenguajes artificiales, esto es, enteramente simbolizados y formalizados. En el caso del lenguaje normativo, se trata de fórmulas que constituyen la llamada *lógica deóntica*. (Puede distinguirse, empero, entre «lógica de las normas» -la construcción de una lógica que ponga de manifiesto las tesis que son el fundamento de las inferencias normativas *mismas*, tesis que constituye el medio formal que sirve como base para la justificación racional de las normas morales y jurídicas derivadas por ese medio- y la «lógica deóntica» propiamente dicha, o sea, la de los enunciados *sobre* esas normas; estas dos lógicas están en relación de lenguaje-objeto a metalenguaje, respectivamente, y por metonimia suele también llamársele «ilógica deóntica» -en sentido amplio- a ambas en conjunto.)

La deóntica es una parte de la lógica formal, que se ha desarrollado sobre todo en la segunda mitad de nuestro siglo, a partir de los trabajos de Georg Henrik von Wright, a los que luego siguieron los de muchos otros autores. Los estudiosos de

la lógica deóntica -tomo esta denominación de acuerdo con su sentido amplio- se han preocupado de hallar esquemas lógico-formales que de alguna manera, por vía de construcción o de reconstrucción, pueda entenderse que corresponden a discursos normativos. Las propuestas al respecto son variadas, como así también las discusiones en torno a la determinación de los principios mismos de dicha disciplina.

Recurrir a un lenguaje artificial en el derecho, significaría otorgar mucha más precisión al razonamiento jurídico, y cabría entonces la posibilidad de someterlo a verdaderos controles de racionalidad; principalmente se persigue la finalidad de permitir ahí la utilización de computadoras (informática jurídica). Es indudable que los lenguajes formalizados se benefician, si nos limitamos al empleo de *ellos mismos*, de un alto grado de intersubjetividad, muy por encima del que pueden alcanzar los lenguajes naturales. Pero nuestro problema es saber en qué medida son aplicables lenguajes de esa índole para solucionar cuestiones *jurídicas*. Y desde este ángulo, todo parece indicar que ellos ofrecen importancia muy secundaria, cuando no son hasta inconvenientes.

La lingüística, y sobre todo la parte de ella que se ocupa de estructuras formales del lenguaje, no se halla, al menos por ahora, en condiciones de proporcionar más que una ayuda muy limitada para *resolver* los problemas jurídicos. «Esto resulta, por un lado, del carácter decididamente inacabado que aún tiene la lingüística y, por el otro, de la falta de precisión que todavía presentan los planteamientos de la problemática jurídica» (Adalbert Podlech, «Rechtslinguistik» [Lingüística jurídica], en: Grimm, *Rechtswissenschaft*... [*loc. cit. supra*, VIII *in fine*], págs. 105-116; la cita es de la pág. 108). Conviene recordar que la precisión se mide en función de las *finalidades* perseguidas por la comunicación de que se trate. De ahí que, aunque suene a paradoja, la formalización del lenguaje jurídico constituya, en general, una manera de lo más imprecisa para expresarse sobre cuestiones jurídicas. Porque, atento a las finalidades reales del discurso jurídico, no sólo la formalización deóntica se ha revelado incapaz de aumentar en lo más mínimo la intersubjetividad del camino que lleva a las *soluciones* de derecho, sino que, además, contribuye antes bien a no ocuparse de cuáles son o pueden ser las vías *efectivas* para alcanzarlas.

Como la precisión no es una cualidad inherente a unos signos lingüísticos en sí mismos, de su dibujo o su sonido, sino que depende de cómo se refieran éstos a cosas que no son ellos mismos; por eso, para acreditar la precisión de un lenguaje jurídico

de tipo lógico-formal sería indispensable que fuese de *interpretación* unívoca (intersubjetividad) en su aplicación a los problemas jurídicos concretos. Y para que su utilización resultara no sólo posible sino también *conveniente*, sería necesario, además, que él fuera *más* preciso (en el sentido indicado) que las respectivas formulaciones de un lenguaje corriente con ciertos tecnicismos; sólo así se justificaría tomarse ese trabajo, cargar con las dificultades que implica construir y descifrar un lenguaje artificial. Pero ninguna de esas condiciones se ha dado hasta hoy, ni se ven perspectivas de llegar a ello, salvo para muy reducidos sectores del quehacer jurídico.

«La sustitución de palabras u otros elementos de la realidad por signos, es una abreviatura; o bien los signos no son representantes de otra cosa, sino que llevan adelante una vida propia. De ahí que las formalizaciones no deben ser consideradas sino desde el punto de vista de su oportunidad» (Struck, *Zur Theorie...* pág. 87). Ahora que, si se enfocan desde tal punto de vista precisamente, resulta que suelen ser más bien engañosas. «Según una opinión muy difundida, la formalización es para conseguir, por la precisión, un más fácil acuerdo acerca de significados. Pero mucho más a menudo es de observar que, por el contrario, la formalización hace indiscernibles significados distintos, y es [sólo así] que ella logra promover el [aparente] acuerdo» (*ibid.*). Por lo demás, si hacemos un paralelo entre lógica formal y lenguaje común, la comparación no resulta por fuerza desfavorable para el segundo, «pues éste dispone, justamente, de un número mucho mayor de signos y reglas. Cuando los elementos admitidos constituyen un repertorio pequeño [¡sólo entonces!] es fácil sujetarse a convenciones y, de esa manera, hablar en forma precisa. Pero este hecho se oculta a menudo, por la circunstancia de que extensos ámbitos de proposiciones son disimulados bajo unas fórmulas lógicas, pues ahí hay presupuestos que no se explicitan» (*ibid.*, pág. 90).

Wagner/Haag resumen (pág. 18) así las principales objeciones contra la aplicación del sofisticado juego de la lógica moderna al derecho: *a)* los cálculos lógicos construidos hasta el presente, no permiten una interpretación satisfactoria en el plano de lo normativo; *b)* para que el operar con un lenguaje formalizado tuviera sentido en el marco de una ciencia jurídica que esté orientada, como la actual, en función del lenguaje natural, sería indispensable disponer de una semántica jurídica que contuviese un juego completo de reglas para traducir enunciados del lenguaje natural -sea cotidiano o técnico- al formalizado; mas esto no existe ni siquiera en germen; *c)* los instrumentos de la

lógica moderna, dada la compleja exactitud sintáctica que caracteriza a las operaciones de un cálculo, no tiene sentido aplicarlos, sino con referencia a normas jurídicas que estuviesen conformadas de manera mucho menos vaga que la mayoría de las contenidas en nuestras leyes; la formalización se justifica sólo en el caso de que se dejen de lado los conceptos imprecisos, más muchas normas se formulan de manera tan vaga [conceptos jurídicos indeterminados, etc.] que permiten inferencias contradictorias; *d)* e incluso si los dos problemas anteriores *b)* y *c)* pudieran llegar a ser resueltos satisfactoriamente, subsistiría el de la subsunción jurídica, operación de la cual no es posible dar cuenta suficiente por unos análisis de índole lógico-formal; pues en esa subsunción entran a jugar los procedimientos interpretativos del derecho, los cuales no se agotan en inferencias formales, a partir de normas preestablecidas, sino que la utilización de dichos procedimientos depende en lo fundamental de otras razones, que son de tipo material (interpretaciones subjetiva y objetiva, balanza de valores y de bienes, evolución del contenido de las normas, etc.).

«Desde luego que los conceptos no aumentan en nada su precisión por el hecho de que eventualmente sean reconocidos como variables de objetos y designados mediante una minúscula en latín. Un concepto ambiguo no se hace unívoco por eso, y mediante su simbolización se logra sólo que sean fielmente incorporadas al cálculo las fuentes de error. Pero una vez que éstas han penetrado en el cálculo, entonces ya no sirve más, tampoco, el operar formalmente» (*ibid.*, pág. 21). Eso también lo puntualiza Dieter Horn. (*Studien zur Rolle der Logik bei der Anwendung des Gesetzes* [Estudios sobre el papel de la lógica en la aplicación de la ley], tesis presentada en la Facultad de Derecho de la Freie Universität de Berlín, 1962, pág. 105); en las disciplinas cuyo objeto es tratado en forma de cálculo, resulta que, aunque exista acuerdo acerca del empleo de ese cálculo en sí mismo, empero éste se interpreta allí de distintas maneras. Y, como señala Struck (*loc. cit.*, pág. 94), ni siquiera para el campo de la lógica tradicional se conocen criterios de carácter intersubjetivamente *controlable* en cuanto a sus conexiones con la esfera de la práctica, por lo menos para materias como el derecho.

Horn llama la atención, entre otras cosas, sobre el hecho de que la presentación de las leyes en un lenguaje artificial supondría que el contenido de éstas es sólo de tipo informativo. Lo cual es un error, porque ellas contienen también aspectos emotivos y de otras clases. Además, la aplicación de un cálculo al proceso judicial haría necesario conectar ese lenguaje artificial

con el lenguaje común en que se comprueban los hechos dilucidados en el proceso; cosa que, por tratarse de dos esferas lingüísticas completamente distintas, no es posible. Por otra parte, una aplicación de la lógica formal como sintaxis no cabe más que cuando son pocas las reglas de tal tipo que entran en juego, mientras que en el caso de las leyes ocurre todo lo contrario, pues éstas implican una muy amplia multiplicidad de conexiones sintácticas (Horn, *loc. cit.*, págs. 39 y sig., y 144).

En definitiva, para las posibilidades de formalización del lenguaje jurídico, al menos las actuales, es decisiva la siguiente comprobación: «Todas las propuestas que al autor le son conocidas, se limitan a... una lengua teorética donde quedan fijadas *simplemente* las relaciones sintácticas y [en el mejor de los casos] semánticas entre nociones jurídicas; faltan, en cambio, las reglas para realizar la *atribución* de objetos *observables* a los [tales] signos lingüísticos» (Hans Birnckmann, «Juristische Sprache und Umgangssprache. Vorüberlengungen zu einer Formalisierung der Rechtssprache» [Lenguaje jurídico y lenguaje común. Reflexiones preliminares para una formalización del lenguaje jurídico], en *Oeffentliche Verwaltung und Datenverarbeitung*, año 2, núm. 2, págs. 60-69, W. Kohlhammer, Stuagart, 1972; la cita está en la nota 31, pág. 67, y las cursivas son nuestras). «El calculador no puede hacer nada, no existe la computadora divina. Es una herramienta -como un cuchillo, por ejemplo- que, en consecuencia, sólo puede funcionar bien cuando es servida adecuadamente» (Dieter Horn, «Computer-Einsatz im Rechtswesen» [Intervención de la computadora en el sistema jurídico], en DSWR, Cuaderno 2/74, págs. 56-59, C. H. Beck, Munich, 1974; la cita está en la pág. 57). Y lo que pasa es que, por las razones dadas, no se ve cómo la computadora pueda, en la *práctica* del derecho, ser en realidad, «servida adecuadamente» y con ventaja sobre los (¡tan imperfectos!) procedimientos actuales. Por lo demás, tiene razón Gottlieb al llamar la atención sobre el hecho de que, por encima de toda otra cosa, «la decisión respecto al significado que tiene la palabra en el seno de la norma, *no es una simple decisión sobre usos lingüísticos*; es una decisión acerca de si la norma se aplica o no» (pág. 48, cursivas nuestras).

Teniendo en cuenta las observaciones recogidas, se llega a la conclusión de que, si alguna utilidad pueden ofrecer los análisis de tipo lógico-formal para entender realmente unas materias como el derecho, acaso sea que, por contraposición, la inconmensurable *in*suficiencia de esos exámenes contribuye a poner de manifiesto -como señala Struck (*op. cit.*, pág. 94)- la complejidad de argumentaciones reales, esto es, todo aquello que a

la lógica deóntica *no* le interesa. En efecto, lo que dichos análisis permiten apreciar, precisamente, es que la lógica formal NO SIRVE para dar cuenta de las razones DECISIVAS que determinan las resoluciones jurídicas. Y de ahí que, en el mejor de los casos, «el intento de presentación por medio de un cálculo indica que, en la práctica, todo es más complicado» (Struck, *ibid.*).

Sin embargo, pareciera que hay una contradicción en señalar, por un lado, que los cálculos constituyen un lenguaje demasiado complicado para las necesidades del jurista, y luego afirmar, por otro lado, que «en la práctica, todo es más complicado» que los juegos de la lógica deóntica. La contradicción sólo existe a primera vista. En efecto, la realidad del derecho, tanto la de sus discursos como la de las conductas sociales inspiradas en éstos, es muchísimo *más* complicada que cualquier cálculo. Por eso mismo, constituye una complicación vana, casi siempre, emplear como formulación adicional, a aquella otra, cualquier versión (necesariamente paupérrima) de la problemática jurídica en claves de lógica deóntica. Porque mediante ésta no se consigue hacer más sencilla, sino todo lo contrario, la solución de los problemas reales de que trata el discurso jurídico. Esta *nueva* complicación (lingüística) viene así a agregarse a las que ya de por sí presentan aquellos problemas, los hace (¡inútilmente!) más engorrosos de formular; o aún, lo que resulta todavía peor, también puede contribuir a disimularlos, al destacar ahí unas presentaciones -los jueguitos de esquemas- que justamente consisten en OMITIR todo lo que es VERDADERO objeto de discusión en el discurso jurídico de la vida real.

Si bien se mira, lo esencial al respecto había sido advertido ya en las primeras décadas del siglo por la escuela del derecho libre en Alemania y por los realistas usamericanos. Los autores de estas tendencias dirigieron su crítica sobre todo hacia la presunta mecanicidad lógica del *silogismo* judicial, pero esas observaciones son en sustancia aplicables asimismo al papel que a la lógica *formal* en general pueda caberle para el pensamiento jurídico real. Como dice Dewey (pág. 22 -es la cita ubicada en el acápite del presente punto-): «La dificultad reside en que, si bien el silogismo [y la lógica formal en general] expone los *resultados* [mejor dicho: cierto esqueleto de los resultados] del pensar, nada tiene que ver con la *operación* de pensar.» Vale la pena recoger algunas de las razones del sintético artículo de Dewey sobre el punto, pues lo que (por ejemplo) dice él, podría haber bastado, desde ya, para que nadie se llamase a engaño acerca de lo secundario que es el papel de la lógica formal en el derecho:

«De acuerdo con este modelo (el silogístico), cada conclusión

demostrativa o estrictamente lógica «subsume» un particular bajo un universal apropiado. Ello implica la existencia previa y ya dada de particulares y universales. Eso implica, pues, que para cada caso posible que pueda presentarse, hay a mano una regla fija antecedente; que el caso en cuestión es, ya sea uno simple y sin ambigüedad, o que él pueda ser resuelto mediante la inspección directa de una colección de hechos simples e indudables... De manera que esto tiende, cuando es aceptado, a producir y confirmar lo que el profesor Pound ha llamado jurisprudencia mecánica; ello halaga ese afán de seguridad de que hablaba el magistrado Holmes (...) [Pero, como dice] Holmes, ?Las proposiciones generales no deciden casos concretos". Ninguna proposición concreta, esto es, una cuyo material tenga fecha en el tiempo y esté ubicada en el espacio, se sigue de enunciados generales o de alguna conexión entre éstos» (pág. 22). «De hecho, los hombres no inician su pensamiento con premisas. Empiezan con algún caso [que se les presenta como] complicado y confuso, que aparentemente admite modos alternativos de ser tratado y solucionado. Las premisas emergen sólo gradualmente del análisis de la situación total. (...) [El] pensar parte realmente de una situación más o menos confusa, que es vaga y ambigua respecto a la conclusión que él indica[rá]; y [en él] la formación de ambas, la premisa mayor y la menor, se produce tentativa y correlativamente, en el proceso de analizar [en forma conjunta] esta situación y unas reglas previas» (pág. 23). Ahora bien, «los tribunales no sólo arriban a las decisiones; ellos las *exponen*, y la exposición debe presentarse como justificada mediante *razones*. Las operaciones mentales allí involucradas son algo distinto de las involucradas en arribar a una conclusión. La lógica de la exposición es diferente de la de la búsqueda y la investigación. En esta última, la situación, tal como existe, es más o menos dudosa, indeterminada y problemática en cuanto a lo que significa... (y además, allí,) el elemento personal [la personalidad individual propia de quien dicta la resolución] no puede ser excluido del todo» (pág. 24 -cursivas nuestras-).

A raíz de ello, Dewey entiende que, en realidad, «las sistematizaciones lógicas del derecho, en cualquier campo, sea el penal, el de los contratos o el de los daños civiles, con su reducción de una multitud de decisiones a unos pocos principios generales que son lógicamente consistentes entre sí, aunque ello pueda ser un fin en sí mismo para un estudiante en particular, en última instancia es algo que está [debería estar] sujeto a que económica y efectivamente se llegue a decisiones en casos particulares» (pág. 19). De ahí que, en definitiva, corresponde llegar a esta conclu-

sión: «O que la lógica debe ser abandonada; o que debe ser una lógica *relativa a las consecuencias antes bien que a los antecedentes*, una lógica [no formal] de predicción de probabilidades antes bien que una [formal] de deducción de certezas. (...) [Debiera] reconocerse que las reglas jurídicas generales y los principios son hipótesis de trabajo, que es necesario someter constantemente a contrastaciones (*be tested*) en función de la manera en que ellos [reglas y principios] logren acreditarse mediante su aplicación a situaciones concretas» (pág. 26); vale decir, deben controlarlos unos «tets» que están más allá de toda posibilidad de ser realmente guiados o verdaderamente sacados a la luz por esquemas como el del silogismo judicial y en general los de la lógica formal. [Cfr. también, en sentido similar, y con más detalle, las penetrantes observaciones de Frank sobre el carácter «*no* euclidiano» del pensamiento jurídico real: *Mr. Justice*...]

En fin, y con mayor razón aún que la matemática misma, la lógica formal bien puede ser definida como la ciencia en la cual nunca sabemos de qué estamos hablando, ni si lo que estamos diciendo es verdad («Mathematics may be defined as the science in which we never know what we are talking about nor whether what we are talking about is true», dice Bertrand Russell [transcrito por Frank, *loc. cit.*, pág. 275]). Pues, como señala Frank (*Law.... pág. 72*), «la lógica formal es lo que su nombre indica; ella se ocupa de la forma, no de la sustancia. El silogismo no proporcionará ni la premisa mayor ni la premisa menor. El «comodín» (*joker*) hay que hallarlo en la selección de estas premisas. Para la gran tendencia de los casos que se presentan ante los tribunales, la selección de los principios y la determinación de si los hechos se expondrán en términos de una u otra premisa menor, son la principal tarea a realizar. Estas son tareas difíciles, llenas de azares e incertidumbres, pero los azares y las incertidumbres son ordinariamente disimulados por el voluble uso de la lógica formal. La práctica de ocultar el real trabajo que se debe llevar a cabo al pensar -ocultárselo no sólo a los demás, sino ante el propio pensador-...» Tenía razón el juez alemán J. G. Gmelin al decir, ya en 1910, que «pareciera ser un secreto a voces, el [hecho] de que en la mayoría de los casos podemos apoyar a [cualquiera de] las dos partes de una controversia, mediante deducciones y construcciones extraídas de la regla [jurídica] con lógica impecable» (transcrito por Frank, *op. cit.*, pág. 304). Y Frank llega a esta conclusión: «Si no puede haber nada similar a una completa determinación (*definiteness*) en las ciencias naturales, seguramente es absurdo esperar la realización, aunque fuere aproximada, de certeza y predictibilidad en el de-

recho, siendo que él se ocupa de los caprichos (*vagaries*) de complicados ajustamientos humanos» (*op. cit.*, págs. 7-8). [Cfr. además en el libro de Frank, págs. 72 y sigs., la crítica general de F. C. S. Schiller al «ideal de perfección de la lógica formal» -la cita de este autor ubicada en el acápite del presente punto está en la pág. 73-. Vid. también las observaciones de Vaz Ferreira sobre las «cuestiones de grado» (*supra*, luego de la nota 34) y la «falsa precisión» (cfr. esp. su capítulo titulado: «La falsa precisión»); también Holmes, por su parte, había hablado ya de una «delusive exactriess», etc. (cfr. Frank, pág. 226).]

* * *

Por todo lo expuesto no es de extrañar que ninguna de las modernas presentaciones lógico-formales -esas sutiles fórmulas sobre las que discuten los aficionados a la lógica deóntica- haya mostrado utilidad como guía para el pensamiento de los juristas y en general de quienes efectúan razonamientos morales o políticos. No se trata, en eso, de algo que pudiera depender sencillamente de la voluntad de los operadores del derecho o de las presiones sociales a que éstos se hallen sometidos. Con independencia de cualquier otro tipo de razones, es el simple hecho de que no se ve *cómo*, aunque quisieran hacerlo, esos operadores pudieran encontrar en aquellas fórmulas alguna pista para resolver los problemas *prácticos*; de éstos, ni quiere ni puede ocuparse la lógica deóntica.

Empero, más allá de su innegable superfluidad respecto a hacer más precisos y más controlables los discursos reales de dichos campos, no puede negarse que, desde el punto de vista *interno* de los intereses de la lógica *formal* para sí misma, la deóntica constituye una esfera de estudios legítima, como cualquier otra. Desde luego, no es indispensable medir el valor de una ciencia por su utilidad, ni siquiera por aquella de entender cómo se piensa realmente en tal o cual disciplina relativa a la conducta humana. Como el ajedrez, por ejemplo, la lógica deóntica puede justificarse como un juego más del intelecto: ¿por qué no? Para los aficionados a los lenguajes artificiales, en especial, las sutilezas de los deonticistas pueden revestir, por su innegable escrupulosidad y detallismo, un interés propio. Claro que, hoy por hoy, nadie razonará mejor ni peor por la circunstancia de conocer o desconocer tales fórmulas; mas tampoco es justo olvidar que la deóntica está apenas en sus comienzos, y... ¡nunca se sabe! (tal vez dentro de algunos siglos el asunto pueda tener otra trascendencia).

En conclusión. -Aunque superflua, tanto para la comprensión como para la resolución de las cuestiones jurídicas vivientes, la deóntica es un campo de investigaciones legítimo para los que se interesan en ciertas cuestiones teoréticas de la lógica normativa meramente formal, esto es, para quienes consideren interesante hacer abstracción de los problemas candentes que *hic et nunc* conlleva el razonamiento *práctico* de los juristas. Ella sirve, en cuanto al derecho, como paradigma de una *racionalidad* que, sin perjuicio de ser ciertamente tal (de acuerdo con la definición dada: *supra*, a la altura de la nota 13), empero poco o nada está en condiciones de aportar ni para la práctica ni para la comprensión del razonamiento jurídico viviente. Una prueba, pues, de que no *cualquier* racionalidad ha de servir para MEJORAR el discurso del derecho. La lógica deóntica es, si se quiere, *una* «ciencia» del derecho, pero ciencia vana.

Referencias. -Para críticas más detalladas, cfr.: Frank (*Mr...*); E. P. Haba, «Apuntes sobre el lenguaje jurídico (II): El problema de la precisión», en *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 38 (mayo-agosto 1979), págs. 225-317, Universidad de Costa Rica-Facultad de Derecho/Colegio de Abogados, San José, vid. allí los §§ 19-22; Horn, *Studien...*, *op. cit. supra*; Struck, *Zur Theorie...*, cap. 5. 1; Wagner/ Haag, esp. su núm. 1.5. Lo vana que es la lógica deóntica queda bien ilustrado mediante los ejemplos que se examinan en: Haba, *loc. cit.*, pág. 270; y Atienza (*Introducción...*), págs. 334-337 (donde, después de parafrasear en esquemas de lógica formal dos argumentaciones para un caso presentado ante el Tribunal Constitucional español, el autor concluye que, al fin de cuentas, allí «la validez del razonamiento depende de que se acepten las premisas en que se basa, que son todas aquellas líneas *no justificadas* por una regla de transformación... (pues) siempre que se trata de casos jurídicos *difíciles* y no de cuestiones simplemente rutinarias, *lo que tiene importancia no es tanto el proceso deductivo en sí* como el proceso de *elección* de las premisas, es decir, de *interpretación* de las normas y de los hechos en un determinado sentido más bien que en el otro» -pág. 337, las cursivas no son del original-). Para el concepto de lógica deóntica, y particularmente sobre la diferencia entre ésta tomada en sentido estricto y la lógica de las normas, vid.: Georges Kalinowski, *Lógica de las normas y lógica deóntica. Posibilidad y relaciones*, trad. de Roque Carrión Wam, Cuadernos de Metodología y Filosofía del Derecho núm. 1, Universidad de Carabobo-Oficina Latinoamericana de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Valencia (Venezuela), 1978; se puede cfr. también mi reseña sobre esta publicación, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 38, págs. 384-386.

2

En Europa se ha ido imponiendo cada vez más la convicción de que el pensamiento de los juristas no responde a una lógica de tipo deductivo, al ideal del silogismo judicial y de la *Begriffsjurisprudenz*, sino que aquél se maneja con líneas mucho más elásticas. Aunque tendencias semejantes aparecían ya en posiciones como la de la Escuela del Derecho Libre y el realismo escandinavo o usamericano, es sobre todo luego de la segunda guerra mundial cuando pasan a ser dominantes en la Filosofía y la Teoría General del Derecho. Entre los portavoces más destacados de tal giro estuvieron desde el comienzo, junto al impacto causado por el clásico estudio de Vichweg sobre Tópica y Jurisprudencia, los escritos de Chaim Perelman, fundador y principal figura de la llamada Escuela de Bruselas. Entre sus numerosas (y no poco reiterativas) publicaciones que se ocupan del razonamiento jurídico, destaca, por la amplitud con que allí expone sus puntos de vista sobre dicha temática, la obra titulada: *Logique juridique*, *Nouvelle rhétorique*. La tomo como base para efectuar algunos comentarios sobre la posición del autor (e, indirectamente, de otros que adoptan criterios parecidos: *supra*, a la altura de las notas 29, 30 y d).

Según Perelman, los métodos que se ponen en práctica en el derecho corresponden a las técnicas de pensamiento propias de lo que él llama la «nouvelle rehétorique», inspirada en formas de pensamiento que Aristóteles estudió en los *Tópicos*, las *Refutaciones sofísticas* y la *Retórica*. Tal, y no el de carácter deductivo, es el tipo de razonamientos del jurista. Este maneja cotidianamente un repertorio de figuras argumentales.

La idea en que Perelman insiste sobre todo, es que corresponde aceptar y sacar todas las consecuencias de la distinción, que es fundamental, entre dos campos de razonamientos: el de lo lógico-formal y el de lo que Aristóteles llamó «silogismos *dialécticos*». Son estos últimos los principales cuando se trata de razonamientos prácticos: moral, política, derecho, etc. Dichos razonamientos son «relativos, no a las demostraciones científicas, sino a las deliberaciones y controversias. Se refieren a los medios de persuadir y convencer mediante el discurso, de criticar las tesis del adversario, de defender y justificar las propias, con ayuda de argumentos más o menos fuertes» (núm. 2, *in limine*, pág. 2). En definitiva, la lógica judicial se presenta, pues, «no como

una lógica formal, sino como una argumentación que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión, y de la idea que ellos se hacen del derecho y de su funcionamiento en la sociedad» (núm. 98, *in fine*, pág. 177). [Las págs. son de la ed. original.]

El razonamiento jurídico, por pertenecer a dicha forma de pensamiento, «sólo muy raramente podrá ser considerado como *correcto* o *incorrecto* de una manera, por así decirlo, impersonal». O sea, que el jurista, al decidir, deberá hacerse cargo de sus «responsabilidades», efectuar una «apreciación del valor de esas razones -que sólo muy raramente pueden ser reducidas a un cálculo, pesaje o medida-, que pueden diferir de un individuo a otro, lo cual destaca el carácter personal de la decisión tomada» (núm. 6, *in fine*, pág. 6). Sin embargo, ello no significa que se trate de unos razonamientos arbitrarios, como lo pretenden filósofos positivistas, esclavos de una concepción cientificista al respecto. El escepticismo de éstos conduce, en definitiva, a «abandonar a los factores irracionales, y al fin de cuentas a la fuerza y la violencia, individual o colectiva, la solución de los conflictos que conciernen a la práctica» (núm. 56, un poco después de la nota 8, pág. 113); mas no es indispensable aceptar tales conclusiones. Por el contrario, hay que entender que también lo *razonable* («elección razonable», «decisión razonable», «acción razonable»), lo que se refiere a juicios de valor, puede y debe ser objeto de una discusión y de fundamentación racional, aunque ésta no ostente, por cierto, la rigidez del razonamiento deductivo.

Tal camino, «el recurso a los razonamientos *dialécticos*, *retóricos*, se impone en ausencia de técnicas unánimemente admitidas» para resolver los problemas prácticos. Lo peculiar de esos razonamientos es que «están dirigidos a establecer un *acuerdo* sobre valores y su aplicación, cuando éstos son objeto de una controversia. (...) La noción de acuerdo resulta fundamental cuando los medios de prueba están ausentes o son insuficientes, y sobre todo cuando el objeto del debate no es la verdad de una proposición sino el valor de una decisión, de una elección, de una acción, consideradas como justas, equitativas, razonables, oportunas, honorables, o conformes al derecho» (núm. 50 *in fine*, pág. 102). La pregunta que se plantea, entonces, es cómo lograr ese acuerdo. La respuesta de la *nouvelle rhétorique* es que ello se alcanza a través de la «argumentación», esto es, mediante «técnicas discursivas tendentes a provocar o acrecentar la adhesión de los espíritus [auditorio] a las tesis que les son presentadas para su asentimiento» (núm. 51 *in limine*, pág. 105; cfr. también *supra*, nota f).

Hasta aquí, algunas de las ideas centrales de Perelman. Nadie podrá negar que el examen que este autor nos ofrece acerca del pensamiento de los juristas se halla respaldado por una rica cantidad de ejemplos tomados de la *praxis* misma de los tribunales, del razonamiento jurídico tal y como suelen llevarlo a cabo, o por lo menos presentarlo, los jueces. Pero tal vez las cosas sean, en realidad, menos llanas de lo que este autor nos da a entender.

Por lo pronto, hay que llamar la atención sobre el hecho de que la descripción que Perelman nos presenta, es *más* que simplemente eso: ella contiene cierta *apologética*, aunque sea velada, del estado de cosas que nos señala (vid. *supra*, nota d). Así, da por sentado que el pensamiento jurídico es -¡y será!- siempre, *por esencia*, rebelde a la introducción de métodos propiamente científicos; y ahí echa en un mismo saco, sin más, los de la lógica formal con los de las ciencias empíricas en general. Sobre todo en cuanto a estas últimas, empero, de ninguna manera es indiscutible que no se pueda llegar a incorporarlas en el campo de las llamadas ciencias del espíritu; la sociología, por ejemplo, nos ofrece ejemplos patentes de lo contrario. Que métodos análogos puedan o no llegar a ocupar también un sitio de primordial importancia en la esfera del pensamiento jurídico, no es cosa que se siga de alguna «esencia» (supra, o extracientífica) del derecho, sino que se trata de una pregunta abierta al futuro, tanto por lo que hace a la elaboración o adaptación de dichos métodos, como a la voluntad misma de los juristas para emplearlos llegado el caso. Puesto que Perelman ni siquiera plantea esta posibilidad, no discute sus condiciones teoréticas ni tampoco sus obstáculos político-sociales, la descripción -decididamente acrítica- que él presenta del quehacer jurídico funge, por tal unilateralidad, como una justificación (ideología) del tradicionalismo en la metodología de los juristas.

No es convincente su afirmación de que, salvo si se acepta un camino como el señalado por la *nouvelle rhétorique*, no quedaría otra salida, para los juicios prácticos, que dejarlos librados a la irracionalidad pura y simple. El problema no reside -pienso- en decidir si le hemos de *llamar*, o no, «razonables» a las fundamentaciones del tipo que señala Perelman, sino que lo interesante es averiguar qué *garantías* estarían ellas en condiciones de brindarnos para que, por dichas vías, se obtengan unas conclusiones *menos* azarosas que las calificadas de irracionales (*supra*, nota 36). Sea como sea, lo cierto es que tales «garantías» estarán dadas en medida muchísimo mayor si, en cambio, conseguimos remitirnos a regularidades de orden científico-empírico, no a unos meros juicios de valor, para determinar las condi-

ciones de validez de dichos razonamientos (cfr. *supra*, a la altura de la nota h y el texto de ésta). Las diferencias en cuanto al camino que se elija, importan -¡y mucho!- en el plano *heurístico*. Porque el llamarse a conformidad con una «argumentación», y cubrirla mediante el prestigio de la palabra «razonable», no significa tanto un esfuerzo que apunte contra el irracionalismo, sino antes bien un arma dirigida contra la introducción de métodos de las *ciencias* sociales en el campo de los razonamientos prácticos. Se trata, en definitiva, de una «estrategia de inmunización» (Albert) para defender la permanencia de un pensamiento de carácter pre-científico, tradicional, en ese terreno.

Ello tiene que ver, por lo demás, con cierta indefinición en que nuestro autor deja lo que se refiere a las relaciones entre retórica y verdad. Por un lado, nos dice que «lo que distingue a la retórica de la lógica formal o inclusive de las ciencias positivas, es que *aquella no concierne tanto a la verdad como a la adhesión*» (núm. 51 *in fine*, pág. 107); por el otro, señala que sólo «en ciertos casos, que por cierto son excepcionales, se dará preferencia (en la argumentación) a otros valores que la verdad» (núm. 57 *in limine*, pág. 116). Y de su exposición tampoco se sigue con nitidez si el único (y suficiente) o principal criterio de verdad respecto a un razonamiento práctico sería la adhesión que le preste un auditorio; o si, en cambio, la calificación del auditorio mismo haya de medirse en función de parámetros de la verdad que lo trascienden (¿sería tal cosa, algo así como una idea en sentido kantiano, el «auditorio universal»?: cfr. núm. 52). Sea como fuere, lo cierto es que sólo la primera de estas dos posibilidades resultará el criterio que se imponga en la práctica si se acepta el ideal pragmático de la *nouvelle rhétorique*. Basta con que el auditorio de juristas esté integrado (como es corriente) por personas poco versadas en métodos científicos propiamente dichos, para que así queden legitimadas, sin posibilidades de apelación ante otras instancias del conocimiento, las formas tradicionales de pensar que dominan en el discurso jurídico. También por este lado, pues, la posición de Perelman se revela como una defensa del pensamiento poco científico para el derecho, una ideología de lo razonable contra lo racional.

Referencias.- En la lista de la *Literatura escogida* (*supra*) se indica la traducción al castellano del libro de Perelman comentado, pero mis citas aquí las he tomado del texto original y traducido por mi cuenta. Para una crítica que, aunque no se refiere especialmente a Perelman, va en el mismo sentido (y es más amplia) que la presente, vid. mi artículo *Rationalität der Autoritäten...*

3

El término *dialéctica* tiene, en la tradición del pensamiento filosófico, dos grandes vertientes: la más antigua es la que se remonta a Sócrates, Platón y sobre todo, si consideramos su recepción en el pensamiento actual, a Aristóteles; la otra, más moderna, tiene su eje principal en ideas de Hegel. Ambas se ven a sí mismas, cada una por su lado, como unos caminos «racionales» o «razonables» para guiar el conocimiento humano. En el número anterior y en el próximo se examinan unas posiciones que reconocen su afinidad con la dialéctica aristotélica. En el presente apartado, en cambio, se ofrecen algunas observaciones sobre la dialéctica de tipo hegeliano, para lo cual tomo como base la docta exposición de Wolfgang Röd: *La filosofía dialéctica moderna*, Eunsa, Pamplona, 1977, trad. de Juan Cruz Cruz.

«Los filósofos dialécticos de distintas direcciones pretenden haber construido o por lo menos poder construir una lógica, una metodología y una ontología dialécticas o una teoría dialéctica de la praxis, en competencia con los métodos tradicionales de la ciencia y con la ontología tradicional» (pág. 43). Quiere decir que la dialéctica se manifiesta desde tres grandes caras: como ontología, como método y como lógica, como estructura de la experiencia (págs. 44 y sigs.). Y estos ámbitos aparecen entrelazados, allí, por la idea central de que aquello que será calificado -en el plano que fuere- como «dialéctica», siempre está constituido por «una relación existente entre dos [o más] momentos de una totalidad que se condicionan recíprocamente entre sí, donde la totalidad es determinada por la relación entre los momentos y a la vez los momentos están condicionados por la totalidad» (pág. 47). Pensadores muy variados calzan dentro de esta tendencia general: Kant, Hegel y Marx son, tal vez, los principales; también cuentan Fichte, Schelling, Schleiermacher, Engels, Lenin, Croce, Lukács, Sartre, Marcuse, Adorno, Markovic, etc.

En cuanto al *método* dialéctico, Röd llega a la conclusión de que, al fin de cuentas, se distingue poco o nada de los métodos científicos en general, por lo que hace a las explicaciones *mismas* de los hechos. Lo peculiar sería, simplemente, la manera en que éstos son *interpretados* por parte de los dialécticos, quienes los toman como manifestaciones de cierto «esencialismo dinámico», como lo llama Röd (pág. 431). «Siempre que los representantes del método dialéctico formulan determinadas explicaciones para

los hechos, su procedimiento no se diferencia del de los demás científicos. Esto está claro tanto en Hegel como en Marx. Sólo en la interpretación ontológica aparece la diferencia entre la concepción dialéctica y la no-dialéctica. Esta última puede ser, como la dialéctica, esencialista e incluir el supuesto de la constancia de las esencias; o puede no ser esencialista, como la concepción empirista del método analítico» (*ibid.*). En fin: sea o no que aceptemos enteramente dicha conclusión, creo que Röd ha dado en el centro del asunto cuando destaca que las tesis básicas de los dialécticos constituyen, en definitiva, «una suposición metafísica» (pág. 430), una *manera* más de «interpretar» la realidad. Hasta aquí, Röd. Agregaré unas acotaciones por mi cuenta.

Lo cierto es que *todas* las maneras de «interpretar» la realidad constituyen, de uno u otro modo, tesis que son de tipo «metafísico», cuando se trata de las *bases* últimas para una forma de comprender el mundo. Por lo demás, éstas no suelen alcanzar suficiente intersubjetividad -la «fuerte» (*supra*, luego de la nota 32)- como para integrar el cuerpo *mismo* de las ciencias, sino que este *corpus* puede ser entendido y puesto en práctica de un mismo modo, intersubjetivamente, por científicos de esa disciplina que entre sí discrepen en cuanto a tales interpretaciones. En ese plano, la dialéctica no es ni más ni menos «metafísica» o «filosófica» que cualquier otra *Weltanschauung*.

Hay dos cuestiones que convendría distinguir respecto al alcance de la dialéctica: por un lado, su o sus tesis metafísicas; por el otro, las consecuencias que de ello se sacan, o se podrían sacar, sobre la metodología-y las conclusiones prácticas de las ciencias. Desde el segundo ángulo, que es el que acá nos interesa, la posición de los dialécticos no cobra concreción sino allí donde ellos estén en condiciones de señalar tres cosas: qué conocimientos de la ciencia corriente son *falsos* (¡no más o menos limitados, simplemente!), cómo esa falsedad se conseguirá acreditarla por *vías intersubjetivas* (esto es, con independencia en la fe en unas controversiales tesis metafísicas), y cuáles son los conocimientos específicos (¡intersubjetivos!) llamados a *sustituir* a aquellos otros. Pero es muy difícil, si no imposible, hallar respuesta precisa a estas cuestiones en los estudios de dicha tendencia.

Lo que en tales estudios se encuentra son más bien, además de las tesis metafísicas mismas, algunas otras cosas. A veces, sugestivas hipótesis sobre aspectos importantes de la realidad: observaciones cuya verificación o falsación no está todavía al alcance, sea en todo o en parte, de una prueba por métodos intersubjetivos. Esa clase de «intuiciones» o «corazonadas» pue-

de ofrecer, en su caso, un no desechable valor *heurístico*; con frecuencia brinda respuestas tentativas que tienen una plausibilidad y en cierta forma iluminan, mientras no lleguen a ser refutadas por las ciencias (cosa que también puede suceder), áreas de interés para las cuales las disciplinas científicas aún no proporcionan conocimientos suficientes. Mas también, por otro lado, la dialéctica ha servido y sirve, merced a las oscuridades y la vaguedad propias de su vocabulario básico, como «ideología» en la propaganda política; o sea, para disimular cosas incómodas, ya sea del *statu quo* o de proyectos para cambiarlo, y en general para presentar visiones mitificadas de la dinámica social. Este es el caso, sobre todo, del marxismo vulgar, que bajo el nombre de «marxismo-leninismo» funciona como ideología en favor o en contra del *statu quo*, según cuáles sean las clases dominantes del país en que se la utiliza como escudo propagandístico (esto es: en contra cuando los dirigentes leninistas-estalinistas luchan por llegar a ser tales clases, a favor cuando son ellos mismos quienes detentan los privilegios del poder).

Esa ambigüedad esencial de la dialéctica -ambigüedad como lenguaje (sugestivo pero impreciso), ambigüedad como trampolín heurístico (a medio camino entre la poesía y la ciencia), ambigüedad como ideología (de izquierda en los países capitalistas, de derecha en los Estados que se proclaman socialistas)- hace que todo juicio global acerca de ella resulte unilateral. Por lo demás, sobre quien no comulgue con sus presupuestos metafísicos y con su terminología, es inevitable que recaiga la acusación de no haber «comprendido». Y, a decir verdad, esta sospecha puede tener su grano de acierto; por tratarse de un lenguaje que no tiene la intersubjetividad del de las ciencias, y ni siquiera la del habla cotidiana, siempre es posible que, en efecto, el dialéctico nos esté diciendo algo que no hemos alcanzado a descifrar, algo para lo cual carecemos del «sexto sentido» indispensable (ese que *sólo* los dialécticos poseen).

La dialéctica viene a ser, para sus cultores y para quienes depositan su fe en éstos, algo así como un logos universal y, a la vez, también el «Sésamo-ábrete» para aprehender las conformaciones en que ese *logos* se hace carne al moldear toda clase de realidades. Sea como sea, los conocimientos «dialécticos» constituyen -en la medida en que no coincidan simplemente con los de las ciencias estándar, ni sean susceptibles de presentación en lenguaje laico- una forma de aprehender las cosas que, verdadera o no, escapa a la posibilidad de controles intersubjetivos. Está más allá, o más acá, de una discusión racional con no-dialécticos; sobre todo, no hay manera de someterla a los rigores

del método científico. No obstante, es innegable que el mundo de la «dialéctica» regala, a quien consigue penetrar en él, toda la fascinación de un tejido lingüístico propio, un universo de sugerencias que se abre al conjuro de la familiaridad con ese lenguaje. ¡Y hasta puede ofrecerlas para algunos de los que, como el autor de este comentario, no depositan mayor fe en tal lenguaje... ¡La dialéctica de inspiración hegeliana es, si hacemos abstracción de sus funciones «ideológicas», una *façon de parler* que, junto a otras, es capaz de dar lugar a interesantes inquietudes en el campo de lo razonable, siempre y cuando no pretenda reivindicar para sí el lugar propio de la racionalidad científica o subordinarla a mitologías. Tomadas con tales precauciones, las observaciones «dialécticas» pueden servir, heurísticamente, como una antesala o un suplemento del discurso científico propiamente dicho, y acaso hasta para prevenir las unilateralidades o simplificaciones que caracterizan a las malcomprensiones «cientificistas» sobre los verdaderos alcances prácticos de dicho discurso.

Referencias.- La crítica metodológica con respecto a la dialéctica hegeliana, sobre su papel como «estrategia de inmunización» y como arma de ataque-defensa contra cualquier tesis contraria a las sostenidas por sus partidarios, ha sido llevada a cabo sobre todo por autores que responden a la orientación del *racionalismo crítico*: Popper, Albert, Topitsch, etc.

4

Racionalidad y método, si bien son los medios más fiables de que disponemos para nuestro conocimiento del mundo, no están libres de limitaciones. Sin embargo, hoy lo más común es, tanto entre legos como también por parte de los propios científicos, pasar por alto esos límites, imaginarse que la ciencia ha de tener a mano alguna respuesta para *todo* y que puede ofrecer *soluciones* para todo, ya sea ahora mismo o más adelante. De esa ingenua fe provienen las doctrinas «cientificistas» respecto a distintos sectores del actuar humano, incluso para el derecho (*supra*, a la altura de la nota *l*), las cuales consisten esencialmente en hipostasiar los alcances reales que tienen o pueden tener las conclusiones asentadas en los métodos de las ciencias naturales y de la lógica formal.

Contra esa básica ingenuidad de los cientificistas, que no lo es menos por el hecho de que a menudo aparece escudada tras un sofisticado lenguaje técnico (p. ej., cfr. *supra*: punto l), no han dejado de levantarse las voces de pensadores que responden

a distintas orientaciones. Ahora bien: para unos, las limitaciones del conocimiento científico, inclusive el hecho de que la ciencia tenga como presupuesto ciertas primeras bases que inevitablemente son «metafísicas», empero no significa que exista alguna especie de saberes superiores a los de ella; simplemente quiere decir que siempre aquel es más o menos incompleto y perfectible, y también que su aplicación práctica depende de condiciones sociales frente a las cuales la ciencia no tiene más que un poder relativo -tal la posición del racionalismo crítico (cfr. la cita de Albert: *supra*, poco después de la nota *k*)-. Para otros, en cambio, habría unas instancias del pensamiento -sean las que fueren: fe, intuición, dialéctica, etc.- capaces de llegar más a fondo que la racionalidad metódica, y las cuales, por tanto, estarían en condiciones de acercarnos a conocimientos que sobrepasan a los de las ciencias corrientes.

Quienes piensan de esta última manera, es cierto que han logrado advertir, a diferencia de los cientificistas, que la ciencia no contesta a muchas cosas que son fundamentales para nuestra vida, pero aquellos, ubicándose propiamente en el extremo opuesto a la posición de éstos (lo que no llega a hacer, por ejemplo, el racionalismo crítico), en cambio postulan que hay *otros* recursos del espíritu humano, extra-científicos o hasta supra-científicos, por medio de los cuales sí pueden saberse esas cosas. Según tal posición, a la que muchos acusan de irracionalista y anticientífica, la ciencia y sus métodos no son sino una forma *secundaria* de saber, la cual no tiene más que un valor práctico instrumental. Consideran que ella es simplemente útil, o más bien utilitaria. Piensan que la ciencia no alcanza a aprehender la *verdad* propiamente dicha, se queda siempre más acá del conocimiento en profundidad de las cosas, se contenta simplemente con *manejarlas*. En años recientes, acaso la versión más resonante de este (viejo) punto de vista ha sido la *hermenéutica filosófica*, así denominada por Hans-Georg Gadamer en su obra fundamental, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*; vid. además Apel *et. al.*, *Hermeneutik und Ideologiekritik*.

La versión original de esta obra data de 1960. Pero fue sobre todo a partir de su segunda edición (1965) que la discusión en torno a los alcances de la «hermenéutica» como dimensión básica, «universal», del entendimiento humano -idea central del libro- alcanzó su mayor énfasis en Alemania. Ese impacto se explica, porque las tesis del autor, aunque no demasiado novedosas en cuanto a lo esencial (principales antecedentes: Dilthey, Graf Yorck, Lipps Hans, más sobre todo Heidegger y Bult-

mann), llegan para prolongar y reafirmar el anticientificismo heideggeriano cuando éste había ido perdiendo actualidad. Gadamer renueva y desarrolla tales tesis en un lenguaje de poderosa riqueza sugestiva, que además es bastante menos hermético que el de Heidegger. La elegante prosa en que así lo hace, vuelve una y otra vez -tanto en la exposición (y discusión) de antecedentes de ese pensamiento en la historia de la filosofía, como también desde ángulos generales: la «verdad» estética, la «verdad» del comprender (*Verstehen*) como posición básica universal del espíritu humano, la «verdad» del lenguaje- sobre algunas nociones claves; las va retornando en paráfrasis y desenvolvimientos sucesivos, que enhebra en una terminología cuyo colorido plástico toma el lugar que para otros pensadores ocupa el afán por alcanzar rigor en los delineamientos lógico-conceptuales.

Ahora bien, que el impacto de dicha obra dependa tanto de la forma lingüística en que el autor nos presenta sus ideas, o tal vez sería mejor decir sus imágenes, hace que sea muy difícil alcanzar efecto similar al pasarla a otro idioma. La versión castellana topa con esa dificultad, precisamente. Allí, si bien los traductores vierten con honestidad el contenido *conceptual* del libro, pues han traducido con esmero (erratas aparte) las *ideas* de Gadamer -aunque pueda resultar dudoso el acierto del equivalente utilizado en castellano para ciertos giros o metáforas-, el «élan» del original no alcanza a percibirse. Pero, si se quiere, tal vez eso pueda representar hasta una ventaja para el lector de la traducción, ya que éste, al estar ahí menos sometido a la «seducción» que emana de la prosa del propio Gadamer, acaso logre percibir más directamente de qué se trata *en el fondo*, si así puede decirse. Sea como sea, lo cierto es que la falta de vuelo del texto español, su frialdad, hace que ahí la obra no está en condiciones de *llegarle* al lector en condiciones similares a lo que ella puede significar para el de habla alemana. Quedó por el camino el poder de *sugestión*. Y como quiera que, según creo, buena parte del interés de la obra se ubica justamente en este último plano, tenemos algo así como el argumento de la novela, pero no la novela misma.

Hecha esa advertencia, voy a referirme, de todos modos, a dos conclusiones esenciales del «argumento»: *a)* que nuestro conocimiento es siempre tributario de «pre-juicios» (*Vorurteile*), aquellos que a nuestro pensamiento incorpora la tradición mediante el lenguaje que utilizamos, y de los cuales en gran medida no alcanzamos a ser conscientes; *b)* que sólo el *Verstehen* (comprender) -que es «hermenéutico»- brinda el conocimiento de

unas auténticas «verdades», y no así el método científico, pues únicamente el primero, no el segundo, es la condición «universal» de nuestras maneras de aprehender cualesquiera tipos de cosas -y hasta las ciencias dependen, en su base, de tal condición-. Dicho de otra manera, en nuestra terminología, eso significa que lo racional (método, ciencia) no sólo depende de lo no-racional (precomprensiones, *Verstehen*), sino que esto último es inclusive un medio *superior* a aquel para tomar contacto con la «verdad». De acuerdo con esta tesis, método (científico) y verdad son, en definitiva, dos extremos que se excluyen entre sí, o sea, que el nivel más alto a que puede aspirar el conocimiento humano se logra precisamente por unas vías que NO son las utilizadas por las ciencias. Por eso, Gadamer llega a ver el discurso jurídico tradicional como todo un «ejemplo» a seguir (*supra*, nota, *d*), contrariamente a lo que surge del estudio presentado aquí. Vale la pena, pues, examinar un poco más de cerca esas dos conclusiones.

Un análisis elemental basta para advertir, por lo pronto, que ambas no están ubicadas en el mismo plano. La primera, *a)* es, si lo expreso de manera laica, una afirmación de orden psicológico y sociológico, una tesis avalorativa con alcance epistemológico general. La segunda, *b)*, en cambio, constituye sobre todo una afirmación de carácter valorativo; ella se vale del efecto emocionalizante del término «verdad», recurriendo a una definición persuasiva (Stevenson) del sentido de esta palabra, para promover un punto de vista apologético respecto a algunas clases entre los fenómenos de conciencia (arte, filosofía, «ciencias del espíritu» tradicionales, etc.) y así prevenir la posibilidad de someterlas a, o de criticarlas en nombre de, métodos científicos en sentido estricto -es una «estrategia de inmunización» (Albert) ante tales críticas.

En cuanto a *a)*, Gadamer subraya que, a diferencia de lo que pensó la Ilustración, no todo pre-juicio (*Vorurteil*) es condenable, en cuanto opinión anticipada y tradicionalmente recibida sin cuestionamiento. Tradición y autoridad no son de por sí cosa desechable, tienen una valiosa función productiva como elementos activos del conocer. Y además, aquellos son también corregibles hasta cierto punto, pues aunque es imposible dejarlos de lado globalmente, sí existe la posibilidad de ir llegando a «distinguir los prejuicios *verdaderos* bajo los cuales comprendemos, de los prejuicios *falsos* que producen los malentendidos» (pág. 369 de la trad.).

Lo que Gadamer no nos aclara, es *cómo* se logra ese progreso y por qué medios específicos podría ser comprobado inequí-

vocamente. La tesis *a)*, formulada de una manera tan general, vale decir, que nuestro conocimiento depende de precomprensiones que nos son infiltradas por las tradiciones culturales dominantes, me parece difícil que encuentre objeciones fundamentales por parte de pensadores actuales, sean de la dirección filosófica que fuere. El verdadero problema, empero, es el siguiente; ¿cómo hacer para tomar conciencia de nuestros prejuicios, aunque sea en cierta medida?; y sobre todo, ¿mediante qué *criterios* distinguiremos los prejuicios «buenos» de los «malos», supuesto que todo esto no sea una cuestión que dependa simplemente del gusto de cada sujeto?

Lo que los métodos científicos tratan de proporcionar, es el empleo de pautas *intersubjetivas* para proceder a tal deslinde, esto es, para fundamentar y controlar lo que sea afirmado con base en ellos. Gadamer, por su lado, en vez de este tipo de controles, nos propone como principio el buscar unas experiencias «auténticas» para zanjar dicha cuestión. Lo menos que puede decirse es que este es un «criterio» -para llamarlo de algún modo- bastante vago. No veo cómo pueda servir para dilucidar controversias entre ideologías que proclaman, *todas* ellas, ser quienes detentan la «verdad» (y esto en función, justamente, de *no* admitir que sus «verdades» sean controladas por métodos científicos).

En cuanto a *b)*, se trata de una tesis que no es susceptible de ser sometida realmente a discusión. Es más bien una cuestión de fe, por no decir de gustos. Significa una especie de hipótesis metafísica omnicomprensiva, que por su alcance ilimitado y su carácter de (supuesta) evidencia última, escapa a toda posibilidad de prueba o contrapruebas -se supone que es ella misma quien suministra la base de cualesquiera comprobaciones posibles-. Esa definición (persuasiva) del término *verdad*, no es ni más ni menos correcta -precisamente por tratarse de una *definición* (estipulativa)- que cualquier otra de las definiciones más o menos usuales de dicha palabra, inclusive las implícitas en el vocabulario corriente de las ciencias (cfr. *supra*, a la altura de la nota 7 y también ésta). Si prescindimos del aspecto emotivo-valorativo de las disputas acerca de la «verdadera» definición de tal término, es un mero asunto de convencionalismos lingüísticos.

Tomando el vocablo «verdad» en esa su acepción predominantemente axiológica, nada queda para discutir en torno a si la ciencia proporciona conocimientos que sean más o sean menos «verdaderos» que los de ciertas experiencias a las que se puede llamar *Verstehen*. Si bien se mira, lo cierto es que éstas son unos «conocimientos» de *otro* tipo; y cada quien puede, por supuesto,

depositar más confianza o hallar más satisfacción subjetiva en este o en aquel tipo, sea de manera general o según los casos. Es imposible probarle a unos que tienen razón los otros, porque la fundamentación o la evidencia que aduce cada parte responde a presupuestos últimos que son inconmensurables: ciencia *versus* hermenéutica.

Si dejamos de lado la impostación valorativa de llamarle Verdad a aquello que pueda alcanzarse por uno de esos caminos solamente, acaso lo más atinado sería no embarcarse en ninguna afirmación de índole completamente general («universal») al respecto. ¿Por qué no reservarse, frente a cada clase de objetos o situaciones, la libertad de decidir, con los resultados a la vista, si en ese caso (y hasta más ver) nos bastan o no los conocimientos que los métodos científicos están en condiciones de proporcionarnos sobre el punto? Es indudable que las ciencias no han resuelto, ni se ve perspectiva cercana de que logren hacerlo, muchos interrogantes fundamentales relativos a las experiencias de los hombres. Una «hermenéutica» tal vez sea, para siempre o por ahora, la vía que nos resta para acercarnos, mal que bien, a algún modo de tratar de entender ese tipo de cuestiones (por ejemplo, lo del gusto artístico). Pero hipostasiar al infinito el papel de esa vía, y hasta vistiéndola con el manto sagrado de un lenguaje ontologizante que la inmunice *a priori* frente a toda posible crítica de índole científica, no ha de conducir a resulta dos menos «unidimensionales» que los cosechados, en la vereda de enfrente, por el más estrecho de los positivismos cientificistas.

En definitiva, mis conclusiones sobre el papel de la «hermenéutica» no difieren mayormente, *mutatis mutandis*, de lo antes señalado respecto a la dialéctica (*supra*, punto 3 *in fine*). Los hermeneutas, también ellos, nos llaman la atención acerca de caminos que pueden ser ricos en ideas, nos ponen en contacto con sugerencias que pueden resultar ciertamente valiosas..., ¡si no las tomamos demasiado al pie de la letra! La dimensión hermenéutica puede ser aprovechable, incluso para quienes prefieren apostar a la racionalidad científica, si esa dimensión no dejamos de tenerla presente como una posibilidad *heurística* más, frente a posibles insuficiencias de los métodos científicos; pero eso, *sólo* en la medida en que éstas existan realmente y mientras no consigan ser superadas por la ciencia misma. Como lo razonable, como el «buen sentido» (Vaz Ferreira), como la dialéctica, etc., las elucidaciones hermenéuticas pueden servir como fuente de inspiración o como un *pis-aller* respecto al discurso científico propiamente dicho.

Referencias.- Para un resumen de las principales ideas que Gadamer sostiene en la obra comentada, cfr. mi reseña de la traducción española, en *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, núm. 51 junio 1982), págs. 96-99. Y para una crítica más amplia que la presentada aquí, vid. mi artículo «Hermeneutik contra Rechtswissenschaft» (cit. *supra*, nota 7); cfr. también lo que dice Rottleuthner (*loc. cit.*, *ibid.*) y, para un concluyente análisis general de las insuficiencias teoréticas de la «hermenéutica filosófica», el Apéndice II de Hirsch (*op. cit.*, *supra*, en la nota l).

5

Según André-Jean Arnaud (*Critique de la raison juridique I*), no es sino la introducción del concepto de *raison juridique* lo que permite constituir la sociología jurídica en una disciplina independiente. Por no recurrir a dicho concepto precisamente, es que la sociología jurídica no ha sabido encontrar todavía una unidad real; permanece prisionera del dilema establecido entre el orden del ser -plano del que participa la sociología- y el del deber ser -que caracteriza a la ciencia jurídica-. Aunque el estudio sociológico no consiga definir tal concepto, operación que ha de corresponder más bien a análisis que efectúen la antropología y la epistemología, empero la sociología jurídica está en condiciones de permitir un primer acercamiento a esa cuestión, por cuanto ella muestra el funcionamiento de la razón jurídica en varios planos: ya sea el de la interacción jurídica, la cual se relaciona siempre con una razón; ya sea la creación o el cambio de normas, fruto de luchas entre razones jurídicas divergentes; ya sea su expresión en los discursos jurídicos, donde la razón jurídica se descubre precisamente a través de la ideología que les sirve de cimiento. Así, al aceptar a dicha sociología como la forma de estudiar el papel que la razón jurídica desempeña en la vida de las normas jurídicas y en la materialización que éstas tienen en la vida cotidiana de los sujetos de un sistema de derecho, estudios que han de llevarse a cabo especialmente por medio del análisis de los discursos jurídicos, eso permite que aquella sea instaurada como una disciplina de carácter científico. De tal manera, deja de tropezar con el inevitable escollo que hasta ahora le representaba la oposición entre los hechos y el derecho (oposición que una sociología así concebida, lejos de rechazar, reconoce y ratifica). Y entonces logra integrar en forma natural, a su modo, cuestiones que corrían el riesgo de serle ajenas: cultura jurídica, control social, cambio social, y en general todo aquello que por corresponder a las ciencias sociales no podía

dejar de concernir a los juristas, mas no participaba del propio lenguaje de estos; cosas todas que, de una u otra manera, son producto de la razón jurídica.

Ahora bien: la forma en que Arnaud utiliza la palabra *razón* brinda una ilustración particularmente interesante sobre la elasticidad poco menos que infinita de los usos que recibe dicho término, lo cual la diferencia del concepto de *racionalidad* (en sentido estricto) de que se ocupa el presente trabajo. La categoría conceptual básica manejada por Arnaud, esa «razón jurídica» que él ve como omnipresente en los proteicos fenómenos que caben dentro de *todo* aquello con que tiene que ver la palabra «derecho», resulta ser un algo que, al fin de cuentas, no es menos total y multiforme que la Idea en la filosofía hegeliana. Como esa Idea, tan apriorístico y tan irrefutable. Montado sobre la polisemia y la vaguedad de aquella palabra, y tal vez incrementándolas aún, la «razón jurídica» ostenta una intención semántica de tanta amplitud que, simplemente *per definitionem*, se ofrece como imputable a *cualquier* clase de hechos (sean reales o hipotéticos) o de ideas susceptibles de incardinación -directa o indirecta- bajo alguno de los numerosos usos del vocablo «derecho». Todo lo que sea derecho tiene que corresponder a esta Razón, ya que uno y otra son presentados de modo tal que sus conceptos se implican *analíticamente*.

Por ser la «razón jurídica» -aunque admite formas distintas, y hasta opuestas entre sí- conciliable con los datos de cualquier ordenamiento jurídico, tanto de los que existen ya como de los que lleguen a existir o se puedan proyectar, nuestra seguridad de que ella «está ahí» no depende de ningún *test*. En todo caso, podría caber duda sobre las «formas» que adopte en variadas situaciones, pero no acerca de si la *hay*. No se concibe, pues, posibilidad alguna de falsar una afirmación como la siguiente: «*todo* fenómeno jurídico responde a una razón (ergo: «el fenómeno jurídico ?x" *tiene* que responder a alguna «razón» jurídica»). Quiere decir que ésta aparece postulada en calidad de ente apriorístico, o tal vez como una condición trascendental del conocimiento jurídico, no como una *hipótesis* de trabajo. Pues si fuera esto último, en cambio, habría que señalar -cosa omitida- qué hechos (intersubjetivamente controlables) representarían posibilidades de *falsación* respecto a la existencia de dicha razón.

Al no quedar sujeta a criterios intersubjetivos de contrastación, la idea de «razón jurídica» se hace inmune a refutaciones, no hay experiencia con la que no pueda concordar. El ámbito lógico que dicha expresión consiente a las proposiciones que la

contienen es tan vasto que, tomada como sujeto de un enunciado, resulta armonizable con las realidades más variadas. Por caracterizar a todas, no caracteriza *diferencialmente* a ninguna. En resumen: sostener que unos fenómenos jurídicos -y supongamos que estén descritos de alguna manera bastante intersubjetiva- responden a tal «razón», no es un enunciado de tipo *sintético*, sino otra manera de denominar los mismos fenómenos o a ciertos aspectos de ellos; el predicado ya está contenido en el concepto (¡amplísimo!) del sujeto, o viceversa. Así concebida, decir que hay o no hay «razón jurídica», es una mera cuestión de denominaciones o definiciones, o de paráfrasis. Tanto el afirmar la como el negarla carecen de contenido *informativo*.

Claro que, como todas las definiciones son convencionales, ni desde el punto de vista lógico ni desde el punto de vista empírico podría decirse que Arnaud «falta a la verdad» cuando establece una definición estipulativa tan ilimitada para la fórmula «razón jurídica». Lo que estoy objetándole, no es que los *hechos* o las relaciones empíricas generales que él imputa a «razones jurídicas» sean falsos, sino que no son menos verdaderos -cuando lo son- si renunciamos a reificarlos en esa categoría. Como ante el animismo, por ejemplo, no se trata de negar el árbol, en mi crítica, sino el «alma» (llámesele «razón jurídica») imputada a éste. Por la consabida carga semántica del término Razón, muy ligado a la tradición especulativa del pensamiento metafísico, ese término es de los más aptos para sugerir ontologizaciones (hipostasiamientos) y se presta a usos emocionalizantes (persuasividad); unas y otros son poco favorables al desarrollo de la precisión del discurso y en general al empleo de categorías empírico-contrastables en la teoría científica.

Todo ello tiene que ver, más que nada, con la añeja impronta del *esencialismo* sobre nuestra «construcción social de la realidad» (Berger/Luckmann), tanto en el plano del pensamiento cotidiano como hasta en buena parte de las teorías político-sociales contemporáneas: marxismo, neohegelianismo, ciertas variantes del estructuralismo o de la teoría sistémica, etcétera. La transformación del pensamiento social en *ciencia* (propiamente dicha), también como metateoría de las teorías cotidiano-vulgares (*Alltagstheorien*) y de las ideologías político-sociales en que éstas reposan, pasa por la exigencia de saber emanciparse de todo esencialismo (cfr. Popper). Pero el pensamiento jurídico tradicional, todavía sano y salvo, se caracteriza justamente por su abundante tónica esencialista. La sociología del derecho no debería caer, también ella, en la misma tentación: postular «razones jurídicas» (Arnaud) o una esencia-«derecho» (Carbonnier), al

modo como aquel pensamiento postula, por ejemplo, la existencia de las «naturalezas jurídicas». Y el estupendo material de información que Arnaud presenta en su libro, desde ya suministra pruebas de que eso se va haciendo posible, o al menos acercándose a ser posible... ¡Justamente porque el valor de ese material *no* depende de que sus contenidos sean imputados a ninguna clase de esencias, ni siquiera cuando son conjuradas bajo el nombre de «razón jurídica»!

Me aventuro, no obstante, a sugerir también una interpretación algo distinta respecto al papel que el rubro «razón jurídica» desempeña en la economía del libro comentado. A decir verdad, pienso que ella cumple ahí, en definitiva, una función que no va mucho más allá de significar la adopción de cierta técnica de presentación; permite dar una sensación de simetría mientras el autor vierte el rico acervo de enfoques que integran la obra. Si bien, técnicamente hablando, habría que decir que esa etiqueta es algo así como una «fórmula vacía» (*Leerformel*), tal vez su uso pueda justificarse por motivos de ordenamiento estético-expositivo. Por eso, soy el primero en reconocer que, después de todo, las críticas que he apuntado no tocan sino aspectos bastante secundarios del monumental trabajo de recopilación de ideas e información efectuado por Arnaud. Pero ese trabajo testimonia asimismo, quiéralo o no su autor, que hay múltiples caminos por los que la «razón jurídica» NO apunta hacia la *racionalidad* en el derecho.

Referencias.- La síntesis efectuada en el primer párrafo de este punto sigue a una del propio Arnaud en las páginas finales de su libro (citado en nuestra *Literatura escogida*), donde aparece presentada en distintos idiomas. Para una versión resumida del concepto de «razón jurídica», se puede cfr. también un artículo de Arnaud titulado: «Der Begriff der ?juristischen Ratio" als Mittel zur Ueberwindung des Gegensatzes zwischen Sein und Sollen» (El concepto de la ?razón jurídica" como medio para superar la oposición entre ser y deber ser), en *Archiv für Rechts-und Soziaphilosophie*, vol. LXIX/2 (1983), págs. 151-164. Sobre aspectos esencialistas en la Sociología jurídica de Jean Carbonnier (Tecnos, Madrid, 1977, trad. de Luis Díez-Picazo), cfr. mi reseña de dicho libro en: *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 34 (enero-abril 1978), págs. 234-238 (vid. esp. págs. 237 y sig.), San José de Costa Rica. Respecto a las «naturalezas jurídicas», en el mismo número de esa revista se puede cfr. el Excurso (págs. 220 y sigs.) de mi artículo «Naturaleza jurídica de las acciones posesorias. Una interpretación literal con un excurso metodológico», págs. 185-226.

ANEXO

Ciencia jurídica: ¿QUÉ «ciencia»? (Postscriptum 1988)

Nota.- Este agregado corresponde al estudio que se mencionó en la nota 41, *supra*. Se incluye también aquí por su directa relación con los temas tratados en el presente trabajo y porque él no está en la versión de dicho estudio publicada en la *Revista de Ciencias Jurídicas*.

Del estudio presentado podrían tal vez desprenderse, aunque más bien implícita que explícitamente, dos ideas que prefiero no suscribir. Ante todo, da la impresión de subyacerle cierto *fideismo cientista*: un optimismo exagerado acerca de los alcances generales que en lo cognoscitivo y hasta en lo práctico pueda caberles, también para solucionar las cuestiones sociales, a lo que llamé ciencias «en sentido estricto». Y luego, en lo que particular relación dice con el derecho, se insinúa allí que, si bien en la actualidad su discurso de primer nivel es apenas una ciencia «en sentido amplio», empero sería *técnicamente* viable, aunque políticamente poco factible, hacer de él una ciencia en sentido *estricto*. Ambas ideas guardan alguna afinidad -y es esto lo que me alarma- con mitos tecnocráticos muy difundidos en nuestros días. Pienso que esos puntos merecerían ser objeto de aclaraciones complementarias, pero reservaré para otra oportunidad su discusión. Me limito ahora a formular la advertencia de que las Conclusiones Generales del artículo corresponde entenderlas con las dos precisiones siguientes.

1. No sólo si se tiene en cuenta la presión que sobre el derecho ejercen los factores político-ideológicos y múltiples intereses en conflicto, sino inclusive por motivos de orden *teorético* (su objeto específico de conocimiento: regulación de contradicciones sociales), hay que llegar a la conclusión de que el discurso jurídico de primer nivel NO podría actualmente, dadas las limitaciones de que continúan adoleciendo los estudios respecto a la dinámica social, ser conformado de acuerdo con el rigor propio de las ciencias en sentido ESTRICTO -objetivo que persiguen, no obstante, los aficionados a la lógica deóntica, y en general los autores inclinados a construir modelos cientificistas de razonamiento jurídico.

2. Pero aún las ciencias en sentido amplio pueden, cada una de ellas, ser *más* o ser *menos* avanzadas como tales, esto es, desarrollar unos discursos con mayor o con menor profundidad intelectual y con mayores o menores exigencias de método. A esos discursos llamémosles, respectivamente: a los primeros (más exigentes), ciencia en sentido *amplio* propiamente dicho; a los segundos (menos exigentes), ciencia en sentido *amplísimo*. Ahora bien, acaso podría esperarse que también el pensamiento de los juristas consiguiera asimilar aspectos fundamentales de los conocimientos y de la metodología que ofrecen las ciencias sociales más adelantadas. Si así lo hiciese, desde luego que él llegaría a ser una *mejor* -más realista, más rigurosa- ciencia en sentido AMPLIO, mientras que en la actualidad no suele pasar de ser una ciencia en sentido amplísimo. Sin embargo, aunque tal vez no sea imposible elaborar unos diseños teoréticos de ese tipo para el derecho, contra la viabilidad de su aplicación práctica opera, de hecho, toda la fuerza que entre los juristas tiene la secular tradición dominante en su formación profesional y en el ejercicio cotidiano de su carrera; y además, cuentan las funciones extracientíficas -ideología, etc.- que el derecho está llamado, inevitablemente, a cumplir en la sociedad. Por todo ello, resulta que si el derecho (de primer nivel) es «ciencia», difícilmente pueda dejar de ser, en partes esenciales de su discurso, otra cosa que una ciencia en sentido AMPLÍSIMO.

En síntesis:

– No se vislumbra la posibilidad técnica de que el discurso jurídico de primer nivel pueda ser elaborado ajustándose a unos requisitos como los de las ciencias en sentido *estricto*.

– Cabría, en cambio, la posibilidad técnica de mejorarlo sustancialmente como ciencia en sentido *amplio*, siempre y cuando los juristas aceptaran aprovecharse de conocimientos alcanzados en otras ciencias sociales; sobre todo, no ignorar ciertos aspectos de las disciplinas semánticas y de la sociología.

– Pero, tanto por la formación tradicional (normativismo) de los profesionales del derecho, como así también porque la realidad de éste se halla sometida a juegos de intereses que son *extra*científicos, tampoco la segunda posibilidad (sólo técnica) tiene buenas probabilidades de pasar a la práctica, pues ello exigiría una transformación *a fondo* en la enseñanza y en el discurso habitual del derecho -cosa que sus protagonistas principales (juristas, políticos, burócratas, etc.) no desean realmente-; y de ahí que, en definitiva, el derecho es «ciencia» en cuanto este término se puede entender también de manera *muy* amplia.

TIPOS DE MÉTODOS Y DE CIENCIAS
(Esquema)

Métodos	*Ciencias*
en el sentido más lato (cualquier procedimiento) [cfr. Nota 2]	
científicos (plan preestablecido, controles, sistematicidad)	en sentido estricto, propiamente dichas (intersubjetividad fuerte, racionalidad) en sentido amplio, o muy [derecho] amplio (intersubjetividad débil, lo razonable)

Nota.– Cfr. también *supra*, V *in fine*, los diagramas allí presentados.

N O T A S

SOBRE «DEFINICIONES Y NORMAS»

1. *Introducción*

Es bien sabido que en *El concepto de Derecho* Hart distingue entre reglas primarias y reglas secundarias. Pero, como ha sido puesto de manifiesto por diversos autores, esta distinción no es del todo clara[1], pues Hart utiliza como si fueran intercambiables tres criterios de distinción que, sin embargo, producen resultados clasificatorios diferentes. Estos criterios son los siguientes: 1. reglas primarias son las que imponen deberes, reglas secundarias las que confieren poderes; 2. las reglas primarias regulan acciones que implican movimientos o cambios físicos, las secundarias prevén actos que conducen a cambios normativos; y 3. las reglas primarias se refieren a las acciones que los individuos deben hacer o no hacer, las secundarias se refieren a reglas del primer tipo. La falta de claridad de la distinción entre reglas primarias y secundarias proviene, pues, de que podemos encontrarnos con enunciados jurídicos concretos que, según un criterio, serán reglas primarias y, según otro, reglas secundarias. Ello, naturalmente, convierte en inconsistente dicha clasificación.[2]

Ahora bien, si nos situamos en el contexto de una teoría de la individualización de disposiciones jurídicas, parece que -siguiendo a Raz- podemos convenir que la distinción más relevante es la que opone las reglas que imponen deberes a las reglas que confieren poderes. En Hart, sin embargo, esta distinción agota el campo de las disposiciones jurídicas susceptibles de ser

[1] Para una exposición completa de la crítica a la distinción hartiana entre reglas primarias y reglas secundarias, puede verse el libro, pendiente de publicación por el CEC, de Juan Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho (en el original, págs. 118 y sigs.).

[2] *Ibidem*, págs. 118 y sigs.

individualizadas; es decir, para este autor toda disposición jurídica es o bien una regla que impone deberes o bien una regla que confiere poderes[3]. En este sentido, podría decirse, tal vez, que en Hart la nota de la normatividad predicada del ordenamiento jurídico excluye la toma en consideración de disposiciones que no sean reglas o normas. Pues bien, en este trabajo me propongo confrontar esta dicotomía hartiana con una propuesta de Alchourrón y Bulygin[4] que consiste en considerar, por un lado, a las definiciones legales como enunciados jurídicos diferentes de las normas (de conducta) y, por otro, a las reglas que confieren poderes no como normas sino como definiciones o reglas conceptuales. Finalmente, trataré de mostrar que una teoría de la individualización de disposiciones jurídicas debe operar *como mínimo* con tres categorías: reglas o normas que imponen deberes, reglas o normas que confieren poderes y definiciones[5].

2. *Definiciones y normas*

Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, en un trabajo de 1983 titulado «Definiciones y normas», han tratado de formular una crítica contra la que ellos denominan «tesis normativista». Esta tesis se caracterizaría por sostener que el Derecho «está compuesto exclusivamente por normas y que, por lo tanto, to-

[3] Joseph Raz, *El concepto de sistema jurídico* (trad. de Rolando Tamayo y Salmorán), Ed. UNAM, México, 1986, pág. 199.

[4] Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, «Definiciones y normas», en Eugenio Bulygin, Martín D. Farrel, Carlos S. Nino y Eduardo Rabossi (comps.): *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, págs. 12 y sigs.

[5] Subrayo el «como mínimo» porque soy consciente de que una buena teoría de la individualización de disposiciones jurídicas probablemente deba tomar en consideración otras categorías además de las aquí contempladas. Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de introducir criterios que permitan individualizar principios. En este sentido, y aunque aquí no voy a ocuparme de ellos, no está de más apuntar dos ideas en relación con la distinción entre reglas y principios: 1. La discusión suscitada en torno a esta distinción afecta exclusivamente a las reglas que imponen deberes y nunca a las reglas que confieren poderes; entre principios y reglas que confieren poderes no se produce penumbra conceptual. 2. La principal diferencia entre reglas que imponen deberes y principios radica en que mientras que las reglas son mandatos que imponen una determinada medida de cumplimiento, los principios son mandatos de optimización, esto es, imponen el cumplimiento de un deber en la mayor medida posible en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. Cfr. Alexy, Robert: «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988, págs. 143 y sigs.

dos los artículos de un texto legislativo son normas ya que su función es la de prescribir conductas, aunque pueden no ser normas jurídicamente completas»[6]. Pero -continúan Alchourrón y Bulygin-, es notorio que en muchos casos los artículos de un código definen el significado de un término y, si ello es así, habrá que preguntarse a quién y a qué obliga una definición formulada por el legislador. La respuesta que da la tesis normativista a esta cuestión es que las definiciones del legislador obligan a todos los que usan y aplican las normas jurídicas a utilizar las referidas definiciones; en otras palabras, obligan a entender (y a usar) las expresiones definidas en (con) el sentido que el legislador les ha atribuido[7]. Frente a esta tesis, Alchourrón y Bulygin sostienen la idea de que la función de las definiciones legales no es otra que la de contribuir a (y facilitar) la identificación de normas y en ningún caso la de prescribir conductas.

Para ello, distinguen entre lo que es el enunciado que expresa una norma y la norma misma. Así, si la norma es el sentido del enunciado que la expresa y si el sentido del enunciado depende del uso que se dé a las palabras que lo componen, entonces la definición legal lo que hace es simplemente facilitar la identificación de la norma expresada por el enunciado. En definitiva, lo que estos autores sostienen es que no hay diferencias entre una definición legal y una definición privada (esto es, no oficial): ambas cumplen la función de facilitar la identificación del sentido del enunciado en el que se contienen las palabras definidas[8]. Naturalmente, la afirmación de que las definiciones legales no son normas no quiere decir que su presencia en el interior de un sistema jurídico carezca de consecuencias normativas. En este sentido, Alchourrón y Bulygin advierten que si lo único que pretende la tesis normativista es afirmar la idea de que las definiciones legales tienen consecuencias normativas, entonces habrá que concluir -dicen- que las discrepancias entre ellos y los autores que sostienen dicha tesis son meramente verbales.

Ahora bien, aunque es cierto que normas y definiciones juegan papeles muy distintos, también lo es que en multitud de ocasiones existen grandes dificultades para diferenciarlas, pues ambas presentan semejanzas que resultan muy sugestivas: la principal consiste en que tanto las definiciones como las normas son el resultado de una decisión y, por ello, ni unas ni otras

[6] Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *op cit.*, pág. 12.

[7] Cfr. *ibidem*, pág. 13.

[8] Cfr. *Ibidem*, pág. 26.

pueden ser calificadas como verdaderas o falsas. Sin embargo, Alchourrón y Bulygin proponen dos vías para diferenciarlas: *a)* La primera consiste en recurrir a la distinción entre *uso* y *mención* de las palabras, y así afirman que cualquiera que sea la forma efectiva en que el legislador ha formulado una definición, ésta siempre es traducible a lo que ellos denominan la «forma canónica de definir»[9]. *b)* La segunda vía consiste en percatarse de que «si las normas han de cumplir una función prescriptiva, la de guiar las conductas, es esencial que sea posible cumplirlas y que sea también posible no cumplirlas [...] En este sentido las normas son sintéticas y las situaciones que ellas exigen han de ser siempre contingentes, ya que no pueden ser ni necesarias ni imposibles. En cambio, las definiciones crean siempre una imposibilidad; si la demanda se define como un documento escrito, es imposible que una demanda sea oral [...] De esta manera una definición da lugar a *enunciados necesarios*, cuya necesidad está basada en el significado del término definido, es decir, se trata de *enunciados analíticos*. Es por eso que las definiciones que asignan un significado a un término (definiciones estipulativas), si bien ellas mismas no pueden ser calificadas de analíticas, dan lugar a enunciados analíticos, es decir, enunciados que se justifican con el mero significado de los términos que aparecen en ellos»[10]. Ahora bien, «la línea divisoria entre enunciados analíticos y definiciones por un lado y las normas por el otro es, hasta cierto punto, arbitraria, pues no existe un criterio que permita decidir en todos los casos frente a un artículo determinado si éste expresa un enunciado analítico (o una definición) o una norma. Sólo la reconstrucción global de un texto completo permitirá identificar ciertos artículos como definiciones o enunciados analíticos y otros como formulaciones de normas. Pero al mismo tiempo surge que siempre ha de haber tanto normas, como definiciones y enunciados analíticos, aunque las definiciones pueden no estar formuladas explícitamente»[11].

Finalmente, estos autores recurren a las nociones de «sanción» y «nulidad» para sostener la tesis de que el ordenamiento jurídico está compuesto por normas de conducta y definiciones (o reglas conceptuales). En este sentido, en parte recurriendo a Hart y en parte criticándolo, Alchourrón y Bulygin escriben:

---

[9] La forma canónica se puede representar de la siguiente manera: «...» significa...; donde «...» representa a la expresión mencionada (*definiendum*) y... las palabras que se usan para indicar su sentido (*definiens*), Cfr. *ibidem*, pág. 31.

[10] *Ibidem*, pág. 34.

[11] *Ibidem*, pág. 38.

«Así como las sanciones (castigos, penas) constituyen la forma típica de reaccionar frente al incumplimiento de obligaciones (o transgresión de prohibiciones, que es lo mismo), la nulidad (en sus diversos matices [...]) constituye una reacción típica frente a objetos (actos, documentos, normas) que no reúnen los requisitos exigidos por una definición, con la diferencia de que -como muestra Hart- la nulidad es inseparable de la definición, mientras que una norma de obligación puede existir aunque no esté acompañada por una sanción»[12].

3. *Definiciones y reglas que confieren poderes*

De todo lo dicho hasta aquí creo que puede extraerse la conclusión de que existen buenos argumentos para sostener que una teoría de la individualización de disposiciones jurídicas debe incluir criterios que permitan individualizar definiciones[13]. Ahora bien, si lo anterior es cierto, también lo es -creo- que probablemente Alchourrón y Bulyg1n llevan demasiado lejos sus argumentos, pues según ellos el Derecho estaría compuesto por normas de conducta (normas que imponen deberes) y definiciones (o reglas conceptuales). En lo que sigue voy a tratar de mostrar la oportunidad de mantener la distinción (desdibujada por Alchourrón y Bulygin) entre reglas que confieren poderes y definiciones[14].

---

[12] *Ibidem*, pág. 41.

[13] Victoria Iturralde Sesma ha estudiado -en *Lenguaje legal y sistema jurídico*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989- diversas cuestiones relacionadas con las definiciones legales. En un momento de su exposición aborda el problema del carácter vinculante o no de las mismas para el intérprete. Así, tras exponer algunos de los argumentos en favor y en contra que se han formulado en la tradición jurídica, concluye afirmando que «el intérprete está sujeto a ellas en la misma medida en que lo está respecto de cualquier otro enunciado normativo y que, en el momento interpretativo-aplicativo de la ley, no puede hacer abstracción de lo que en ellas se disponga» (pág. 60). En este punto, tan sólo quiero llamar la atención sobre el hecho de que esa conclusión no incide para nada en la discusión que ocupa a Alchourrón y Bulygin, puesto que no hay inconveniente en afirmar simultáneamente que la función de las definiciones legales no es la de prescribir conductas, sino la de contribuir a la identificación de normas, por un lado, y, por otro, que hay operadores jurídicos que tienen la obligación de aplicar (y, por tanto, de identificar) el Derecho. En otras palabras, como decían Alchourrón y Bulygin, una cosa es sostener que las definiciones legales no son normas y otra muy distinta es que su presencia en el interior de un sistema jurídico carezca de consecuencias normativas.

[14] Gregorio Robles ha elaborado una tipología de reglas jurídicas. En ella distingue entre «reglas ónticas» (que son las que crean los elementos necesarios

Como se ha visto, Alchourrón y Bulygin sostienen que todas las definiciones son traducibles a una forma canónica y que no hay diferencias entre las definiciones que realiza el legislador y las definiciones estipulativas privadas. Además, estos autores vinculan la nulidad con las definiciones o reglas conceptuales. Ahora bien, no todo aquello que puede ser definido por el legislador con consecuencias normativas se encuentra conectado con la noción de nulidad. Por ello, resulta conveniente profundizar en el análisis, pues no parece que sea lo mismo definir un término no jurídico, como «ordenador», que definir un término técnico-jurídico[15]; y, a su vez, dentro de estos últimos, probablemente haya alguna diferencia entre definir, por ejemplo, «bien mueble» o «heredero» (de los que no tiene sentido predicar la nulidad o la validez) y «testamento» (del que sí se puede predicar la nulidad o la validez)[16].

---

de carácter estático del sistema, esto es, el espacio, el tiempo, los sujetos y las competencias), «reglas técnico-convencionales o procedimentales» (que son las que crean el elemento necesario de carácter dinámico, esto es, el procedimiento) y las reglas deónticas o normas (que son las que expresan un deber). Lo fundamental, sin embargo, en este punto es mostrar cómo el lugar que Robles asigna a las definiciones legales dentro de su esquema lo aproxima mucho a la tesis normativista. Así, escribe en el apartado relativo a las reglas deónticas: «[...] no hay propiamente preceptos que sean definiciones, si por tal entendemos la descripción de algo dado de antemano [...] Hay reglas ónticas que establecen elementos necesarios del sistema, y hay preceptos que establecen autoritariamente el sentido de una palabra o expresión. Sobre la base de unas y otras, el intérprete puede definir alcanzando así las definiciones legales. Estas no se sitúan, pues en el marco del discurso del legislador, el cual sólo ordena, sino en el del intérprete.» En G. Robles, *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos*, Ed. Universidad de Palma de Mallorca, 1984, pág. 223.

[15] Martino clasifica las definiciones legales según el tipo de término definido; así distingue entre términos técnico-jurídicos y términos no-técnico jurídicos. En este sentido, escribe: «se dirá de una definición legislativa que define un término técnico-jurídico, si el *definiendum* pertenece a la teoría jurídica, y en dicha teoría permite que se le apliquen relaciones específicas (leyes) que lo ligan a otros términos técnicos (algunos de los cuales están presentes en su *definiens*), y se usa para aquel fin primario»; y a ello añade que estas definiciones tienen un carácter fundamentalmente constitutivo. Ahora bien, el propio Martino advierte sobre la influencia recíproca que existe entre el lenguaje ordinario y el lenguaje técnico-jurídico. Cfr. Antonio A. Martino, *Le definizioni legislative*, Ed. Giappichelli, Torino, 1975, págs. 42 y sigs., y 85 y sigs.

[16] Para una tipología de los términos que componen el léxico del lenguaje de los documentos jurídicos puede verse Josep Aguiló Regla, «Lenguaje jurídico, lenguaje documental y tesauro», en *Theoria*, núm. 12-13, 1990, págs. 31 y sigs. En dicho trabajo la tipología de términos se realiza en función de las relaciones que cada término mantiene con el léxico del lenguaje natural y, a partir de ahí, se estudia la relevancia de cada grupo de términos a la hora de construir un tesauro jurídico.

En efecto, si tomamos términos como «ordenador», «bien mueble», «homicidio», «heredero», «menor de edad», etc., y tra tamos de analizar las definiciones de los mismos contenidas en nuestros textos legales, observamos que, realmente, es difícil sostener que estas definiciones cumplen alguna función diferente a la que desempeña cualquier definición estipulativa en el interior de un determinado texto. Algunas de ellas podrían ser criticadas, pero lo fundamental radica en que todas tratan de especificar el significado de términos incluidos en enunciados que expresan normas jurídicas; y, en este sentido, cumplen la función de ayudar a identificar las normas expresadas por esos enunciados. Los términos arriba enumerados aluden a clases de objetos, de sujetos o de acciones y sus definiciones tratan de eliminar ambigüedades y vaguedades. Algunas de estas definiciones amplían y otras restringen o precisan el significado que las palabras definidas tienen en el uso común del lenguaje natural. En este sentido, todas ellas son redefiniciones. En relación con estas definiciones, al igual que ocurre con las privadas, las cuestiones que se suscitan giran en torno a la pertenencia o no a determinadas clases: por ejemplo, si un sujeto es o no heredero, si una acción es o no homicidio o (ejemplo de definición privada) si una determinada persona es o no conservadora. Y, finalmente, y es lo más importante, de ninguna de esas palabras (ni de los objetos, sujetos o acciones por ellas denotados) tiene sentido predicar la validez o la nulidad.

Frente a este tipo de definiciones, en el Derecho nos encontramos también con enunciados que parecen definiciones, pero que en realidad hacen algo más que especificar el sentido en el que se usa un término. Ese «algo más» consiste en que de algún modo esos enunciados especifican las condiciones de validez o nulidad de algo. Como puede verse, aquí vamos a utilizar los predicados «validez» y «nulidad» como indicio de una distinción importante[17]. Por ello, en este punto, conviene formularse la si-

[17] Hernández Marín sostiene -en *El derecho como dogma*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984- que en el Derecho no sólo hay normas de obligación (prescripciones) sino también disposiciones cualificatorias (que no son normas). Define a estas últimas del siguiente modo: «son oraciones que atribuyen una propiedad a, o incluyen en una determinada clase, todas las entidades que tengan una determinada propiedad, o que pertenezcan a una cierta clase» (págs. 30 y 31). En un punto del libro, el autor se pregunta si la distinción entre normas y disposiciones cualificatorias coincide con la formulada por Hart entre reglas primarias y reglas secundarias, a lo que responde que, dada la imprecisión de esta última distinción es difícil dar una respuesta segura (pág. 41). En cualquier caso, en mi opinión, entre ambos autores hay una diferencia de fondo a propósito

guiente pregunta: ¿de qué puede predicarse la validez o la nulidad? Si yo no me equivoco, la validez o la nulidad sólo pueden predicarse con sentido de los actos creadores de normas (o de las normas creadas por esos actos) y de los actos aplicadores de normas (o del contenido de las decisiones tomadas en esos actos). Y tanto los actos creadores de normas como los aplicadores de normas son los típicos actos regulados por las reglas que confieren poderes. Si ello es así, conviene ahora preguntarse cuáles son los elementos básicos de toda regla que confiere poderes. En mi opinión, y aunque lo que voy a decir requeriría mayor elaboración, dentro de las reglas que confieren poderes pueden distinguirse los tres elementos siguientes: *a)* la determinación de un sujeto normativo, esto es, una persona, clase de personas o un cuerpo de personas a los que se les confiere el poder; *b)* la definición del acto o de la clase de actos que el hecho de ser titular del poder en cuestión permite realizar; dentro de esta definición (que sin duda es constitutiva) se contienen los requisitos procesales (o formales) y materiales que el acto debe reunir para que pueda ser considerado como un acto jurídico creador o aplicador de normas. En otras palabras, en la definición se contienen las condiciones de validez (y, por tanto, también las de nulidad) del acto en cuestión; y *c)* la determinación de los efectos jurídicos que tiene el acto válidamente realizado. Si faltase alguno de estos tres elementos difícilmente podríamos decir que estamos ante una regla que confiere poderes: sin sujeto normativo no hay regla posible; la nulidad -como ha puesto de manifiesto Hart- es inseparable de las reglas que confieren poder; y la realización de actos que carecen de efectos no tiene mucho sentido.

Ahora bien, a la vista de lo que proponían Alchourrón y Bulygin, ¿es preferible concebir a estas disposiciones como «reglas que confieren poderes» o como «definiciones» (o reglas conceptuales)? En mi opinión, concebirlas como definiciones plantea al menos el siguiente problema: si concebimos a estas disposiciones como definiciones, entonces la afirmación de Alchourrón y Bulygin de que no hay diferencia entre una definición legal y una definición privada se convierte en insostenible, pues no tiene sentido decir que la nulidad (o la validez) es inse-

---

de la idea de normatividad. Sin embargo, en este punto del trabajo y con independencia de la respuesta que pueda darse a la pregunta anterior, lo que interesa es llamar la atención sobre la circunstancia de que para Hernández Marín son disposiciones cualificatorias tanto las llamadas normas de competencia «que califican ciertas cosas como válidas» (pág. 40), como, por ejemplo, la definición legal de «bien inmueble» (pág. 85).

parable de cualquier definición estipulativa. Muy al contrario, el concepto de validez (en el sentido en que aquí se utiliza) sólo es relevante en contextos normativos y, en particular, en contextos creadores o aplicadores de normas. Ahora bien, ello nos autoriza sólo a diferenciar estas disposiciones de las definiciones antes estudiadas, pero no nos permite calificarlas de reglas. En mi opinión, el test que toda disposición debe superar para que pueda ser calificada de regla (o norma) es la de comprobar si efectivamente cumple la función de motivar las conductas[18].

Dentro de la teoría del Derecho se ha intentado en diversas ocasiones asimilar la nulidad a la sanción con el fin de mostrar que el Derecho guía la conducta de los individuos de un único modo. Las críticas que se han formulado a estos intentos son conocidas y creo que incontestables. Sin embargo, es cierto también que las nociones de validez y nulidad han sido estudiadas sobre todo desde perspectivas estructurales y que para mostrar cómo guían la conducta las normas que confieren poderes tal vez sea imprescindible analizar estas nociones desde perspectivas funcionales. Aquí no voy a afrontar el referido análisis funcional, pues excede con mucho las pretensiones de este trabajo, sino que tan sólo pretendo apuntar algunas de las hipótesis que, creo, este análisis debería tratar de confirmar: 1) la validez puede ser considerada como una sanción positiva, pues al final se traduce siempre en un respaldo coactivo que el Derecho ofrece al titular del poder. Ello me parece particularmente claro en los casos en que la facultad conferida es privada y su ejercicio es facultativo. 2) La nulidad, si bien no puede ser considerada -como ya se ha dicho- como una sanción negativa, sí puede ser vista como la negación o la ausencia de una sanción positiva, pues la nulidad al final se traduce siempre en una «negativa a prestar la coacción estatal»[19]. 3) En los casos en los que el ejercicio del poder conferido es facultativo no es cierto que el Derecho sea neutral en el sentido de que no defina ninguna conducta como deseada[20], pues no hay que olvidar que el Derecho tiene un interés en lo que se

[18] Raz -al mostrar cómo inciden las reglas que confieren poderes en el razonamiento práctico- probablemente sea el autor que mejor ha expuesto la forma en que estas reglas cumplen la función de guiar las conductas. En este sentido, puede verse, por ejemplo, Raz, Joseph: «Postcriptum», en *El concepto de sistema jurídico*, *op. cit.*, págs. 272 y sigs.

[19] Carlos S. Nino, «La nulidad jurídica y el papel de la Teoría general de Derecho», en el libro del mismo autor *La validez del Derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1985, pág. 203.

[20] Téngase en cuenta que si no se define una conducta como deseada no tiene sentido hablar de sanción positiva.

suele llamar «seguridad en el tráfico». En efecto, si bien el Derecho es perfectamente neutral, por ejemplo, frente al hecho de que alguien haga o no haga testamento, no lo es ya ante el hecho de que aquél que quiera fijar el destino de sus bienes para después de su muerte lo haga de cualquier manera. El Derecho reconoce una manera y a ésa es a la que le presta respaldo coactivo: la acción de dictar testamento válido es una conducta deseada por el ordenamiento jurídico y por tanto premiada, pero no deseada y premiada frente a la de no dictar testamento, sino deseada y premiada frente a la de dictar testamento no válido. En definitiva, en estos casos, y como siempre se dijo, el Derecho motiva los medios no los fines.

DESPLAZAMIENTOS CONCEPTUALES EN LA CIENCIA DEL DERECHO: ¿EVOLUCIÓN O REVOLUCIÓN?

Perspectivas de una teoría de la ciencia contextualista y constructivista *

1. *Algunos preliminares: análisis conceptual y análisis fáctico*

Merced a buena parte de la discusión reciente en los estudios sociales de la ciencia, algunos conceptos básicos son ya bastante bien conocidos para aquellos que se interesan por este área de conocimiento: conceptos tales como los de «contexto intelectual de investigación» y «campo científico». (Su arraigo actual tiene una deuda de especial consideración con la obra reciente de D. Whitley[1]). El contexto intelectual de investigación puede ser definido como aquella clase abstracta de normas y procedimientos que gobiernan y determinan qué está siendo realizado en la ciencia, en qué marco cognitivo, y cómo se entiende que esto tiene lugar. Complementariamente, la noción de campo científico puede ser tomada con referencia a los procedimientos requeridos para el desarrollo del saber en este campo, de manera que el conocimiento científico sea contemplado antes que como una estructura estática, fija y permanente, como un proceso de adquisición y cambio de comprensiones[2]. Bajo esta consideración, algunas combinaciones de procedimientos disponibles son contempladas con preferencia a otras, lo que

* Un subsidio provisto amablemente por la Research Foundation for Legal Science (Oikeustieteen tutkimussäätiö), Helsinki, cubrió la mayor parte de los costes del viaje del autor al Symposio español en el que este artículo fue pre sentado.

[1] Ver Richard D. Whitley, «The Context of Scientific Investigation», en K. D. Knorr, R. Krohn, R. D. Whitley (eds.), *The Social Process of Scientific Investigation. Sociology of the Sciences Yearbook*, vol. 4, Dordrecht-Boston-London: D. Reidel, 1980, págs. 297-321; *idem*, *The Intelectual and Social Organization of the Sciences*, Oxford: Clarendon Press, 1984, en especial los capítulos 4 a 6.

[2] Estas definiciones provienen, a grandes rasgos, de Whitley 1980 (nota 1).

significa que la investigación y el conocimiento se desarrollarán siguiendo ciertas líneas más bien que en alguna otra dirección.

Lo que está especialmente en juego en el presente escrito es el análisis de tal «cruce de caminos» o fases de bifurcación del desarrollo en Ciencia del Derecho, en tanto que pueden típicamente constituir dislocaciones conceptuales y orientaciones novedosas de la investigación de fenómenos, los cuales pueden, de esa forma, ser reconceptualizados. Tales desarrollos estarían, además, en armonía con el hecho de que el dominio de la *Rechtsdogmatik* -el análisis jurídico dogmático (analítico y evaluativo)- preserva su identidad básicamente intacta, con lo que puede ser considerada como constituida por algo así como una tradición específicamente peculiar.

El concepto de campo científico por sí mismo no ocupará nuestro interés a través del presente escrito y se presenta aquí principalmente como preliminar conceptual. Al menos el autor de este artículo cree que los ingredientes provechosos para la comprensión de la estructura de la ciencia jurídica (en particular, la dogmática jurídica) -tales como el concepto de campo-, pueden rastrearse en el curso del posterior análisis de las dislocaciones conceptuales en la ciencia jurídica. También cree que este hecho parece tener sus raíces en el carácter peculiar de este campo científico.

Algunos filósofos e historiadores de la ciencia, en particular aquellos inspirados por los análisis de Thomas S. Kuhn[3] -y en algunas ocasiones sólo afines a éste y teorizantes en contexto post-kuhniano[4]-, mantienen que se producen quiebras conceptuales y dislocaciones en el pensamiento científico. No obstante todos estos intentos, se ha venido considerando al concepto de dislocación en ciencia («revolución», como diría Kuhn), como

[3] El trabajo más seminal de Kuhn es, por supuesto, *The Structure of Scientific Evolutions*, 2.ª edición ampliada, Chicago: University of Chicago Press, 1970.

[4] Para una documentación general de la discusión en torno a la teoría de la ciencia de Kuhn hasta aproximadamente 1980, véase la introducción y la bibliografía de la edición de Gary Gutting (ed.), *Paradigms and Revolutions. Appraisals and Applications of Thomas Kuhns Philosophy of Science*. Nôtre Dame (US)-London: University of Nôtre Dame Press, 1980. El hecho de que el «impacto kuhniano» generalmente condujo a los estudiantes de ciencias a un creciente reconocimiento de la importancia capital del problema del cambio y de la acumulación del conocimiento científico, ha sido reconocido incluso por comentaristas muy críticos con Kuhn; cfr., por ejemplo, Herminio Martins, «The Kuhnian Revolution and Its Implications for Sociology», en *Imagination and Precision in the Social Sciencies*, eds. T. J. Nossiter *et. al.*, London &Faber, 1972, págs. 13 f., esp. págs. 50-51.

bastante difícil de definir analíticamente. Parte de las dificultades que se perciben pueden ser resultado de la naturaleza del análisis emprendido. Un análisis conceptual de la especie característica debe asumir, de ordinario, un significado básico o global firmemente establecido del concepto o conceptos objeto de estudio, así como, en nuestro caso, el concepto de una dislocación epistémica y/ o conceptual en ciencia. En estos casos en los que la presuposición de partida puede no estar particularmente justificada, el análisis conceptual debería ser obviamente ampliado de forma correspondiente; y tampoco debe sustraerse a la discusión el hecho de que esta clase de análisis puede ser capaz de corregirse a sí mismo con el sólo concurso de sus propias premisas.

Una manera de ampliar el análisis conceptual es apelar a otra clase (o, de hecho, una dimensión distinta y complementaria) de análisis. Se trataría de un análisis de los que John L. Mackie en sus escritos filosóficos llamó «análisis fácticos» (factual analysis), como categoría distinta del conceptual en el sentido básico de este último término[5]. Un análisis fáctico de, digamos, las quiebras y bifurcaciones del pensamiento científico -nos diría un filósofo como Mackie- conforma una dimensión importante de la investigación, ya que es éste el tipo de análisis que pone a la teoría en contacto con la realidad de los estados de cosas objeto de estudio.

¿De qué trata al fin y al cabo el análisis fáctico? Lo que está en cuestión es un tipo de proceso de aprendizaje. Cuando hacemos (o estamos dispuestos a hacer) uso de algún concepto, el análisis fáctico nos recomienda reflexionar acerca de la naturaleza de aquellas cosas, estados de cosas, y procesos que «de facto» existen y tienen lugar en el dominio en el que deseamos hacer uso de ese concepto o conceptos en cuestión. Estos procesos y estados de cosas frecuentemente no son, a saber, de la clase de aquellos que nosotros, por intermediación de nuestros conceptos, estaríamos en disposición de asumir en principio. Algunos de nuestros conceptos recibidos quizás no están sino débilmente anclados en la realidad, algunos de ellos pueden no estarlo en absoluto. Y son estas sugestivas discrepancias entre nuestros

[5] Véase en general John L. Mackie, *Selected Papers*, eds. Joan Mackie y Penelope Mackie, vol. 1: Logic and Knowledge, Oxford: Clarendon Press, 1985. Para una breve, pero a un tiempo excelente discusión de los dogmas centrales de Mackie sobre las distintas variedades del análisis filosófico, véase Barry Stroud, «Choices in an Unreal World», *Times Literary Supplement*, abril 18, 1986, pág. 424.

presupuestos acerca de la estructura de la realidad y la realidad de la estructura misma lo que constituye un punto natural de partida tanto para una investigación profunda de la realidad como para, eventualmente, una re-evaluación y auto-corrección de nuestras propias presuposiciones[6]. Por lo que se refiere a nuestra comprensión de la ciencia, por ejemplo, es un hecho obvio que gran parte de la reciente sociología cognitiva de la ciencia -aun en aquellos casos en que sus premisas merecen ser por lo demás criticadas-, ha venido señalando una serie de puntos de partida para un análisis fáctico relativo a la naturaleza social de los procedimientos de argumentación y validación en la investigación; se cuestionan aquí las intuiciones esenciales (insights) en la investigación y en la teoría, que obviamente no son accesibles sólo desde una empresa «racional-reconstructiva» de la filosofía de la ciencia clásica, o digamos, desde la perspectiva del programa de la así llamada epistemología evolucionista (en consideración a las metas del presente escrito, esta última constituirá aquí un objetivo particularmente relevante para una evaluación crítica).

Este escrito comienza examinando en qué medida la idea de dislocaciones conceptuales en el campo científico de la dogmática jurídica cobra sentido en los intentos emprendidos para reconstruir sus procesos intelectuales y cognitivos básicos. La relevancia de un análisis fáctico del tipo expuesto ha de ser subrayada con un énfasis particular. En el caso de la dogmática-jurídica la dimensión fáctica de su [meta-análisis] puede ser puesta de relieve a través de la comparación de los respectivos méritos y deméritos de las reconstrucciones «revolucionarias» frente a las «evolucionistas» en los procesos básicos de razonamiento y validación de resultados en la indagación dogmático-jurídica. Se argüirá que está en verdad justificado pensar que podemos hablar sensatamente acerca de procesos científicos «revolucionarios» en la investigación dogmático-jurídica, en una perspectiva kuhniana, si bien en un sentido adicionalmente especificado. Y en alguna medida, se argumentará que esto es debido en un grado importante al hecho de que un marco de reconstrucción puramente evolucionista no basta desde la perspectiva de los estudios sociales de la ciencia que tienen a la dogmática jurídica como su contenido propio.

Es por lo que en este artículo la noción de desplazamientos conceptuales se entenderá más o menos en contraste con la de

[6] Sigo aquí, a grandes rasgos, las caracterizaciones de Stroud (nota 5).

evolución científica. Se admite que este contraste es, en alguna medida, relativo, y tampoco yo quisiera mantener que las descripciones de la ciencia formuladas en términos de brechas y rupturas conceptuales (esto es, dislocaciones) puedan funcionar completamente sin presupuestos evolucionistas. No obstante, una de mis conclusiones es que dislocaciones conceptuales más o menos radicales tienen un papel irreductible en disciplinas como la dogmática jurídica, y esto es lo que me propongo desarrollar a renglón seguido.

2. *De Kuhn a Fleck: puntos de partida para un examen de la ciencia jurídica*

En la teoría del Derecho, se han presentado algunos argumentos en favor de la tesis básica de que la dogmática jurídica -es decir, el análisis de la sustancia y el contenido de la ley válida en cualquier cultura legal particular que descanse en el sistema de estatutos promulgados y tenga en su base un acuerdo sobre las fuentes del Derecho- tiene una estructura paradigmática como esqueleto de apoyo. Las perspectivas que sustancian esta idea pueden ser divididas, en líneas generales, en las que propongo denominar externas e internas[7].

Bajo la primera rúbrica aludo a aquellas perspectivas que consideran la historia de la génesis y desarrollo de esa estructura paradigmática, para los propósitos de la investigación, más o menos como dadas, y se concentran en el examen de la estructura paradigmática misma. Aarnio, por ejemplo, ofrece en su teoría del Derecho una perspectiva de ese tenor[8]. Específica (a) el objeto de la regulación normativa (b) los requerimientos en torno a las fuentes del Derecho (c) las reglas y principios metodológicos, y finalmente (d) los valores interpretativamente relevantes y las evaluaciones, cuarta dimensión básica de lo que kuhnianamente se caracteriza como la «matriz disciplinaria» de la dogmática jurídica- en otras palabras, el entramado básico en la estructura paradigmática de esta última. Se asume que la actividad

[7] Nótese que estoy empleando aquí ambos términos de acuerdo con el sentido que hoy está ya más o menos afianzado en los estudios sociales de la ciencia. Este par de conceptos, «interno» v.s. «externo», pudieran asimismo denotar cosas en alguna medida diversas de las del presente contexto, por ejemplo, en el vocabulario de la epistemología clásica.

[8] Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokio: D. Reidel, 1987, pág. 17 f.

interpretativa dirigida a establecer el contenido de la ley válida se desenvuelve bajo la guía de esta estructura. También el hecho de que esta estructura hace posible una comunicación más o menos libre de fricciones entre especialistas, y una percepción común de los problemas, incluidas aquí situaciones que se revelan como anómalas y para cuya solución la estructura paradigmática funciona como último recurso. En su conjunto, la perspectiva interna admite que la comunidad de especialistas, aun estando de acuerdo sobre una interpretación concreta de la matriz básica, puede no obstante no aceptarla como un producto acabado, sino más bien como algo que debe ser refinado y elaborado en el (de nuevo kuhnianamente concebido) trabajo científico ordinario de interpretación jurídica. Es interesante añadir que este énfasis está en consonancia con lo que algunos escritores avisados[9] han percibido ya en las estipulaciones del propio Kuhn.

Lo que he dado en llamar punto de vista externo, funciona en muchos aspectos como complementario del interno -de hecho, el hablar acerca de puntos de vista internos y externos en este contexto particular equivale en alto grado a hablar de las dos caras de la misma moneda. Enrique Zuleta Puceiro ofrece intuiciones básicas de importancia acerca de las dimensiones externas de estudio, cuando observa que la dogmática jurídica por sí misma debería ser contemplada como una noción histórica, cuya relevancia se explicaría por la emergencia de una «matriz cultural» de dimensión sociopolítica más amplia: esto es, en la consolidación histórica de la imagen jurídico-positivista de una ciencia jurídica «libre de valoraciones», lo que a su vez es síntoma de la racionalización y formalización de la moral y de la sociedad civil a través del Derecho y del Estado[10]. (Debería también reseñarse que, con independencia de los análisis de Zuleta

[9] De forma notable, Barry Barnes, *T S. Kuhn and Social Science*, New York: Columbia University Press, 1984, pág. 46 f. La vital importancia de la así llamada «actualización» de los paradigmas en la ciencia normal kuhnianamente concebida (esto es, del elemento dinámico inherente en esta última» ha sido enfatizado en Veli Verronen, *The Growth of Kmowledge. An Inquiry into the Kulmian Theory*. Jyväskylä: Publs. of the Dept. of Philosophy, Jyväskylä University (Finland), 1986.

[10] Véase Enrique Zuleta Puceiro, «Scientific Paradigms and the Growth of Legal Knowledge», en *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy (ARSP), Beiheft, núm. 25*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1985, págs. 127-134. Para una discusión más cercana a los desarrollos mencionados en último lugar, cfr. asimismo, *idem*, «Scientific Paradigms and Legal Change», en *Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen*. Vammala: Oikeustiede-Jurisprudentia, vol. XVI, 1983, págs. 331-347.

Puceiro, Pierre Bordieu ha dado en subrayar un cierto número de puntos similares en su estudio del concepto de «campo jurídico» -un concepto con importantes conexiones con la noción de un campo (jurídico)- científico, cuyas premisas fueron esbozadas al principio del presente ensayo. Bordieu observa que el análisis de las condiciones sociales e históricas limitativas en la emergencia de la así llamada «autonomía» jurídica no deberían ser descuidadas en ningún examen crítico del funcionamiento del Derecho[11]. Una vez incorporadas, está, digámoslo así, absolutamente legitimado el permitir que la perspectiva se desplace hacia lo que antes denominamos la dimensión interna.)

La relevancia de estas contextualizaciones que han acompañado a la emergencia del análisis dogmático en la forma en que ahora nos es familiar, explica un rasgo del análisis de la dogmática jurídica interpretativa que es con probabilidad señalado por cualquier tipo de análisis fáctico del género aludido. Este rasgo es la sensibilidad relativamente activa a las anomalías de la indagación dogmático-jurídica. Los casos jurídicos «duros», esto es, que envuelven situaciones de lagunas del Derecho en sus variadas manifestaciones, son usualmente detectados, escuetamente hablando, con bastante sensibilidad en el nivel de la conciencia profesional de los especialistas en dogmática. Por supuesto, ello se une al hecho de que los intentos de solucionarlas pueden estar más o menos rutinizados en una forma que no garantice automáticamente el éxito. Pero en cualquier caso, detrás de la investigación se esconde la necesidad pragmáticamente motivada de «tener éxito» al acomodar en el seno del sistema jurídico también aquellos casos y aquellos objetivos de regulación que en principio son percibidos como desviaciones de la normalidad y la rutina.

Creo que es una gran virtud de esas perspectivas históricas que he conceptuado más arriba como «externas» el que ahora seamos capaces de situar el marco paradigmático de la dogmática jurídica, tal y como fue, entre los modelos de ciencia en general, por otra parte no ajenos entre sí.

El primero de ellos vendría a corresponder, en una perspectiva más bien kuhniana, con cualquier modelo del campo de las ciencias naturales mayores (major), cuyo desarrollo pudiera ser concebido en términos de etapas de ciencia normal, para la que un paradigma fuera articulado en nuevos dominios a la vez que

[11] Véase Pierre Bordieu, «The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field», en...

intermitentemente reformulado o (como interpretación particular de la matriz básica) incluso abandonado en favor de otro, en caso de que se revelaran desarrollos anómalos que requirieran acomodo. Ejemplos de tales desarrollos que la teoría de la ciencia clásica puede suministrar, en el campo de la física o la astronomía, podrían, comparativamente hablando, arrojar luz en aquellos correspondientes a la dogmática jurídica[12].

Hay, no obstante, otro aspecto que debe añadirse a nuestra descripción de las continuidades y discontinuidades de la dogmática jurídica. Y creo que es sólo incorporando este aspecto cuando estaremos en disposición de *explicar* asimismo cómo y por qué estas continuidades y discontinuidades aparecen entre mezcladas en la manera en que lo están. Cuando nos aproximamos a él, sugiero que deberíamos dejarnos guiar por un, por decirlo en términos pragmáticos, análisis moderno semi-clásico de la estructura de una disciplina distinta de la Física y la Astronomía, ciencias éstas bastante (y a veces demasiado) favorecidas en la mayoría de los estudios de las discontinuidades históricas. Estoy aludiendo, por supuesto, al trabajo pionero de Ludwik Fleck sobre la dinámica del conocimiento en la Medicina[13].

El interés de Fleck por la Medicina estaba motivado, junto a su propia profesión, por observaciones que también acarrean ciertas consecuencias en cualquier intento de elaborar el marco paradigmático que regule los desarrollos subsiguientes en Ciencia Jurídica dogmática e interpretativa. Para empezar, la Medicina combina aspectos teóricos y experimentales de la ciencia con aquellos otros que pudieran ser caracterizados como terapéuticos y prácticos. En segundo lugar, la estructura de la investigación médica es colectiva, así como interdisciplinaria, en el sentido de que las premisas de razonamiento previas frecuentemente han de ser reformuladas bajo la luz de información obtenida en las disciplinas colindantes. Tercero, los intereses de la investigación en la Medicina apuntan a desviaciones de lo normal (esto es, a estados patológicos de los organismos) más que a lo normal *en sí mismo* (an sich). Y finalmente, subyace a la Me-

[12] Los problemas y los pronósticos de tal comparación en general se discuten, por ejemplo, en Vittorio Villa, «Theories of Natural Science and Theories of Legal Science. Models and Analogies», en *ARSP, Beiheft*, núm. 25 (véase la nota 11), 1985, págs. 111-116.

[13] Ludwick Fleck, *Entstehung und Entwicklung einer wissenlchaftlichen Tatsache*. Eds. Lothar Schäfer y Thomas Schnelle. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1980. (Originariamente publicado en 1935. Este clásico moderno de los estudios de la ciencia ha sido publicado recientemente también en inglés, por Kluwer, Dordrecht.)

dicina una necesidad pragmática de éxito en la solución de problemas, a lo largo de toda la investigación y con el auxilio de la misma.

Sobre la base de todas estas observaciones básicas, Fleck concluye que la Medicina se caracteriza por una tensión permanente entre los intentos de una unificación teórica, sólo accesibles por vía de abstracción, y la necesidad de concretar los resultados, lo que por el contrario, pone en evidencia el gran número de perspectivas científicas competitivas que surgen cuando los especialistas se enfrentan a los tópicos al uso.

Para aquellos familiarizados con la historia de la literatura sobre los estudios científicos, es un hecho bien conocido que el concepto kuhniano de paradigma estuvo fuertemente influenciado por las intuiciones (intuitions) de Fleck, especialmente por su idea básica de que, en consideración de la ya mencionada tensión, siempre emerge lo que Fleck denomina «punto de vista» dominante (*Denkstil*) en un campo particular de investigación. Este punto de vista, no obstante, es tarde o temprano sustituido por nuevas concepciones[14].

En nuestro contexto presente, lo que los estudiosos de la Ciencia Jurídica podrían concluir de las premisas fleckianas es el hecho de que casi todas las características centrales que Fleck extrae del examen de la naturaleza específica de la Medicina parecen ser, en mayor o menor medida, transferibles a la descripción de la Ciencia Jurídica dogmática e interpretativa: así, la estructura colectiva (o más bien, en este supuesto, relativa al auditorio) y argumentativa de la investigación, la motivación especial de centrar la investigación en supuestos y situaciones que son interesantes únicamente por el hecho de que se desvían, o permanecen al margen, de normas (rutinarias), así como la necesidad pragmática de asegurarse el mayor grado de éxito como sea posible -en este caso éxito normativo y regulativo, especialmente en vista de la posición social más amplia que ocupa la investigación dogmático-jurídica. En conclusión, Fleck nos ayuda a percibir algunos de los gestos emergentes de la dogmática jurídica que pueden servir como puntos de anclaje para un análisis fáctico que trate de sustanciar la pretensión de que los desarrollos teóricos -sometidos a (o para el caso, generadores de) procesos de innovación conceptual dentro de la tradición de la investigación dogmática misma- tienen su lugar propio en el campo científico general de la dogmática jurídica.

[14] Cfr. Kuhn (nota 3), págs. vi-vii.

Es por ello por lo que me gustaría caracterizar a la dogmática jurídica, en tanto contenido de los estudios de la ciencia jurídica y filosófica, como ocupando una posición «entre Kuhn y Fleck», respectivamente. Lo que por descontado sería útil retener es el hecho de que las dos perspectivas designadas no son de ninguna manera incompatibles entre sí. Vendrían a ser, muy al contrario, descripciones complementarias.

3. *¿Son las descripciones puramente evolucionistas satisfactorias en la perspectiva de la Ciencia Jurídica?*

En la sección previa se mencionó el hecho de que algunas características particulares y decisivas de ciertas (no necesariamente todas) las disciplinas -como aquellas detectadas por Fleck en Medicina, con obvias contrapartidas en la ciencia jurídica- podrían ayudarnos también a explicar la naturaleza de su desarrollo científico efectivo. Es este punto el que desarrollaremos a continuación.

Propongo hacerlo mediante una breve discusión del extremo siguiente: ¿Cómo podríamos acomodar esas características en un punto de vista puramente evolucionista del desarrollo científico (y, eventualmente, del progreso), en su descripción general de la ciencia como un proceso? En el caso de que esas características parecieran acomodarse a esta imagen sólo en escasa medida, ello debiera interpretarse como respaldo de un punto de vista esencialmente no-evolucionista, esto es, de un punto de vista que enfatizara las discrepancias entre la investigación normal o rutinaria y aquellos otros desarrollos bruscos, en la búsqueda de un modelo capaz de integrarlos mejor. (Percíbase mi estipulación terminológica: estoy tratando evolución y revolución como conceptos, hablando toscamente, con una relación de contrariedad entre sí. Esto debiera bastar para nuestros propósitos. En el contexto presente no es apropiado tratar estos conceptos como si fueran contradictorios entre sí.)

Los relatos evolucionistas de la ciencia, considerados en su conjunto, parecen sugerir que las intuiciones científicas, las innovaciones y las teorías podrían ser (y, como norma, lo son) capaces de garantizar su éxito si los científicos que las reproducen y repiten, resultan asimismo exitosos en su intento de persuadir a otros científicos para que crean en ellas por medio de cualquiera de las técnicas ordinarias de la comunicación científi-

ca[15]. Una perspectiva evolucionista más refinada probablemente también reservaría un lugar para las propiedades «genuinamente» cognitivas de las unidades científicas que subyacen al proceso evolutivo: pretendería que el éxito de algunas intuiciones particulares y teorías está en obvia correspondencia con su eficacia en este sentido puramente cognitivo. No obstante, lo que principalmente parece perderse en perspectivas evolucionistas de esta índole es el examen de las bases del éxito teórico (y respectivamente el del fracaso teórico de las unidades cognitivas), así como la incapacidad consecuente para anticipar qué *clase* de presunciones y teorías *tendrán* éxito[16].

Este punto puede ser sustanciado también por otra vía: los marcos de trabajo evolucionistas parecen ser capaces de incorporar sólo muy pobremente -si es que lo hacen en alguna medida- la dimensión de una agenda explícita y, por así decirlo, «integrada» (aunque aquí se conciba de una manera metafórica) de la problemática crítica de cualquier disciplina concreta. Alisdair MacIntyre, en su reciente trabajo acerca de la relevancia de las tradiciones para la racionalidad práctica, ha subrayado la importancia de esa agenda para cualquier investigación que, constituida desde la tradición, quiera llegar a ser capaz de evaluar racionalmente tanto los avances como los retrocesos de los pronósticos sobre futuros desarrollos. Se trata de «aquella agenda de problemas y tareas no resueltos por referencia a la cual será evaluado el éxito, o la ausencia de este último, en conseguir un progreso racional hacia algún estado ulterior de desarrollo»[17]. Y como MacIntyre añade, puede también ser el caso que alguna investigación constituida según la tradición deje de avanzar a causa de sus propios estándares de progreso.

Este es un punto de vista que lleva algo más lejos nuestra evaluación crítica de las perspectivas puramente evolucionistas. Debiera añadirse inmediatamente que para que sea posible una valoración del progreso eventual en el seno de una disciplina

---

[15] Para un informe a gran escala que en su mayor parte trata de la ciencia natural, cfr. David Hull, *Science as a Process. An Evolutionary Account of the Social and Conceptual Development of Science*. Chicago: University of Chicago Press, 1988.

[16] Para una breve crítica del ensayo de Hull a este respecto, véase Mark Ridley, «Beastly Success», *Times Literary Supplement*, mayo, 12-18, 1989, págs. 503-504; para un examen crítico general de las descripciones sociobiológicas de la razón científica, véase Matti Sintonen, «Sociobiology helps-But Not Enough», *Science Studies*, vol. 1: 1988, núm. 1, págs. 43-49.

[17] Alisdair MacIntyre, *Whose Justice? Which Rationality?* London: Duckworth, 1988, pág. 361.

científica, debe existir dentro de esta tradición, disciplina o profesión, algún mecanismo institucionalizado a través del cual puedan ser emprendidas evaluaciones de la naturaleza de las señaladas. Parte esencial de la función de ese mecanismo es la de proporcionar, en los niveles críticos de examen teórico o conceptual, alguna explicación del modo y la causa por la que las cosas empezaron a funcionar mal mientras estábamos aplicando los sistemas previos de conceptos y principios explicativos. (Este punto tiene un correlato histórico en la famosa máxima del marqués de Condorcet, para el que la explicación de los errores que han sido cometidos debiera ser parte integrante del progreso del espíritu humano[18]). Y esto nos conduce a un punto clave en nuestra crítica de las descripciones puramente evolucionistas del progreso científico. Parece como si estos modelos no asignaran, como norma, ningún papel al funcionamiento de ese mecanismo. (Ello no pretende negar que, sobre sus propias premisas, podría postularse un mecanismo así como factor adicional con el propósito de que diera razón de la selección de las alternativas conceptuales más adecuadas. Pero eso no las liberaría de la carga de explicar de nuevo en términos evolucionistas el funcionamiento del mecanismo. Esto parece atraparlos en un círculo vicioso.)

En la dogmática jurídica, un modelo evolucionista de especialistas capaces de seleccionar siempre las líneas más idóneas de interpretación, funcionaría quizás de una manera aceptable si estuviéramos en disposición de fortalecer en su justa medida las presunciones básicas en relación al contexto operativo de la indagación jurídica. Pero con toda probabilidad éstas serían presunciones del tipo de aquellas que conciben los perfiles sociales y políticos de la dogmática jurídica a la luz de situaciones que emergieron hace ya algunas décadas, incluso siglos. Tales presunciones resultarían, desafortunadamente, insuficientes a la vista de los factores de incertidumbre cognitiva y normativa que *tienen* que desempeñar un papel importante en el desarrollo del Derecho moderno: hemos recorrido un largo camino desde el surgimiento de la matriz dogmática en sus primeras manifestaciones históricas. Y todo ello parece apostar por el hecho de que tales presunciones serían gravemente deficitarias en lo relativo a su grado de realismo.

[18] Antoine-Nicolas de Condorcet, *Entwurf einer historischen Darstellung der Forteschritte des menschlichen Geistes*. Ed. Wilhelm Alff, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1976, pág. 37. (Traducción alemana del original francés que apareció en 1791)

4. *Dislocaciones Conceptuales y su papel en el campo de la Ciencia Jurídica interpretativa*

Si las descripciones puramente evolucionistas no parecen ser, por consiguiente, especialmente apropiadas para los estudios sociales de la dogmática, resta la alternativa obvia de otorgar a las fases supra-evolucionistas, esto es, a las «brechas conceptuales», un genuino papel en el desarrollo de esta disciplina. Tales fases, en este contexto, y para todos los fines del análisis, pueden ser definidas recurriendo a la propia terminología de Kuhn: por ejemplo, como «cambio de los compromisos profesionales que tienen lugar en períodos de extraordinarios hitos de la investigación»[19] o como «procesos de desplazamiento en la red conceptual de la visión del mundo»[20]. El contexto básico más amplio para tales episodios teóricos de bifurcación o sustitutivos, es, probablemente, intuido con acierto por Thomas Heller, un teórico contemporáneo del Derecho; él escribe que en situaciones en las que las prácticas jurídicas resultan perturbadas, el restablecimiento de una (ahora alterada) práctica «no está positivamente determinado por la aplicación lógica de reglas teóricamente coherentes, sino que más bien procede i-lógicamente o *analógicamente* (el subrayado es mío-J. U.) y puede guardar relación con otros modelos de la praxis jurídica contemporáneos y competitivos»[21].

Heller parece haber dado con un punto correcto cuando subraya la naturaleza analógica de la interpretación jurídica (aunque yo me sentiría remiso a hablar de su i-logicidad: la analogía tiene sus propiedades formales, después de todo). La dimensión más importante de esa analogía parece ser la interacción conceptual y teórica que tiene lugar entre las concepciones recibidas y las novedosas: mientras las situaciones previas desacostumbradas eran concebidas como instancias de lo familiar, lo familiar mismo es también visto bajo una nueva luz. En esta dimensión, no hay quizás nada excesivamente dramático en la aparición de brechas conceptuales en los pensamientos doctrinal y científico, en el Derecho o donde quiera que sea. Más bien, tales brechas podrían ser vistas simplemente como puntos termínales de desarrollos que por un tiempo más o menos dilatado han estado «en

[19] Kuhn (nota 3), pág. 6.

[20] *Ibid.*, pág. 102.

[21] Thomas Heller, «Legal Discourse in the Positive State: A Post-Structuralist Account», en Gunter Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Vienna: Springer, 1986, págs. 173-199.

el aire». Reivindica la observación kuhniana de que «... una nueva teoría, no importa lo especial de su ámbito de aplicación, es raras veces o quizás nunca, un simple incremento de lo ya sabido. Su asimilación requiere la reconstrucción de una teoría precedente, junto con la re-evaluación de un hecho previo, un proceso intrínsecamente revolucionario que es en escasas ocasiones completado por un solo individuo y nunca de la noche a la mañana»[22].

Me parece que al menos dos intuiciones adicionales importantes se siguen, desde esta perspectiva, de la concepción de la dogmática jurídica como ciencia basada en la tradición: la idea de que dentro de una tradición constitutiva tanto del Derecho como de la interpretación jurídica, pueden darse, y de hecho continuamente se dan, renovaciones conceptuales. Este punto ha sido recientemente subrayado, al menos de forma indirecta, por Martin Krygier en su explicación de la noción de tradición jurídica[23]: sería absurdo aceptar irreflexivamente la idea de que una tradición es algo estático. Y también se sigue la intuición fundamental de que, por ejemplo, una reorientación gradual de la indagación dentro de un campo científico dado debe presuponer en algún sentido un mínimo grado relativo de madurez en la disciplina de que se trate. Por eso sería mejor abandonar la idea de que cualquier búsqueda genuina de la «originalidad» necesariamente habría de comenzar como de una marca de salida, e incluso de una forma intelectual determinada. (Quizás una comparación tomada de otro contexto sería apropiada en este punto. Precisamente en estos términos contrastantes [madurez como enfrentada a una originalidad supuestamente libre de tradición] es como ha caracterizado el musicólogo Martin Cooper el trabajo artístico de la última década de Beethoven- no como una búsqueda consciente de la originalidad, sino como la reorientación de una personalidad madura[24]. Los compositores, después de todo, se tornan cada vez más viejos y sabios, y eso mismo ocurre con las disciplinas, campos y especialidades científicas.)

En la perspectiva esbozada más arriba, las ideas relativas a una investigación típicamente dinámica y portadora de innovaciones en una disciplina que descansa en tales motivos teóricos y pragmáticos (concebidos a la manera fleckiana) -especie en que

[22] Kuhn (nota 3), pág. 7.

[23] Cfr. Martin Krygier, «The Traditionality of Statutes», *Rati Juris*, vol.? (198?), núm.?, pág.?

[24] Cfr. Martin Cooper, *Beethoven: The Last Decade, 1817-1827*. Oxford-New York: Oxford University Press, 1985, págs. 416-417.

creo poder incluir a la dogmática jurídica- las'soluciones normativas (a casos, a rompecabezas interpretativos, incluso más generalmente a problemas de regulación legal) pueden ser contempladas como más bien «aún-no-completamente-realizadas», o simplemente como hasta ahora no realizas en absoluto. Estas deben ser llevadas a la práctica exclusivamente por especialistas comprometidos en construir y mostrar la viabilidad racional de los resultados anticipados desde estas solución normativas. (Un caso ilustrativo de este punto podría ser el del debate sobre la posibilidad de principios sociales, tales como los atinentes a la justicia redistributiva, incorporados al Derecho privado). Esas ideas *no* son simplemente caracterizables como conjeturas ex ante que han de ser sometidas a comprobación en un proceso de investigación. Más bien, la investigación dogmático jurídica, en sus períodos de renovación, parece poseer un carácter peculiar y sugestivo, a tenor de cuál la mayoría de la investigación es realizada sólo después de que la solución se haya producido en consonancia con los presentimientos de la comunidad científica (o, para el caso, de la audiencia de argumentación). Es decir, son las potencialidades y las capacidades no realizadas de la regulación legal y normativa los factores que impulsan a la investigación a avanzar. (En la sociología constructivista de la ciencia, un punto similar en relación con cualquier tipo de investigación de laboratorio ha sido desarrollado sobre todo por Karin Knorr-Cetina[25]; yo estoy elaborando la descripción anterior, en gran medida, a partir de las categorías inspiradas por su marco de trabajo constructivista.)

La aceptabilidad racional de las interpretaciones y formas alternativas de extraer lo mejor del ordenamiento jurídico, -lo que, por ejemplo, Aarnio, ha apuntado como un principio regulativo de la dogmática jurídica[26]- podría ser (a la luz de estas perspectivas relacionadas con los rasgos relativamente mundanos de las dislocaciones conceptuales y de las transiciones en la interpretación dogmático jurídica) concebido a un tiempo como su principio constitutivo. La aceptabilidad racional constituye un estándar para la evaluación y la aceptación, a la vez que para la crítica. La relevancia de este principio está también represen-

[25] Cfr. Karin D. Knorr, «The Scientist as an Analogical Reasoner: A Critique of the Metaphor Theory of Innovation», *Sociology of the Sciences Yearbook*, vol. 4 (cfr. nota 1/Whitley), 1980, págs. 25-52; Karin D. Knorr-Cetina, *The Manufacture of Knowledge*, Oxford-New York: Pergamon Press, 1981, en especial los capítulos 1 y 3.

[26] Aarnio (nota 8), pág. 225 f.

tada por un punto adicional, y de hecho relevante, que, por ejemplo, Zuleta Puceiro ha puesto en evidencia[27]: que se espera que el ethos tradicional de la regulación uniformadora, monopolio del Estado -del que la dogmática jurídica estaba previamente imbuida- sea abandonado a formas de aseguramiento del consenso y las legitimidades política y social fundadas en la nueva esfera de lo público. Esto quizás signifique la emergencia de un punto de ruptura que prepare el terreno a una relación evaluativa crítica, y no contemplativa, de nuevo cuño, de los profesionales del Derecho con la «realidad jurídica». Tal relación sería, en principio, comparable, digamos, con la emergencia de la actitud crítica experimental de los modernos científicos, en contraste con aquellas contemplativas y fenoménicas. (Estoy siguiendo aquí la iluminadora caracterización que hace Kurt Bayertz de la contraposición anterior)[28].

A la vista de tales cambios, la noción de aceptabilidad racional debería quizás ser vista no sólo como el principio regulativo, sino también como el principio constitutivo de la dogmática jurídica; es decir, precisamente como aquel tipo de medio institucionalizable, y mecanismo de auto-evaluación, cuya relevancia probablemente sea minusvalorada por una descripción que proceda en términos puramente evolucionistas[29]. Puede que sea en virtud de la existencia de un medio tal por lo que estaríamos en disposición de señalar la existencia de una genuina conexión entre racionalidad y dislocación teórico-conceptual en la dogmática jurídica.

(Trad. de Evaristo Prieto)

---

[27] Zuleta Puceiro, 1983 (nota 10), pág. 334 f.

[28] Cfr. Kurt Bayertz, «Ueber Begriff und Problem der Wissenschaftlichen Revolution», en *Wissenschaftsgeschichte und wissenschaftliche Revolution*, ed. K. Bayertz. Köln: Pahl-Rugenstein Verlag, 1981, págs. 11-28.

[29] En otros términos, la aceptabilidad racional como un punto de partida crítico de la interpretación jurídica funciona como una suerte recurso cognitivo en el cual se ofrecen a aquellos que componen la audiencia de interpretación razones suficientes para creer que sus contribuciones a los procesos hermenéuticos, tanto conjunta como individualmente, tienen un significado real en el conjunto de los procesos de interpretación. Esta «producción de la certeza social» en los procesos interpretativos podría, de nuevo, ser comparada con rasgos análogos motivadores de dislocaciones conceptuales en contextos sociales y políticos; cfr. por ejemplo, Michael Taylor (ed.), *Rationality and Revolution*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, en especial las contribuciones de Taylor y Popkin.

REFLEXIONES SOBRE LA TRADICIÓN CONSERVADORA EN LA TEORÍA DEL DERECHO

Ahora que el año del bicentenario llega a su fin, parece oportuno preguntarnos por el lugar que ocupa la tradición conservadora en la teoría jurídica. En otras palabras, cómo una teoría del Derecho auténticamente conservadora aborda, o debería abordar, los problemas planteados por la Revolución francesa.

Antes que nada debo decir que yo no considero ninguna teoría del Derecho como «pura», en el sentido de que pueda verse como algo aislado de las aspiraciones políticas de los diversos grupos sociales. En efecto, yo veo la teoría del Derecho en gran medida como un instrumento útil para la teoría política, con el fin de articular de manera convincente propuestas de poder dentro del Estado y, podríamos añadir, entre los Estados (que de modo similar se encuentran en lucha unos con otros). Para decirlo con menos crudeza, bastaría con aludir a la inutilidad de los intentos por aislar cualquier rama de estudio (*Geistewissenschaften*) de la influencia filosófica.

Por lo tanto, se infiere automáticamente que yo no puedo dejar de ver una conexión muy estrecha entre la doctrina del llamado Estado de Derecho (*Rule of Law, Rechtsstaat*), por un lado, y las aspiraciones de la burguesía liberal que pueden remontarse a las convulsiones de 1789 y a toda la Ilustración, por el otro. La teoría conservadora moderna, tal como yo la veo, surgió como respuesta a esta amenaza, como respuesta a los peligros y a la destrucción efectiva que las teorías iusnaturalistas radicalizadas representaron para la civilización europea tradicional, a las declaraciones de derechos humanos, a la libertad e igualdad y, finalmente, a la democracia. Así pues, la teoría conservadora comenzó como una contrarrevolución; suministró las excusas teóricas para el terror blanco. A lo largo de todas las revoluciones posteriores hasta e incluida la rusa de 1917, la legitimidad de los tronos, el *statu quo*, el viejo orden y todos sus privilegios, fueron el caballo de batalla común de teóricos y es-

tadistas conservadores como de Maistre y, en mi opinión, Donoso Cortés.

Pero, por supuesto, estos conservadores estaban luchando por una causa perdida. El poder cambió de manos gradualmente durante el siglo XIX, y cada vez más, irónicamente, «liberales» como Guizot y Thiers se encontraron en la vieja posición del *ancien régime* de intentar bloquear la reforma radical, por la que quien clamaba era ya por entonces el proletariado, amenazando las instituciones y las posiciones de la burguesía capitalista. Su teoría correspondiente se había hecho entre tanto más positivista y menos idealistamente iusnaturalista, aunque después de la segunda guerra mundial ha habido un renacimiento del pensamiento iusnaturalista en ciertos sectores. Todavía hoy nos encontramos en cierto modo en una situación de difícil equilibrio entre liberalismo y socialismo. El conservadurismo propiamente dicho parece haber desaparecido, junto con su teoría.

En cierto modo la vieja tradición ha sido continuada por el pensamiento iusnaturalista católico, que no se ha dejado influenciar por el por otra parte dominante movimiento realista, ni siquiera en Escandinavia. También puedo añadir aquí que, de manera análogamente realista, pensadores como Kelsen, que ciertamente no pueden considerarse conservadores según mi interpretación, han puesto de manifiesto de modo convincente los presupuestos ideológicos liberales que se ocultan tras las concepciones y construcciones aparentemente técnicas de la ciencia jurídica positivista, como el *Gesetzbuch* alemán de 1898.

En este contexto de historia de las ideas, intentaré rastrear la escurridiza pista que ha seguido la tradición conservadora, tomando el año 1789 como punto de partida para llegar hasta nuestros días. Me refiero a Edmund Burke y al movimiento romántico, especialmente tal como fue desarrollado por los científicos alemanes. Porque aquí no sólo está la Reacción y la Santa Alianza, la policía secreta de Metternich y el rutinario *Beamtenstaat*; es también la *Freiheit* teutónica, o mejor dicho, alemana, como opuesta a la liberté de la Revolución francesa; un idealismo completamente distinto, que comprende todo el *Volk*.

Sería un error, creo yo, decir que Hegel llegó a captar este movimiento, esta revuelta contra las máximas de la Ilustración, esta reacción contra la Revolución; porque él lo plasmó en un sistema filosófico, lo intelectualizó, en suma, lo puso al servicio del *Beamtenstaat*, que, como hemos visto, de todas formas fue haciéndose cada vez más liberal, al menos después de 1848 (la unificación alemana de Bismarck cambió pocas cosas a este respecto). La teoría conservadora rehuye los sistemas, e intenta en

su lugar entender la vida intuitivamente, en una especie de modo holístico. No tiene en gran estima el poder de razonamiento del individuo, igual que tiene miedo de sus emociones, desatadas *en masse*. Pero, ¿cómo debe lograrse la incorporación del individuo a la comunidad, ganarse su lealtad, y explicarla «teóricamente»? Hasta ahora, la coacción y/ o el autointerés habían sido las únicas respuestas. No es de extrañar que de tales modos básicamente racionalistas de pensar no hubiera surgido un espíritu público. La idea del contrato social, desde luego, había sido durante mucho tiempo el instrumento al uso. Rousseau había intentando aplicarla a usos más fructíferos; su estilo era sin duda romántico, pero su idealismo era antiautoritario; la *volonté générale* había resultado ser irrealizable, y el esquema en su conjunto potencialmente despótico.

Burke, aunque se le pueda citar en sentido contrario, rompió con toda esta línea de pensamiento que durante tanto tiempo había reducido la sociedad a un mero contrato, a «un trato entre socios en el comercio de pimienta y café, percal o tabaco, o algún otro interés tan bajo; un trato que se adopta para lograr un propósito temporal y se disuelve al antojo de las partes». Por el contrario, de Burke puede decirse con justicia que idealizó la autoridad, pero no de modo que se le pueda hacer responsable de los abusos en los que esta nueva concepción del Estado desembocó más tarde. «La sociedad», continúa diciendo en su famoso panfleto *Reflexiones sobre la Revolución en Francia* (1790),

> «ha de ser vista con una veneración distinta; porque no es una asociación para cosas subordinadas únicamente a una vulgar existencia animal de carácter temporal y perecedero. Es una asociación para todo el saber; una asociación para todo el arte; una asociación para cada virtud, y para toda perfección. Como los fines de tal asociación no pueden alcanzarse en muchas generaciones, se convierte en una asociación no sólo entre quienes viven, sino entre quienes viven; quienes han muerto, y quienes van a nacer.»

Con estas conocidas palabras se inauguró una nueva era en el pensamiento político. Se había dado la señal para el avance general de las teorías organicistas del Estado. Y, como dije antes, fue en Alemania donde sucedió casi todo esto. Adam Müller se refirió al Estado con este mismo espíritu, como algo más que una casa en la que se puede entrar y salir a placer. Al principio, la recepción del pensamiento de Burke tuvo lugar a través de la Universidad de Göttingen y de la llamada Escuela de Hannover,

aunque Gentz, que tradujo a Burke al alemán, hizo un uso más reaccionario que romántico de sus ideas en nombre de la corte de Viena, que por aquel entonces estaba en el proceso de transformar a Austria de la *Aufklärung* al *Beamtenstaat* con incluso menos de esa fase romántica de transición que en cualquier otra parte del decrépito imperio alemán.

Pero es quizá con la reconstrucción de Prusia con lo que mejor puede asociarse la transición de la Ilustración al período romántico, aunque éste durará poco tiempo. También Prusia había sido en cierto modo un centro de la Ilustración, igual que después la actitud subsiguiente se reflejó a través de sus universidades y del romanticismo berlinés, constituyendo, se podría decir, la segunda ola después de Hannover. Lo primero que nos viene a la cabeza es la obra de reforma y oposición a los franceses, brillantemente llevada por von Stein: la agitación nacionalista expresada por Fichte, Arndt y Kleist, por nombrar sólo a algunos. El ideal de Stein había sido el de una libertad corporativa que debía conferirse a las estructuras muertas del antiguo *Ständestaat*, con lo que quedaría investido de un nuevo espíritu idealista de servicio, de espíritu público, de subordinación y sacrificio voluntariamente ofrecidos. De muchas formas y en muchos campos Stein fracasó en su intento de remodelar las instituciones alemanas según patrones ingleses; su sucesor, Hardenberg, fue incluso menos entusiásticamente romántico; y, como ya he apuntado, fue un experimento de corta duración.

Pero en el ejército este nuevo espíritu sí que arraigó. El *Freicorps* tuvo un éxito arrollador en 1813-15 junto a las unidades regulares, y con su esprit de corps recién adquirido el nuevo ejército y sus líderes iban a convertirse en una élite, el pivote en torno al cual giraría el Estado. Esta situación permitió, y se vio acentuada por, sucesivas reformas relativas al reclutamiento. Gneisenau y Scharnhorst sentaron las bases de la obra de von Roon en la década de 1860, proporcionando finalmente al poder lo que éste necesitaba: un ejército moderno de reclutamiento obligatorio con el que poder librar una guerra moderna de aniquilación (las ideas de Clausewitz llevadas a cabo por Moltke), lo que a su vez dio origen a la Alemania de Bismarck.

Pero no adelantemos acontecimientos. En 1814, con la reacción comenzando a asentarse, pero siendo todavía predominante el clima de opinión romántico, el ámbito del Derecho se vio directamente afectado. Napoleón ya había introducido sus códigos burgueses-revolucionarios en Renania y en Westfalia, mostrando a la burguesía alemana cómo podrían «liberarse» y modernizarse, emanciparse cívicamente, como si ello pudiera lograrse de la

misma manera en que los ejércitos revolucionarios habían triunfado en la década de 1790 sobre las formaciones mecánicamente entrenadas que las coaliciones habían sido capaces de reunir y que sólo se mantenían unidas mediante la coacción. Esta última actitud de guiar los comportamientos de la gente era también la que subyacía al *Landrecht* prusiano de 1794, la herencia del despotismo ilustrado de Federico, que contenía miles de normas detalladísimas. El código austríaco, que también había sido recientemente introducido, era más moderno y abstracto. Por lo demás, en el Derecho civil predominaba una complicada mezcla de fuentes del Derecho: *costumbres* del lugar; *Gemeines Recht*; diversos elementos romanos más o menos actualizados; así como toda suerte de curiosas disposiciones administrativas y de viejas adiciones *in casu* con sabor autoritario, que variaban de un principado a otro, siendo todas en general Derecho no escrito.

Este era el contexto de la célebre resistencia de Savigny al código que por aquel entonces se había propuesto para Alemania (o, para ser más precisos, principalmente para aquellas partes que hasta entonces habían estado sin código). Fue en parte la típica reacción del aristócrata del viejo orden, que despreciaba y se atrevía a contradecir las aspiraciones burguesas, expresadas de forma igualmente típica por Thibaut, su adversario. Pero, como ya hemos señalado, los códigos también podían destinarse a un «buen uso» al servicio de los intereses de la reacción emergente; podían hacer un buen trabajo para el *Beamtenstaat* de Hegel; en suma, forzar y dar marcha atrás al reloj. No obstante, la controversia era algo más que eso. Savigny también era en cierto modo un romántico; von Humboldt le había otorgado una cátedra de Derecho en la Universidad de Berlín, que había sido fundada en 1810 como parte integrante de las medidas de Stein para revigorizar al Estado prusiano, para reformarlo atrayendo a todos sus súbditos, invitándoles a servir al Estado no menos que a sus *Bürger*. La concepción organicista y romántica del Estado integró a todos los órdenes en un tipo peculiar de comunidad, una *Volksgemeinschaft*, que, como ya hemos visto en el caso de Burke, era verdaderamente una entidad super-individualista, hipostasiada, que comprendía un *Volk* particular a través de sus diferentes edades y generaciones, reteniendo una especie de carácter permanente. Esta es la raíz de la teoría del *Volksgeist* en la que Savigny basó su pensamiento jurídico; los materiales para la reforma jurídica deben, pues, tomarse de la propia historia del pueblo, y solamente serviría aquello que ha crecido orgánicamente. Era, en suma, un problema histórico, una cuestión teórica, perfectamente adaptable a usos políticos. Y

así fue usada, como sabemos, con el resultado de que el *Gesetzbuch* no se introdujo hasta ochenta y cinco años más tarde. Quizá quepa añadir que el propósito de esta sofisticada teorización acerca del *Volk* era, por supuesto, ofrecer una alternativa tanto al liberalismo (que habría atomizado el todo) como al socialismo (que lo habría dividido según diferencias de clase), aunque en la época de Savigny el liberalismo representaba, como ya dije, la principal amenaza.

La teoría de Savigny y de la Escuela Histórica en general sigue siendo enormemente peculiar e imprecisa, pero es desde luego genuina teoría jurídica conservadora. Típico, y se podría decir que extraño, es su firme énfasis, en la *Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), en la idea de que el origen último, directo e inescrutable del Derecho, está en el pueblo. El lo llama el «elemento político». Es una variación sobre el tema romántico del entendimiento intuitivo. Pero, al mismo tiempo, a Savigny le preocupa igualmente subrayar la necesidad y el enorme valor de la «jurisprudencia técnica», que ésta sea científica, aunque consista en una remodelación de materiales. Aquí, en realidad, los materiales con los que él y sus colegas trabajaron eran romanos, no germánicos. En este sentido, Savigny fue un típico «elegante jurista latino», un aristócrata también en su capacidad profesional, que finalmente se encontró en un campo diferente al de los normalmente menos grandiosos *Germanisten*. Y así, aunque Gierke, en su resistencia al *Gesetzbuch*, reproduce muchos de los argumentos de Savigny, éste último permanece mucho más vago y en cierto sentido más infiel con respecto al fundamento *völkisch* de su teoría. Debemos recordar también que las distinciones de clase, como ya se ha sugerido, tendían a unir las aspiraciones burguesas a las «Germanísticas», tanto política como científicamente, y que era imposible, incluso en la controversia Savigny-Thibaut, mantener estos campos separados. Y parecen haberse confundido cada vez más durante el siglo XIX. Siendo más críticos, nuestra conclusión es que la teoría que la teoría de Savigny muestra la inevitabilidad de apuntalar una teoría «pura» del Derecho con elaboraciones filosóficas (preferiblemente explícitas), al menos cuando llegamos a concepciones tan fundamentales en jurisprudencia como el Estado y -por seguir usando el alemán- el *Volk*; en el caso de Savigny se deja demasiado a la interpretación y a la especulación.

Para finalizar, señalaré brevemente el papel jugado por Gneist, y discutiré el destino de la moral tradicional en el Estado orgánico (especialmente cuando es concebido en tono *völkisch*)

y en nuestra era moderna y científica. Empezaré trayendo de nuevo a colación al ejército. Antes aludí a él como un elemento triunfante de la reforma romántica en el caso de Prusia. Con esa caracterización yo tenía en mente la búsqueda de instituciones históricas a las que se pudiera dar un nuevo modo de vida orgánica, que pudieran servir como puntos de referencia para un nuevo tipo de espíritu público o de idealismo, que venga de los corazones de quienes los «pueblan». Y es exactamente desde este punto de vista desde el que el ejército es una corporación tan importante en un Estado orgánicamente entendido. El ejército fomenta, o al menos debería hacerlo, un sentido de pertenencia, de buena disposición para servir y en última instancia dar la vida por el conjunto y por los demás hombres de la unidad en cuestión, mediante el cual también se adquiere una especie de profundidad moral. Y, además, sirve como el instrumento que da cumplimiento a esa especial vocación histórica con la que el *Volk* ha sido investido. El ejército *es* en este sentido el Estado y el *Volk*. Y una filosofía cultural adecuadamente formulada disculparía fácilmente cualquier embarazoso exceso contra la moral tradicional, el Derecho Internacional Público, u otras restricciones similares al uso de la fuerza, simplemente ignorando tales controles, apelando una vez más a lo que es bueno, mejor dicho, necesario, para el *Volk* (la teoría de la guerra total).

Gneist era demasiado chapado a la antigua para esa clase de embrutecimiento, y de todas formas el ejército no era asunto suyo. Al igual que Stein y los hannoverianos, él estaba fascinado por la vida constitucional de Inglaterra expresada en su historia, y allí buscó medios a través de los cuales el amenazante deslizamiento hacia la democracia pudiera ser detenido también en Alemania. Además, él era otro aristócrata. En Inglaterra, sostuvo Gneist, ese espíritu público se había conseguido mediante corporaciones locales (autogobierno), que finalmente constituyeron el tejido social que mantuvo el statu quo aristocrático. Desde la guerra civil se había evitado los ejércitos grandes, permanentes; eran vistos como instrumentos de opresión, de poder centralizado. La gran contribución de Gneist a la teoría conservadora radica en su acentuación del papel de las obligaciones asumidas en el contexto del mencionado tejido (cuyo cumplimiento produjo las lealtades y afectos hacia la comunidad por las que los conservadores, aunque fuera por su propia seguridad y bienestar, se habían interesado mucho más que los liberales), y sólo con el tiempo, de los «derechos». De modo que era ir por el mal camino empezar a exigir derechos de voto y cosas por el estilo, que sólo podían servir para destruir esos tejidos. En su

lugar, se debía invitar a esta gente a servir en el seno de los tejidos, a probarse a sí mismos antes de que se pudiera empezar a hablar de un derecho positivo a tener voz. Es el «pequeño pelotón» de Burke, aunque más elaborado: la integración orgánica, y el anteponer el cumplimiento de las obligaciones al discurso de los derechos, serían las nociones clave.

El moderno ejército de reclutamiento obligatorio, al que aludí un poco antes, es una buena ilustración del pensamiento Gneisteano. En Suecia fue utilizado por conservadores como el historiador Harald Hjärne, al vincular la cuestión del sufragio universal con la de la reforma militar: cumpliendo el servicio militar se obtenía el derecho al voto. Pero, antes de eso, no sólo se había recreado y fortalecido un órgano poderoso, un bastión de estabilidad en el Estado; el ejército también habría conseguido hacer de los trabajadores unos ciudadanos leales (inofensivos). ¿No demostró el estallido de la primera guerra mundial que la materialista solidaridad de clase había sido más débil que la lealtad al *Volk*?

Resulta más difícil detectar el elemento de idealismo que está en la raíz de este esquema conservador, según lo ven algunos, cuando pasamos a considerar el desarrollo del poderío naval como prerrequisito de una política exterior imperialista. Sólo se me ocurre el caso de Kipling, puesto que Kidd y Seeley eran liberales (compárese el libro de aquél, *La evolución social*, con el de éste, *El crecimiento de la política británica*). Factores naturales podían hacer necesario que un Estado orgánico apostara también por el poderío marítimo. La obra de Ratzel *Geopolítica* fue la que proporcionó la base teórica para el pensamiento conservador en su versión moderna, una ideología en conjunto más agresiva, menos idealista, y esencialmente nacionalista. También hubo una orientación similar dentro del campo liberal; quizá podamos mencionar aquí a Heinrich von Treitschke. El recurso al *Volk* adquiere un tinte más basto, con menos de esa paternal sabiduría mundana del aristócrata que todavía puede detectarse en el lenguaje de los defensores de la *Democracia Tory*, que a su vez puede remontarse al movimiento de Disracli *Joven Inglaterra*, sumamente romántico, allá por la década de 1840. Pero esto no era más que otro embrutecimiento que no tenía que sorprender: era sólo una oportuna adaptación al nivel de debate en una era de sufragio universal y de Metrópolis como la que reflejó Fritz Lang.

Era también una era de «progreso», ante el que los conservadores siempre se habían mostrado escépticos. ¿Cuál debería ser su postura? Algunos se embarcaron en una vehemente crítica

cultural, y se convirtieron en *Konservative Revolutionäre* o socialistas, como Mussolini en Italia y sir Oswald Mosley en Inglaterra. Kjellén, seguidor de Ratzel en Suecia y muy admirado en Alemania, quería revitalizar a la derecha por medios «*völkisch*». Ante el ascenso de los nacionalistas en Alemania, Kjellén había adoptado la idea de enlazar las dos líneas de pensamiento ideológico más poderosas del siglo XIX como la solución conservadora a los problemas del XX. En 1914, Kjellén había tomado partido abiertamente por Alemania, porque representaba el orden y una concepción de un Estado fuerte como el único medio para vencer la falsa libertad y el excesivo individualismo de 1789. Líder de un grupo de jóvenes conservadores, desafiante de la disciplina de partido, y seguidor de la ya por entonces desgastada idea del Estado orgánico, en oposición directa a la ciencia política tradicional y legalista, Kjellén es un buen ejemplo de la exasperación de los modernos conservadores en una era en la que todos los valores y virtudes parecen en cierto modo efímeros. De la misma forma muchos conservadores en Alemania aclamaron inicialmente la llegada del nazismo. Un ejemplo que viene al caso es el de Walther Merk. Merk pensó que los nazis iban a restablecer un *Ständestaat* autoritario que salvaguardaría materialmente esa conexión con la moral tradicional que muchos como él vieron expresada en la noción de *Germanische Freiheit*. Ni siquiera Kjellén hubiera imaginado una ruptura completa con la tradición cultural occidental (y su concepción del *Volk* como un colectivismo socialista moderno no tenía teorías raciales como una base esencial). Carl Schmitt y Karl Larenz fueron más cínicos; el fascismo, en el sentido amplio de Nolte, era claramente el camino equivocado para la teoría conservadora. La cuestión es si el giro tras la segunda guerra mundial hacia un discurso liberal de los derechos, de reducir la esfera de influencia del Estado, y de promover las organizaciones internacionales, aunque resulte un cambio comprensible, no queda incluso más lejos de su propio objetivo, al menos como expresión auténtica del alma conservadora.

(Trad. de Juan A. Pérez Lledó)

DERECHO Y DEMOCRACIA

¿Qué es lo que queremos decir exactamente cuando usamos el término «democracia»? Creo que la mayoría de nosotros nos referimos a lo mismo: una sociedad libre en la cual todos los ciudadanos gozan de libertad de expresión y cuyo gobierno se elige de acuerdo con el voto emitido por la mayoría en unas elecciones libres. En otras palabras, una democracia es una sociedad donde el pueblo gobierna.

No creo que esta definición de democracia vaya a causar gran polémica, dado que es la generalmente aceptada en el mundo libre. Sin embargo, si vamos un poco más lejos en el análisis del término, advertimos que: las cuestiones que englobamos bajo el rótulo de la democracia, cómo pensamos que debería estar organizada una buena democracia y cómo nos gustaría describir la relación entre el gobierno y las demás autoridades por una parte y los ciudadanos por otra, y la relación entre gobierno/ autoridades y Derecho, no son sencillas de responder y suscitan algunos problemas.

En primer lugar me parece que puede ser buena idea mencionar algunas exigencias o características que son necesarias en una sociedad democrática. Sin ir más lejos, ya podemos advertir que hay diferentes definiciones. Hay, pues, diferentes concepciones de democracia que quisiera tratar: ¿Deberá un gobierno, una vez elegido por la mayoría de los votantes, ser libre de hacer lo que quiera o es necesario limitar el poder de las autoridades de una sociedad de una manera u otra (v. gr. mediante la imposición/inclusión en la Constitución de normas relativas a la inviolabilidad de los derechos humanos)? La tercera cuestión que me gustaría apuntar se refiere al modo generalizado en que la palabra democracia se usa en el debate político y la tendencia a extender el área donde la democracia sería considerada lo ideal desde la vida política por ejemplo a la vida económica («democracia eco-

nómica»), los colegios («democracia educativa») o incluso las familias («democracia familiar»).

En este breve examen me referiré principalmente a la discusión en Suecia y otros países nórdicos. Puede ocurrir que los temas que se tratan aquí presenten algunas características propias del debate en el norte de Europa, y en Suecia particularmente; con todo, pienso que estas cuestiones merecen ser tratadas en todas las democracias.

1. *Los elementos básicos de una democracia*

Estoy convencido de que casi todos los demócratas que quieren describir qué es una democracia y cuáles son las características de un Estado democrático, lo harían básicamente de la misma manera; como una sociedad gobernada por el pueblo, donde el poder estatal pertenece y deriva del pueblo. No obstante, si la tarea consiste en definir el término democracia de forma más específica, pueden ofrecerse varias descripciones diferentes, según cuáles sean nuestras exigencias frente a la democracia.

Así, el profesor finés Lars Erik Taxell distingue tres elementos básicos necesarios para una democracia, a saber: la participación del pueblo en el proceso político, que tiene lugar cuando el pueblo elige a los representantes que ejercerán el poder en su nombre; esta participación sólo puede ser real mediante un derecho al voto igual y general. Una libertad de opinión en virtud de la cual los ciudadanos puedan expresar su parecer en público. Y por último, pero no por eso menos importante, el hecho de que en cuestiones de interés social donde las opiniones difieran, las decisiones se tomen según lo que exprese la mayoría, con las limitaciones que exige la necesidad de proteger a determinados grupos e individuos. Esta última observación afecta a un problema fundamental en todas las democracias que trataré después.

El conocido danés Alf Ross caracterizó la democracia como un método político y una forma de organización del Estado. También advirtió que el término democracia, tomado en sí mismo, no decía nada sobre el contenido real sobre el tipo de política a ejercer mediante tal método. Sin embargo, Ross afirma que aunque esto supone que la democracia en sí misma no basta para garantizar a cualquier individuo alguna libertad particular o derecho humano, hay un número de libertades vinculadas muy de cerca a la democracia, toda vez que sin ellas el principio del gobierno de la mayoría perdería su sentido. Sobre todo se refiere

a la libertad de expresión y a la libertad de asociación. Me parece que es aquí donde Ross incide en la cuestión clave a discutir: ¿puede funcionar una democracia sin derechos humanos garantizados jurídicamente de alguna manera, ya sea en la Constitución, mediante convenciones internacionales...?

Aleksander Peczenik considera que el concepto moderno de democracia está ligado a determinados juicios de valor. Al denominar democrática a un determinado tipo de sociedad o a un determinado país, expresamos nuestra apreciación. Una definición de democracia libre de valoración, que simplemente equipare la democracia con las decisiones de la mayoría, según Peczenik, no sería acorde con el lenguaje cotidiano. Incluso si «gobierno de la mayoría» es la idea central de la democracia, Peczenik considera que es posible probar si una sociedad es democrática o no, mediante el examen del lenguaje político. Esto puede hacerse examinando si ciertos hechos, determinadas características que son necesarias para la existencia de una democracia, se dan de hecho en un Estado. Tales características son:

1. Que el poder se ejerza por personas que verdaderamente representen los intereses del pueblo.

2. Decisiones mayoritarias mediante elecciones libres.

3. Derechos humanos. Peczenik no sólo incluye entre los derechos necesarios algunos tales como la libertad de expresión, sino que además menciona la mayoría de los derechos humanos enumerados por ejemplo en la Convención Europea de Derechos Humanos.

4. «Imperio de la ley» («Rule of Law»), los derechos [jurídicos] del individuo, lo que supone de forma más específica, que las leves deben ser previsibles o susceptibles de conocimiento previo en lo que se refiere a su modo de operar, y que tienen que ser aceptables desde un punto de vista ético.

5. División de poderes. Ni siquiera el parlamento deberá detentar todo el poder. Por ejemplo, la independencia de los tribunales es algo característico de la democracia.

6. Que las personas que ejercen el poder sean responsables de sus acciones.

7. La participación del ciudadano en la vida política.

Esta enumeración muestra que el término democracia también puede describirse de forma más clara y concreta. No obstante, la cuestión relativa a cómo describir los elementos básicos de una democracia no es precisamente la más difícil cuando examinamos el debate en torno a la democracia, aunque como hemos visto haya variedad de opiniones. La forma en que una democracia debería ponerse en práctica ha sido un asunto de

discusión permanente desde su nacimiento. Por ello me gustaría tratar ahora este tema.

2. *¿Cómo debería ponerse en práctica una democracia o puede haber democracia sin derechos individuales?*

Probablemente ninguna cuestión ha sido tan discutida en la historia de la filosofía política como los problemas relacionados con cómo es o debería ser ejercitado el poder en un Estado democrático. Debo referirme aquí a la discusión entre Burke y Thomas Paine sobre las consecuencias de la revolución francesa y la advertencia de Alexis de Tocqueville tras su visita a América sobre los riesgos propios de la democracia y el gobierno de la mayoría.

El noruego Rune Slagstad trató de hacer un análisis histórico de este problema identificando tres influencias que dominaban las teorías del Derecho y del Estado, susceptibles de múltiples combinaciones: la herencia de Maquiavelo, de Aristóteles y del liberalismo. Según Slagstad, la influencia de Aristóteles acentúa la dimensión ética de la vida política. Esta es la doctrina que trata de cómo deberían comportarse los ciudadanos para vivir una vida buena y de cuál sería la mejor forma en que debería organizarse la sociedad para permitírselo. El liberalismo destaca el constitucionalismo y la posibilidad de limitar y regular el poder del Estado, «limitarlo» mediante el Derecho. La cuestión clave es: ¿Cómo asegurar que el Estado estará limitado por sus propias leyes? El propósito del liberalismo es, en este sentido, evitar la identificación entre el poder y la justicia. O dicho con las palabras de Slagstad «¿En qué sentido puede -y quiere- el Estado estar limitado por sus propias leyes? Cuando las leyes, por así decirlo, son el lenguaje propio del Estado y el Estado democrático gobernado por el Derecho tiene el poder de crear cualquier ley, el fundamento para que este Estado sea gobernado por la ley puede cambiar rápidamente». La herencia de Maquiavelo insiste en que la política no tiene nada que ver con la ética. Lo único que importa ahora es como gobernar y controlar a los ciudadanos de una forma que asegure la supervivencia del Estado. La política se transforma en una cuestión de poder estratégica que no tiene nada que ver con la moral o la justicia (por supuesto esto no significa que a Maquiavelo no le interesara en absoluto la moral o la justicia, sino que pretendía separar la política de los valores éticos). Esta herencia es especialmente importante en los países nórdicos, debido al gran impacto que allí

ha tenido el realismo jurídico en la filosofía del Derecho durante el siglo XX. Slagstad nombra a Maquiavelo padre espiritual e ideológico de este realismo y hace hincapié en la gran importancia que han tenido en Escandinavia «los realistas jurídicos escandinavos».

Si nos fijamos en la situación actual en Suecia -que es el único país que conozco lo bastante como para estar seguro en este punto- creo que es justo admitir que el realismo tiene una posición privilegiada, arraigada en el debate científico y como luz orientadora de políticos y autoridades, que guía su visión de sus propios poderes. Como apunta Slagstad, es característico de este realismo cuando actúa en la vida práctica que el Derecho se vaya dirigiendo cada vez más hacia ciertos objetivos. Las leyes pasan a ser instrumento de cambios sociales y políticos más que la expresión de ciertos principios o ideales de justicia. El propósito del Derecho se convierte en la realización o cumplimiento de las ambiciones políticas de los gobernantes.

Hay diversas explicaciones sobre el fuerte arraigo que el realismo tiene en Suecia (y, en consecuencia, de la relativa debilidad del liberalismo, los derechos humanos, el constitucionalismo y la división de poderes). Entre las más frecuentes se encuentran: el desarrollo pacífico de la sociedad sueca, donde los ciudadanos nunca han tenido que luchar por sus derechos civiles; el gran impacto que han tenido filósofos realistas como Hägerström y Olivecrona, durante más de medio siglo, en la forma de pensar de los abogados suecos y en su concepción del Derecho y la justicia; y la larga hegemonía del mismo partido político.

Sin embargo, no pretendo discutir aquí con detalle este amplio tema. Antes bien, me gustaría centrarme en dos aspectos de la discusión que se mantiene hoy en Suecia, sobre todo en la manera un tanto confusa en que se están utilizando los derechos humanos, los derechos civiles y demás concepciones, y la forma en que debe entenderse el «imperio de la ley» («Rule of Law»), los derechos [jurídicos] del individuo.

Respecto a la primera cuestión, resulta paradójico que los derechos civiles hayan sido históricamente bastante bien respetados en Suecia a pesar de que varios representantes de los diferentes gobiernos hayan declarado abiertamente que los derechos humanos es un concepto inútil carente de sentido. Es justo reconocer que en general los jueces suecos y demás juristas, no se sienten a gusto cuando se enfrentan a problemas relacionados con derechos humanos. Surge, pues, el recuerdo de la herencia de Hägerström y otros realistas, que enseñan que no existen cosas tales como los «derechos», pues los derechos no pueden ex-

plicarse de forma lógica al no ser más que valoraciones de cosas que la sociedad o la gente en general contempla como «buenas».

Podemos poner varios ejemplos de la débil posición que tienen en la sociedad sueca los derechos humanos o los también llamados derechos civiles, no en la vida diaria sino como una idea, como una concepción. Me gustaría tratar aquí el uso equivocado de la expresión derechos civiles tal y como aparece entre la propuesta socialdemócrata de un nuevo programa para el partido. Como he dicho, podrían ponerse muchos más ejemplos. No obstante, éste es un asunto que merece la pena examinar.

Mi principal argumento para tratar esta cuestión es que derechos humanos y derechos civiles significan casi lo mismo y deben entenderse en el mismo sentido. Si tuviéramos que diferenciarlos, diría que un derecho humano puede concebirse como algo que cualquier individuo en el mundo puede exigir, mientras que un derecho civil pertenece a cualquier ciudadano de un Estado concreto. Lo que ambos conceptos tienen en común es sobre todo que están relacionados con los individuos y que en una sociedad gobernada por el Derecho (en un Estado de Derecho), donde están reconocidos, pueden ser alegados o exigidos por cualquier individuo frente al Estado. No obstante, en la propuesta de nuevo programa para el partido, los socialdemócratas están usando el término derechos civiles de una forma distinta.

Así, en lugar de hablar de derechos civiles, relacionados con los individuos en la sociedad sueca, los ciudadanos suecos, los socialdemócratas hablan de un «derecho ciudadano» del que se dice que es superior a derechos humanos tales como el derecho de propiedad. (El programa no dice si también es superior a v. gr. la libertad de expresión.)

¿Cuál es, pues, el significado, el contenido de este «derecho ciudadano»? La verdad es que la expresión no está bien definida en esta propuesta socialdemócrata. Cuando se utilizó por vez primera en el debate de 1986 para justificar un impuesto especial sobre pensiones privadas que fue muy discutido desde puntos de vista constitucionales, el primer ministro lo usó de forma que quedaba claro que concebía el «derecho ciudadano» -que se manifiesta en las decisiones que toma la mayoría en el parlamento- como superior por lo menos a algunas de las normas sobre derechos humanos de la Constitución sueca. También lo describió como algo más amplio que el derecho al voto y afirmó que resulta decisivo para las posibilidades del individuo ejercer una influencia en la sociedad. Pero esto va más allá de la concepción tradicional de los derechos civiles.

En esta propuesta de programa para el partido se definía

como derechos civiles el acceso de los ciudadanos a instancias tales como el cuidado de los niños, educación, cultura y hospitales, lo cual resulta bastante raro. Por ejemplo, si miramos las dos convenciones de la ONU de 1966, en ellas se advierte una distinción entre los derechos civiles y los derechos «económicos, sociales y culturales». Pero los socialdemócratas suecos consideran que es más fácil reconocer este tipo de derechos sociales, tal como los llamamos nosotros, desde que por así decirlo se dan a los individuos por el Estado y no como derechos que pertenecen a los individuos como tales. El partido encuentra mucho más difícil admitir la forma tradicional de los derechos civiles o, para ser más específico, los aceptan pero no quieren que constituyan de alguna manera una limitación al gobierno de la mayoría.

El programa también dice que el sector público de la economía ha tenido gran importancia al movilizar grandes grupos de ciudadanos en torno a la idea de un «derecho ciudadano» básico, que evidentemente muestra que «derecho ciudadano» significa algo más que los derechos civiles en sentido tradicional. Por tanto, creo que es honesto reconocer que para los socialdemócratas suecos, la democracia significa que la mayoría gobierna y que el «derecho ciudadano» -que en ningún modo equivale a los derechos civiles en el sentido tradicional de la expresión- se pone en práctica por la mayoría en el parlamento, que no estará muy limitada por normas sobre derechos humanos inviolables.

Es interesante comparar esta concepción de la democracia con la de Taxell, quien afirmó que puede elaborarse un modelo teórico de democracia en dos sentidos. En el primero, lo que él llama la concepción formal de democracia, entiende la democracia como un método o un sistema para la toma de decisiones en los asuntos de la sociedad. La democracia se transforma en una técnica para adoptar decisiones y no entra en el contenido de tales decisiones. En el segundo, llamado la concepción material de democracia, no excluye el primero sino que lo amplía. Esta concepción atiende al contenido de las decisiones tomadas en un orden democrático. Se especifican algunos valores que siempre deberán respetarse, de manera que la democracia adquiere un contenido material.

Como dice Taxell, ambas formas de vislumbrar la democracia no difieren mucho entre sí. Es posible construir un modelo teórico de democracia aun sin contar con sus elementos materiales -los valores de la democracia, como los llama Taxell-pero, como él dice, si la tarea consiste en proteger la democracia en una sociedad no podemos pararnos justo en el «proceso obligado de toma de decisiones». Si las decisiones no cuentan con unos

principios básicos relativos a su contenido, la democracia se parecerá a un sistema vacío que podrá ser maltratado por movimientos con aspiraciones totalitarias.

La otra cuestión que me gustaría analizar es cómo debe entenderse la idea del «imperio de la ley» («Rule of Law»). Aquí debo volver al núcleo de la discusión en lo referente a la situación sueca. Estoy seguro de que la mayoría de nosotros contempla este asunto, tal como vemos los derechos humanos, como algo ligado al individuo, un problema de los derechos [jurídicos] del individuo y de su protección jurídica, especialmente frente al Estado. Por tanto, la pregunta debe ser: ¿Qué exigencias debemos incluir en las nuevas leyes para que garanticen, hasta un punto razonable, aquellos derechos subjetivos del individuo?

En un informe gubernamental presentado hace unos cinco años por el departamento de justicia sueco, referente a delitos económicos, el anterior ministro de justicia sueco realizaba una distinción entre imperio de la ley formal y material («Rechtssicherheit»), donde el primero entrañaba la vigencia del principio de igualdad ante la ley y el principio de legalidad, v. gr. que los ciudadanos pudieran saber de antemano cómo funciona la ley en la realidad; mientras que el material suponía que los ciudadanos podían sentirse protegidos en su integridad, que no se cometerían muchos delitos y que los delitos cometidos serían castigados. Una comisión parlamentaria que comentó este informe no respaldó la distinción, pero recomendó como definición adecuada de imperio de la ley la que el ministro de justicia había empleado para describir el imperio de la ley formal. Después de esto, el departamento de justicia se ha servido de esta última definición en discusiones relativas a otras leyes, por lo que ésta parece ser la que guía por ahora la actividad de las autoridades legislativas en Suecia.

Peczenik ha cuestionado esta definición y considera que el imperio de la ley significa que las leyes deben ser a la vez previsibles y éticamente aceptables. Lo ha ilustrado con el ejemplo siguiente: los judíos en la Alemania nazi podían prever con facilidad que iban a ser perseguidos, pero nadie podía llamar a esto un buen imperio de la ley. Personalmente, sólo añadiría que la definición de imperio de la ley arriba citada es una definición parcial, que al no considerar el punto de vista ético, hasta el punto que democracia simplemente significa lo que la mayoría ordena -sin ninguna consideración hacia los derechos humanos-, proporciona al partido en el poder grandes posibilidades de elaborar cualquier tipo de leyes, incluso aquellas leyes totalmente inaceptables desde una perspectiva ética. Y entonces un

Estado democrático de Derecho puede convertirse rápidamente en otra cosa muy distinta.

3. *El amplio uso de la palabra democracia*

Últimamente el debate en torno a la democracia ha estado caracterizado a menudo por un uso amplio de este término. Me refiero a expresiones tales como «democracia económica», «democracia educativa», «democracia en el trabajo» y demás. Para poner algunos ejemplos recientes, citaré un fragmento de la nueva propuesta socialdemócrata de programa para el partido: «La democracia política es básica. Pero para alcanzar su pleno efecto, la democracia debe abarcar el campo de la producción.» «Si la sociedad democrática ha de culminarse por entero, el campo productivo no puede ser excluido de las normas democráticas.» «Los socialdemócratas quieren renovar las condiciones de trabajo extendiendo la democracia a la vida laboral.»

¿Cómo ha de relacionarse esta democracia ampliada con la democracia política? Personalmente, considero que sólo es útil utilizar la voz democracia en el tradicional sentido político. El término democracia, tomado en sí mismo, supone un tipo de organización de la sociedad y una forma pública de tomar decisiones, donde el pueblo gobierna, y nada más. (En este punto coincido con Ross. Otra cosa son las condiciones en que la democracia puede existir y prosperar mejor. En mi opinión, cuando tratamos esta cuestión procede recordar lo que Taxell llama los valores de la democracia). Cuando se interpreta jurídicamente, la democracia está ligada al campo del Derecho constitucional, y no al del Derecho del trabajo, por ejemplo. La concepción amplia de la democracia ignora, como afirma Taxell, que la democracia deriva del pueblo -v. gr. todos los ciudadanos de una sociedad- y que descansa en la condición de que todas las situaciones donde el pueblo intervenga en la toma de decisiones -en casa, en el trabajo o donde sea- puedan describirse como si la democracia estuviera funcionando.

Ross también se muestra escéptico frente a este uso amplio del término democracia. En lo relativo a la expresión «democracia económica», advierte que a menudo se usa para caracterizar un orden económico que puede ser más igualitario y justo que el presente, y considera que esta utilización de la palabra democracia resulta confusa pues no cabe analogía entre la «democracia económica» y la tradicional democracia política. La democracia política implica una forma de gobierno y las ideas de libertad que de ese modo pueden desarrollarse. El mero hecho de distri-

buir el crecimiento y la idea de igualdad económica están más allá de la concepción de democracia.

Ross también destaca el riesgo que conlleva este uso ambiguo del término democracia para designar fenómenos económicos -o culturales, «democracia cultural»- que no son análogos a la democracia política ni en su estructura ni en sus ideas. Al final puede conducir a una situación absurda en que la expresión democracia pueda utilizarse para designar sociedades que no pueden considerarse democráticas en el sentido tradicional sino extremadamente autoritarias o incluso dictatoriales (v. gr. «La República Democrática Alemana», el ejemplo es mío). En todo caso, esto muestra el cuidado que hay que tener al utilizar la palabra democracia.

Algunos comentarios finales

Los temas que se han tratado en este breve estudio son sólo parte de los múltiples argumentos desde los que puede debatirse la democracia. Y, como hemos visto, incluso los demócratas convencidos tienen diferentes concepciones de la democracia. Esto hace que la democracia sea especialmente interesante como concepción, como idea; es indiscutible, desde que todo el mundo la quiere, y al mismo tiempo difícil de analizar y susceptible de ser entendida de diversas maneras.

Aquí he hablado mucho -y de forma bastante crítica- sobre la situación en Suecia. No es porque me cause especial placer criticar las circunstancias de mi propio país. Lo que trato de decir -y así lo ilustran los ejemplos tomados de Suecia, el único país que conozco lo bastante como para tener una opinión clara- es que incluso democracias sólidas pueden peligrar si los derechos humanos y el «imperio de la ley» no se respetan y se observan con cuidado, tanto en el plano teórico como en la vida real.

Sin embargo, lo que parece cierto es que continuará el debate sobre las condiciones de la democracia. Su desarrollo reciente y satisfactorio en Europa Central y Oriental, añadirá sin duda inspiración y muchos argumentos a la discusión. Por tanto, el futuro de la democracia no parece demasiado sombrío.

(Trad. de Mercedes Carreras)

E N T R E V I S T A

ENTREVISTA A RENATO TREVES

1.

Quisiéramos empezar con algunos apuntes biográficos. Sus primeros anos de vida académica coinciden con un momento particularmente interesante de la universidad italiana. Tenemos entendido que entre sus maestros se contaron Gioele Solari y Rodolfo Mondolfo y que fue uested condiscípulo de Bobbio. ¿Qué importancia tuvieron para usted las enseñanzas de Solari y Mondolfo? ¿Qué otros profesores de esa etapa tuvieron para usted un interés especial? ¿Cómo incidía el clima espiritual impuesto por el fascismo en la vida académica? ¿Bajo qué circunstancias decidió usted emigrar a la Argentina? ¿Qué acogida se le dispensó allí?

Por lo que se refiere a mis datos biográficos y a mis primeros años de vida académica, diré que nací en Turín el 6 de noviembre de 1907 y que, después de haber frecuentado el *ginnasio-liceo* Massimo d'Azeglio, me matriculé en el primer curso de la Facultad de Derecho de la Universidad de Turín para el año académico 1925-26, el año en que, después del asesinato de Matteotti, el gobierno fascista promulgó las leyes especiales que instauraron y consolidaron la dictadura. Mi orientación cultural y política estaba ya, pues, bastante clara en aquel año, pero se hizo más segura y precisa en el año siguiente, 1927-28, en el que tuve tres profesores de extraordinario relieve: Francesco Ruffini, profesor de Derecho eclesiástico y senador que se había opuesto valientemente en el Senado a la promulgación de algunas leyes fascistas; Luigi Einaudi, profesor de ciencia de las finanzas, también él senador liberal antifascista y que, como es sabido, tras el final de la dictadura sería presidente de la República; y, en fin, Gioele Solari, profesor de filosofía del Derecho que, aun estando lejos de la política militante, había ejercido y ejercía una particular fascinación sobre los jóvenes antifascistas. Y no puedo olvidar que en ese año establecí lazos de profunda amistad, una

amistad, una amistad que duró toda la vida, con dos compañeros que jugaron después un papel del máximo relieve en la lucha contra el fascismo y en la Resistencia: Mario Andreis y Aldo Grosci.

Mi maestro fue Gioele Solari. Con él leí en 1929 mi tesis de licenciatura sobre «La doctrina saintsimoniana en el pensamiento italiano del Resurgimiento». Un tema que respondía a mis intereses juveniles por la tradición republicana del Resurgimiento y por el socialismo naciente. Después de haber publicado aquella tesis, en 1931, cuando decidí dedicarme a los estudios de filosofía del Derecho, fue Solari quien me aconsejo que me ocupara del neokantismo y que efectuase un viaje de estudios a Alemania; desde entonces, y por muchos años, en las diversas vicisitudes de mi vida él fue siempre para mí el punto de referencia seguro, el consejero paterno y afectuoso.

No conocí personalmente a Mondolfo en el período anterior al exilio argentino. En ese período tuve con él sólo una relación epistolar a propósito de mi ensayo sobre el saintsimonismo, ensayo que le había enviado por sugerencia de Alessandro Levi, profesor de filosofía del Derecho en la Universidad de Parma y muy vinculado a él. Con Levi, por el contrario, tuve relaciones de devota amistad desde los años universitarios. Me había puesto en relación con él mi sobrino Paolo Treves, hijo de Claudio Treves, diputado socialista por Milán. Después de la expatriación de su padre, Paolo, con su madre (la señora Oiga, hermana de Levi), había ido a establecerse a Turín y en aquella universidad estaba también él preparando su tesis sobre el pensamiento político de Campanella, bajo la dirección del maestro común, Solari. Desde el primer momento me sentí conmovido por la cordialidad, la vivacidad y la sencillez de Levi, el ilustre estudioso que desde entonces, y después, para toda la vida, quiso demostrarme su amistad. Recuerdo sus palabras de ánimo con ocasión de mi venia docente y mi primer encargo en la Universidad de Urbino. Recuerdo las ayudas y los consejos que me dio antes de mi partida para la Argentina. Y recuerdo, en fin, todo cuanto hizo después de la Liberación para que yo pudiera volver a enseñar en Italia y ser su sucesor en la Universidad de Parma.

No fui condiscípulo de Bobbio. Mi primer encuentro con él tuvo lugar en 1931, en el Instituto Jurídico de la Universidad de Turín, cuando yo era ya licenciado desde hacía un par de años y él estaba por licenciarse con una tesis sobre el idealismo italiano dirigida por nuestro común maestro Solari. Los lazos de amistad entre nosotros se establecieron inmediatamente y se consolidaron en el año siguiente, 1932, cuando ambos, habiendo decidido

dedicarnos al estudio de la filosofía alemana, por consejo de Solari, nos fuimos en viaje de estudios a la Alemania aún democrática. De vuelta a Turín iniciamos el camino habitualmente seguido para la carrera universitaria. En primer lugar, el examen para la venia docente que superamos en 1934. Posteriormente, el encargo en las dos universidades más pequeñas de Italia en aquel tiempo y, concretamente: Bobbio en Camerino y yo en Urbino. En fin, en 1938, el esperado concurso a la cátedra. Concurso que ganó Bobbio, quien poco después fue llamado por la Universidad de Siena, y del que yo fui excluido al resultar afectado por las leyes racistas promulgadas en septiembre de aquel año y que me privaban de toda posibilidad de trabajo y de vida digna en mi país.

Personalmente, tengo que decir que dichas leyes no fueron acogidas por mí de manera dramática. Desde hacía tiempo tenía la sensación precisa de lo que iba a suceder, y la decisión de emigrar a un país que me ofreciera la posibilidad de vivir y de trabajar fue natural e inmediata. También tuvo su parte el espíritu de aventura, un cierto deseo de revancha y quizás también el hecho de que la idea de emigrar no era para mí, al menos en teoría, una idea totalmente nueva.

La elección de trasladarme a América latina se debió a varios motivos. Razones de carácter contingente: una presentación de Eugenio Florian, que había sido mi profesor de Derecho penal en Turín, al profesor Salvagno Campos, de Montevideo, quien tenía una gran devoción por el primero, y el nombramiento como miembro del «Instituto argentino de filosofía jurídica y social» que me llegó precisamente en esos días; nombramiento que me hizo pensar que en ese país habría de encontrar a alguien que me conociera. Además, motivos de carácter general: por un lado, la afinidad de la lengua y el carácter de los habitantes que habría de hacer más fácil la adaptación; por otro lado, la fascinación de la cultura española republicana que pensaba estaría viva y activa en aquellos lejanos países que se mostraban dispuestos a acoger a los prófugos de la guerra civil.

Embarqué en Nápoles hacia el final de octubre de 1938 y, después de dieciocho días de navegación (entonces no se hablaba de viajes aéreos), desembarqué en Montevideo, pero no encontré posibilidades inmediatas de establecerme. Proseguí, pues, a Buenos Aires donde, después de haber participado en una reunión del Instituto argentino al que me he referido, con el apoyo del presidente del mismo, Carlos Cossio, que era profesor en la Plata pero tenía mucha influencia en Tucumán, su ciudad natal, obtuve un «contrato anual» para enseñar Introducción al Dere-

cho en aquella universidad, enseñanza que inicié en mayo de 1939 y concluí al final de aquel año académico, es decir, cuando obtuve, para el año sucesivo, una cátedra de sociología en la Facultad de Filosofía y Letras de la misma universidad.

2. Durante su estancia en Argentina tuvo usted oportunidad de entrar en contacto con el pensamiento español del exilio. Se ha referido usted con frecuencia a la influencia que supuso para usted la filosofía de Ortega y Gasset y ha aludido también en alguna ocasión al aprecio que siente por la obra de algunos juristas españoles, como Jiménez de Asúa. ¿Podría detallarnos en qué medida y en qué aspectos la filosofía de Ortega y, en general, el contacto con el pensamiento español y latinoamericano han sido importantes para usted?

Para contestar a esta pregunta, ante todo me parece oportuno recordar que «la fascinación por la cultura española republicana» de que he hablado no se debía únicamente a la simpatía que despertaba en mí el país que en 1936 había resistido a la agresión franquista y que después se había comprometido en una guerra desesperada contra el fascismo propagado en Europa, sino que se debía también a recuerdos e impresiones personales. En septiembre de 1937 me había encontrado clandestinamente en París con Garosci que regresaba de aquella guerra, y en nuestras conversaciones me había hablado no sólo de las acciones militares en las que había participado, del asesinato de los hermanos Roselli o de los problemas de la política italiana e internacional, sino que me había hablado también de la cultura española de la que era un sincero admirador, de poetas como Federico García Lorca y Rafael Alberti, de filósofos como José Ortega y Gasset, de filólogos como Américo Castro y de historiadores como Claudio Sánchez Albornoz.

Es fácil imaginar la impresión que experimenté cuando llegué a Buenos Aires en diciembre de 1938 y me encontré, llegados con dificultad como emigrados a esa ciudad, a algunos exponentes de la cultura española de la que Garosci me había hablado con tanto entusiasmo. Y uno de los hechos que me impresionó desde el principio fue el lazo que se había establecido inmediatamente entre estos exiliados y los intelectuales argentinos más abiertos y responsables y del que pude darme cuenta desde los primeros días de mi llegada frecuentando la editorial Losada en la que me había introducido Cossio, quien dirigía en la misma una colección de filosofía del Derecho en la que me había invi-

tado a colaborar. Conocí así en esa editorial a algunos intelectuales españoles de la generación anterior a la mía, como Luis y Felipe Jiménez de Asúa y a otros de mi propia generación, como el sociólogo Francisco Ayala y el economista Jesús Prados Arrarte, y conocí también a algunos intelectuales argentinos de notable nivel, entre los que estaba Francisco Romero, el filósofo más apreciado del momento, sostenedor de una dirección de pensamiento propia, pero muy abierto hacia la filosofía de Ortega y Gasset y hacia la filosofía alemana de la cultura. Y del significado y de la importancia del vínculo entre cultura española y argentina, que había notado desde los primeros días de mi llegada a Buenos Aires, pude hacerme después una idea cada vez más precisa durante los largos años transcurridos en Tucumán, donde tuve colegas españoles como el pedagogo Lorenzo Lusuriaga y el filólogo clásico Clemente Balmori, junto con los colegas argentinos discípulos de Romero: Eugenio Pueciarelli, Aníbal Sánchez Reulet y los hermanos Silvio y Risieri Frondili.

Para explicar la importancia que tuvo par mí el contacto con el pensamiento español y argentino, tengo que recordar ahora hasta donde habían llegado mis estudios de filosofía del Derecho cuando salí de Italia. Entre 1933 y 1934, después de mi vuelta de Alemania, había publicado algunos trabajos sobre la filosofía jurídica neokantiana en los que concluía compartiendo las críticas que habían dirigido al formalismo kelseniano autores que, como Heller o von Hippel, sostenían que la ciencia del Derecho tenía que adherirse cada vez más a las exigencias de la vida y de la historia y tenía que rellenar de contenido concreto las simples formas conceptuales. Posteriormente, desde 1934 a 1938, siguiendo la vía de la crítica al formalismo, me había ocupado del problema de la experiencia jurídica, esperando encontrar en las doctrinas que habían profundizado en ese problema, una dirección de pensamiento en la que poder encontrar una referencia; pero tengo que decir que en doctrinas tales como las de Schuppe, Capograssi, Gurvitch y otros autores que había tomado en consideración, no había encontrado soluciones satisfactorias.

En cambio, consideré que podía encontrar tales soluciones en la filosofía de la cultura de que hablaban Romero, Ortega y Gasset y, obviamente, los autores alemanes a que éstos hacían referencia. Así, en la Introducción a un ensayo titulado «Diritto e cultura» en que había examinado ampliamente las doctrinas de estos autores, pude sintetizar los resultados alcanzados diciendo que los mismos consistían «esencialmente en afirmar la exigencia de entender la experiencia jurídica como una experiencia cultural y en plantear y profundizar el problema del Derecho fraccio-

nándolo y proyectándolo en el más vasto campo de los fenómenos culturales.

En Ortega y en algunos otros autores considerados por mí en ese ensayo y también en ensayos posteriores, valoraba su relativismo y su perspectivismo que no llevaban hacia las posiciones del escepticismo, sino, por el contrario, hacia las del liberalismo. Así, puedo recordar que, para Ortega, con el perspectivismo se derrumba la errónea pretensión de que la realidad tendría «una fisonomía propia, independientemente del punto de vista desde la que se considera» y, por tanto, también la creencia de que «toda visión de la realidad desde un punto de vista determinado sería falsa si no coincide con su aspecto absoluto». Y a esta creencia le sustituye la convicción opuesta, propia del liberalismo, según la cual, la realidad se compone por su íntima naturaleza «de infinitas perspectivas todas igualmente verdaderas y auténticas; la única perspectiva falsa es la que pretende ser la única verdadera».

Como ya he dicho, no conocía a Mondolfo antes de mi partida de Italia. Lo conocí a su llegada a Buenos Aires en 1939, llegada que me había sido preanunciada por nuestro común amigo Levi. Mondolfo no ha sido, pues, formalmente mi maestro, pero lo fue de hecho en cuanto que durante mi estancia en la Argentina y también después estuvo siempre afectuosamente próximo y aprendí mucho de él y de su obra. Más concretamente, en sus escritos encontré una distinta pero no menos interesante filosofía de la cultura ligada a posiciones relativistas y problematicistas. Entre otros, pienso en su libro «Alle origini della filosofia della cultura» y en el ensayo final que se contiene, donde, después de haber afirmado que «la filosofía representa la cultura humana que adquiere consciencia de sí», pone de manifiesto el problematicismo de la filosofía que siempre sostuvo, al afirmar que «la consciencia filosófica... no es tanto el conocimiento de los sistemas cuanto la consciencia de los problemas» y que para la filosofía «la formación de los sistemas es, en todo momento, una exigencia de la consciencia de los problemas».

Por lo que se refiere a los años de mi permanencia en Argentina, tengo que decir que en ellos no me ocupé únicamente del Derecho como fenómeno cultural, sino también de otros problemas. Como profesor de sociología, después de haber publicado en 1941 un libro teórico titulado «Sociología y filosofía social», realicé algunas investigaciones empíricas sobre los conventillos (las viviendas de los cortadores de caña) en Tucumán y publiqué también en 1942 un librito titulado «Introducción a las investigaciones sociales». Además, me ocupé de las relaciones

entre el pensamiento italiano y el argentino, publicando un trabajo sobre la influencia de Vico en la filosofía jurídica de saintsimonianos Alberti y otro trabajo sobre los italianos y argentinos en los países del Río de la Plata. Por lo demás, preparé la edición argentina de los dos volúmenes de Gioele Solari titulados «La idea individual y la idea social en el Derecho privado». En fin, publiqué un libro sobre el pensamiento político de Benedetto Croce titulado «Croce, filósofo de la libertad», en el que traté de establecer una vinculación entre la religión de la libertad de este autor y el socialismo liberal de Carlo Roselli. Sobre este tema escribí también artículos en periódicos y revistas de la emigración política italiana y tuve en fin, una viva discusión con Francisco Ayala que dio lugar a la publicación de un ensayo conjunto sobre el pensamiento político de las jóvenes generaciones italianas y españolas. Este ensayo apareció en 1944 en las «Jornadas del Colegio México» y de él me he vuelto a ocupar en un artículo reciente que suscitó una brillante intervención de Francisco Ayala publicada en *El País* de 25 de febrero de 1988.

3. Usted ha venido defendiendo siempre, en la línea de Weber y Kelsen, la tesis de la separación entre teoría jurídica y sociología del Derecho. En los últimos años, sin embargo, parece que asistimos a un cierto resurgir de las teorías del Derecho de impregnación sociológica: nos referimos, por ejemplo, a la propuesta bobbiana de una teoría del Derecho prevalentemente funcional y no ya estructural, a la teoría «institucional» del Derecho de Weinberger y MacCormick, a movimientos como los Critical Legal Studies*, o a la insistencia de J. Raz en la necesidad de integrar en la teoría del Derecho algunos elementos capitales de la teoría política. ¿Qué opinión le merecen estas orientaciones? ¿Cree que pueden considerarse como indicativas de que la tesis de la separación está perdiendo fuerza?*

Para contestar a esta pregunta debo recordar, ante todo, que la sociología del Derecho, a mi juicio, debe dividirse en dos partes que se ocupan de dos problemas diversos. Por un lado, del problema de la sociedad en el Derecho, es decir, de los comportamientos y opiniones de los individuos y de los grupos respecto al Derecho vigente, problema que hay que profundizar con investigaciones empíricas microsociológicas realizadas con instrumentos y métodos adecuados, y efectuadas teniendo en cuenta los desarrollos de la ciencia jurídica y el significado de las diversas direcciones que la caracterizan. Por otro lado, del problema general del Derecho en la sociedad, esto es, de la posición, de la

función y del fin del Derecho en la sociedad visto en su conjunto; este problema exige investigaciones conectadas con la sociología general, la filosofía, la historia y la política.

De la separación entre teoría jurídica y sociología del Derecho a la que se refiere la pregunta, se ocupa la primera parte de la sociología del Derecho, y se trata de una separación que ha sido claramente especificada por un formalista como Kelsen, para el cual la teoría del Derecho se ocupa de las normas y la sociología del Derecho, de los hechos o, mejor, como él dice, de los fenómenos paralelos de la naturaleza que establecen, cumplen o violan las normas. Se trata además de una distinción hecha también por un sociólogo como Weber, quien hace notar que la teoría del Derecho se ocupa de las normas y del sentido lógicamente correcto que debe atribuirse a su expresión lingüística, y la sociología del Derecho, de los comportamientos, esto es, del actuar de los hombres referido a las normas y de las representaciones que estos mismos dan de las normas. Pero al citar el ejemplo de estos autores que han tenido el mérito de distinguir la teoría del Derecho de la sociología empírica del Derecho no pretendo sostener exclusivamente las concepciones de los formalistas en el ámbito de la teoría del Derecho. En este ámbito, comparto más bien la propuesta bobbiana de una teoría del Derecho prevalentemente funcional y no estructural y considero con interés la concepción institucional de Hauriou y de Romano así como la del Derecho como «regla de la vida social» de Duguit o la del Derecho como «hecho social» de Gurvitch. A estos y a otros autores formalistas les dirijo sólo el reproche de no haber distinguido la sociología del Derecho de la ciencia del Derecho entendida como jurisprudencia sociológica y de haber confundido la primera con la segunda. Una confusión como ésta era quizás admisible en los tiempos de Ehrlich e incluso en los de Pound, pero no es admisible hoy, en una época en la que estas investigaciones han alcanzado un desarrollo tal que no pueden ya ser consideradas como un simple capítulo de una disciplina jurídica cuyos cultores ignoran entre otras cosas las técnicas específicas de las referidas investigaciones.

No he hecho estudios específicos sobre los autores y direcciones de pensamiento a que se refiere esta pregunta y no estoy por tanto en condiciones de contestar en forma adecuada. De cualquier modo, puedo hacer notar que Raz, en el último capítulo de su libro *The Concept of a Legal System* acepta implícitamente la distinción kelseniana entre teoría formal y sociología empírica del Derecho, cuando, al afrontar el problema de la existencia de los sistemas jurídicos, propone *tests* que no pueden

ser utilizados si no es sirviéndose de los instrumentos de la investigación empírica. En obras sucesivas, como *The Morality of Freedom*, demuestra un interés por problemas de filosofía política que pueden entrar también en el campo de la sociología teórica del Derecho.

En la última edición de mi libro *Sociologia del diritto* cito la obra de Weinberger y MacCormick con el simple fin de recordar que la obra de Hauriou despierta aún actualmente un vivo interés, y también con esta finalidad recuerdo los nombres de otros autores que, como Schelsky y Hagen, han retomado y desarrollado igualmente la teoría de la institución. Sobre el movimiento de los *Critical Legal Studies* me es difícil expresar un juicio. He leído algunos escritos de Unger que es uno de los autores más representativos de ese movimiento. Tengo la impresión de que el sociólogo del Derecho, empírico o teórico, puede extraer de ellos estímulos útiles para investigaciones de carácter histórico, antropológico o psicológico, además de jurídico o político, pero no indicaciones precisas sobre los problemas de metasociología del Derecho, relativas a los límites y a las tareas de la misma disciplina.

4. Usted se ha mantenido fiel hasta ahora a una concepción relativista de la ética a la que asocia, a la manera de Kelsen, con los valores de la democracia liberal. Sin embargo, el relativismo, como teoría metaética y también como instancia de fundamentación de los valores democrático-liberales aparece, por un lado, cada vez más puesto en cuestión y, por otro, la discusión ética parece centrada, al menos de quince años acá, en teorías éticas de carácter marcadamente cognoscitivista. ¿Cuál es actualmente su posición sobre estos temas? ¿Cree que puede seguir considerándose al relativismo como la mejor fundamentación posible de los valores democráticos?

En la respuesta a la segunda pregunta, he manifestado mi simpatía por el perspectivismo de Ortega y Gasset y por el problematicismo de Mondolfo, y en muchos escritos incluso recientes he elogiado el relativismo de Kelsen y de Radbruch, de manera que soy substancialmente contrario al cognoscitivismo, esto es, al procedimiento de derivación de los juicios de valor a partir de los juicios de hecho, que encuentra su aplicación más evidente en las doctrinas del Derecho natural que tratan de fundamentar objetivamente en los hechos los valores expresados en las mismas normas de comportamiento. Considero, sin embargo, que en la base de la distinción entre juicios de hecho y juicios de valor subyace un valor de importancia fundamental: el valor ex-

presado por el principio de la tolerancia liberal que es propio de quien no pretende tener el monopolio de la verdad y muestra respeto, comprensión y disponibilidad hacia el pensamiento de los otros; el valor expresado por el principio del diálogo, según el cual, como dice Calogero, «es necesario que no sólo se toleren y se admitan las visiones de las cosas de los otros, sino que se demuestre por ellas una sincera curiosidad; es necesario que se tenga interés en comprender los modos mentales de los otros del mismo modo que se desea que los otros traten de comprender los nuestros».

Con la referencia a este valor expresado por los principios de la tolerancia y del diálogo, considero que, aun no siendo cognoscitivista, puedo manifestar todo mi aprecio por las doctrinas iusnaturalistas y, en general, por las doctrinas cognoscitivistas en la medida en que sostengan y defiendan tales principios.

5. La rica sociología del Derecho italiana es, en muy amplia medida, un producto de su magisterio y de sus iniciativas a partir de finales de los 50. ¿Podría explicarnos cómo se produjo el inicial despegue de esa disciplina y qué etapas fundamentales cabe distinguir a partir de entonces? ¿Qué iniciativas e instituciones han jugado un papel más destacado? ¿Qué lecciones podemos extraer de la experiencia italiana para desarrollar en España la sociología del Derecho?

Para contestar a esta pregunta es necesario distinguir el problema del afianzamiento de la sociología del Derecho en la cultura jurídica italiana, del problema de la introducción de la enseñanza de esta materia en las universidades y en los planes de estudio de las diversas Facultades.

Por lo que se refiere al afianzamiento de la materia en nuestra cultura jurídica, el primer paso importante en tal sentido tuvo lugar con la investigación sobre la administración de justicia en Italia que se desarrolló bajo mi dirección en el ámbito de las actividades del «Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale», entre el final de los años sesenta y los inicios de los años setenta, y que se realizó o sólo con la colaboración de jueces y de juristas, sino también con la de economistas, historiadores, sociólogos, investigadores empíricos y expertos en organización industrial. Esa investigación tuvo, indudablemente, el mérito de despertar interés por la materia en nuestra cultura jurídica; el interés se debía a la novedad que representaba, al prestigio y a la notoriedad de los estudiosos que participaban en ella y también al hecho de que los resultados alcanzados se recogieron en una

colección de doce volúmenes ampliamente difundidos por una prestigiosa editorial. Pero la investigación fue también objeto de numerosas críticas. En 1968, cuando apenas habían salido los primeros volúmenes de esta colección, juristas de autoridad, reunidos en un congreso que tuvo lugar en Ancona, aun reconociendo el interés que las investigaciones empíricas podían presentar para su trabajo, advirtieron que tales investigaciones tendrían que haber sido dirigidas exclusivamente por juristas, reservando a los sociólogos y a otros expertos, únicamente funciones ejecutivas subalternas. En 1971, cuando los resultados de la investigación ya concluida se presentaron al congreso internacional de la disciplina que tuvo lugar en aquel año en Varese, los jueces de la corriente de «Magistratura democrática» criticaron el «cientificismo sociológico que realiza un continuo trabajo de ocultamiento de los momentos más espinosos de la realidad social» y hacían notar, por ejemplo, que el funcionamiento del aparato judicial sólo interesa a quienes pertenecen a la parte de la sociedad a cuyo servicio funciona dicho aparato. En 1972, durante el congreso que tuvo lugar en Catania sobre «L'uso alternativo del diritto», algunos juristas, aunque no refiriéndose directamente a nuestra investigación, criticaron indirectamente su orientación reformista, señalando que la función de la ciencia del Derecho debe ser una función revolucionaría dirigida a favorecer la emancipación económica y social de la clase trabajadora.

En 1974, a pesar de estas críticas y quizás precisamente a causa de las mismas, se efectuó el segundo paso decisivo para el afianzamiento de la sociología del Derecho en el ámbito de la cultura jurídica italiana. En base a un acuerdo entre el centro antes indicado y el «Istituto di filosofía del diritto» de la Universidad de Milán, entonces dirigido por mí, se decidió publicar la revista «Sociología del diritto», la primera y, hasta ahora, la única revista sobre esta materia en nuestro país. En el primer número no se presentó un programa, pero se abrió un debate sobre la naturaleza y los objetivos de la disciplina. En el debate participaron numerosos estudiosos italianos y extranjeros. Las opiniones manifestadas fueron muchas y diversas. No es posible examinarlas aquí con detalle. Se trata, por otro lado, de opiniones bien conocidas en España, por el amplio análisis que de ellas hizo en su momento Elías Díaz. Sólo diré que en ellas se manifiesta un evidente contraste entre quienes tendían a incorporar la disciplina en la ciencia jurídica, haciéndola entrar prácticamente en la jurisprudencia sociológica, y quienes trataban por el contrario de asegurar la autonomía de la disciplina, señalando la

importancia de su vinculación con la sociología empírica, por un lado, y con la sociología teórica, por el otro.

El problema de la introducción de la enseñanza de la sociología del Derecho en las universidades y en los planes de estudio de las diversas Facultades es un problema en el que hay que profundizar teniendo en cuenta las situaciones personales, culturales, políticas y administrativas de cada país. En Italia, ciertamente, han ayudado las iniciativas que acabo de recordar, pero también han ayudado otros factores. Por ejemplo: el gran interés mostrado en estos últimos años por las materias sociológicas por parte de diversas Facultades y, especialmente, por las de ciencias políticas; además, la constitución de nuevas universidades y de nuevas facultades; y, en fin, la presencia de jóvenes activos y preparados, muchos de los cuales ocupan dignamente, ya desde hace algunos años, cátedras universitarias. Concluyo poniendo de relieve que, para la enseñanza de esta materia, las Facultades de Derecho son teóricamente las más adecuadas, pues en ellas se encuentran los jóvenes más interesados y preparados, pero son también las que están menos dispuestas a introducir cátedras de sociología del Derecho. Las Facultades de ciencias políticas, aun contando con estudiantes menos motivados, son, por el contrario, las más abiertas a acoger y favorecer las nuevas iniciativas.

B I B L I O G R A F Í A

(1 9 8 9)

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN ESPAÑA (1989)

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

ALARCÓN CABRERA, Carlos.

En torno a la lógica deóntica del Último Kelsen

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

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

(Daniel González Lagier)

ALEXY, Robert.

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

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

La tesis fundamental de este libro (la edición original alemana es de 1978) es la consideración del discurso jurídico de la argumentación jurídica como un caso especial del discurso práctico general. Para ello, el autor procede efectuando tres pasos sucesivos que se corresponden con las tres partes de la obra.

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

(Manuel Atienza)

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

Introducción filosófica al Derecho.

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

El libro, que es, como su título indica, una introducción filosófica al derecho, consta de 21 lecciones en las que se condensan los clásicos temas de la filosofía del derecho, presentadas en criterio eminentemente pedagógico, dado que el público al que van dirigidas las lecciones, preferentemente, es a los alumnos del primer curso de licenciatura en derecho. A éstos -en concreto de la universidad de Alcalá- está también dedicado formalmente el libro.

Estas 21 lecciones, en las que, como se dice, se condensan los clásicos temas de la materia, son agrupables también en las tres partes de la disciplina filosófico-jurídica según su clásica estructuración: Ontología Jurídica, Axiología Jurídica y Metodología Jurídica. A la primera se dedican las ocho primeras lecciones del libro. En ella se presenta un concepto de Derecho, en cuya presentación se insiste más en el aspecto de «derecho subjetivo» que en el de «derecho objetivo». El mejor tratamiento científico, pues, del primero de los aspectos del concepto hace quizá menos pedagógicas las páginas dedicadas al mismo, aunque manteniendo perfectamente la claridad expositiva.

Con el fin de conseguir esta clarificación conceptual se dedican varias lecciones a delimitar el derecho de otras figuras constituidas también por normas y, así, afines. Son éstas la Moral y los Usos Sociales. A la primera dedica el libro dos lecciones. Una primera a la presentación de criterios de diferenciación con respecto al derecho, que desde Kant vienen considerándose como básicos por un importante sector de la doctrina. Una siguiente lección está dedicada a presentar las críticas a los criterios de diferenciación vistos en la lección anterior.

En relación con uno de los criterios de diferenciación entre el derecho y la moral -el de la presencia o ausencia de la fuerza- el libro dedica una lección a estudiar las distintas maneras de entender la presencia de ésta en el derecho. Después de una introducción a la lección, el autor se refiere a las diversas formas de entender la misma, diferenciando en un primer epígrafe la coacción y la sanción y haciendo referencia en el siguiente a la diferencia entre coacción y coercibilidad, así como a las posturas doctrinales que consideran esencial al derecho una u otra manifestación de la fuerza. Un siguiente epígrafe hace referencia a la tesis de Alf Ross en relación con este problema, para quien la juridicidad de la norma, en lo referente al carácter esencial de la fuerza, consiste, no en estar respaldada dicha norma en la fuerza, sino en estar referida dicha norma a la aplicación de la misma. En un siguiente epígrafe en el libro se mantiene la tesis de que la fuerza es elemento esencial al derecho, aunque con unas razones diferentes a las expuestas por los sectores de la doctrina hasta aquí analiza dos. Los dos últimos epígrafes se refiere, el primero a las relaciones entre derecho y legitimidad, exponiendo en qué sentido ésta es esencial a aquél; y el último al origen histórico de la fuerza en el derecho.

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

ÁLVAREZ, Norberto.

La Universidad Española Actual como Aparato Ideológico del Estado.

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

En un espacio de nueve páginas el autor desarrolla un análisis critico del funcionamiento y estructura de la actual universidad española en el que la tesis central que se defiende es que la misma constituye esencialmente una región de aparato ideologizador del Estado con el que éste y el sector social dominante consiguen el consenso.

Al efecto de situar la universidad en el concepto de tales aparatos, el artículo empieza presentando el concepto de aparatos ideológicos del Estado, tomando para ello como punto de partida el concepto elaborado por Gramsci con las matizaciones y desarrollo doctrinal que los sociólogos posteriores (especialmente Althuser y Poulantzas) presentan. Centrado ya el artículo en el tema de la universidad como aparato ideológico, el autor, después de destacar el escaso papel de la misma en la preparación técnica y humanística del alumno, desarrolla la tesis de que tal ausencia de preparación, que tiene su causa inmediata en la deficiente dotación de medios de la institución, concuerda con el interés del grupo dominante de mantener las estructuras actuales. Basa esta postura en lo siguiente: A partir de la actual masificación universitaria, una universidad bien dotada facilitaría la preparación técnica y doctrinal de un amplio sector de la población; pero, dado que la sociedad española del futuro no gozará de un desarrollo técnico suficiente para poder colocar bien a los futuros licenciados y doctores, el que éstos (en paro o subempleados) gozaran de una deficiente preparación supondría un serio peligro para el sistema vigente.

Unido a esto el autor insiste en una serie de técnicas y costumbres universitarias tendentes a inculcar en el universitario (como ciudadano) un espíritu acrítico que facilite la subordinación a la ley y a la autoridad, sólo por ser formalmente ley y formalmente autoridad. Son éstos entre otros, el estudio memorístico de textos y códigos a los que se presenta como leyes o tesis indiscutibles, que el discente no puede más que atacar. Y, unido a esto, el respeto que infunde la categoría profesional de los catedráticos, que contribuye a inhibir el espíritu crítico del joven frente a las tesis expuestas por aquéllos.

El artículo se refiere en su última parte al papel ejercido en la universidad por el profesorado formalmente comprometido con un partido, argumentando sobre la -a juicio del autor- improcedencia de una tal vinculación desde el punto de vista de la función universitaria. En este punto el autor se refiere a dos tesis de los profesores Elías Díaz y Peces-Barba, no del todo compartidas.

AÑÓN, María José.

Democracia, disidencia y participación. Un caso paradigmático.

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

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

ASÍS ROIG, Agustín E. de.

Discriminación por razón de la raza.

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

En opinión del autor, aunque «la discriminación racial parecía ser un problema superado en la Europa Occidental contemporánea» ello «no significa que podamos afirmar que no existen problemas de discriminación racial dentro de nuestro ámbito geopolítico. Recientemente, el desempleo, descenso de la natalidad e inmigración a los países ricos de mano de obra evidentemente más barata, han hecho renacer estos problemas con gran virulencia dentro de los países industrializados y han sido la causa última de la reaparición en la esfera política de partidos de extrema derecha».

Para tratar este tema el autor estudia, en primer lugar, el «sentido especifico de la idea de discriminación» y en concreto la discriminación por razón de la raza. A continuación se ocupa de la sentencia de 13 de enero de 1988 de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo.

«Como resumen -señala el autor- podemos indicar que la discriminación, y en especial la que puede producirse por razón de la raza tiene una caracterización diferenciada de la mera y simple aplicación del principio de igualdad, sin perjuicio de que sea éste el precepto constitucional sobre el que se construya su protección. Su componente de hecho o situacional, su proyección colectiva, le caracterizan a la hora de apreciar su existencia, así como en el momento de establecer el ámbito de legitimación.

Sin embargo -continúa el autor-, el medio procesal únicamente puede ser expresión de esa lucha esquina a esquina, puerta a puerta, derecho a derecho, con esas diferenciaciones vejatorias para la dignidad humana fundamento de los derechos humanos y de la paz social misma, que tienen su origen en perjuicios que nuestro ordenamiento jurídico parece proscribir. Sin embargo, su eliminación total exige la acción positiva, la corresponsabilización de los poderes públicos, como parece apuntar la sentencia que comentamos.»

(Daniel González Lagier)

ASÍS ROIG, Rafael de.

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

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

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

(Daniel González Lagier)

ATIENZA, Manuel.

Contribución para una teoría de la legislación.

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

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

ATIENZA, Manuel, y GARZÓN VALDÉS, Ernesto.

Entrevista a Ulrich Klug.

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

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

(Daniel González Lagier)

BALLESTEROS, Jesús.

Postmodernidad: decadencia o resistencia.

Ed. Tecnos, Madrid, 1989, 158 páginas.

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

pensiero debole, no es otra cosa que simple decadentismo, abandono de la racionalidad, de la comunicación, y aún de la misma idea de hombre.

E) Ante la evidencia del fracaso de la idea de progreso como necesidad histórica, existe, sin embargo, otra postura bien distinta de la del decadentismo. La que se empeña en resistir contra la injusticia, inhumanidad y cretinismo creciente de nuestro mundo y coloca como metas fundamentales la lucha en favor de la paz y en contra de los bloques militares, la defensa de la frugalidad ecológica contra el despilfarro consumista y de la solidaridad ecuménica contra la indiferencia individualista.

En esta postmodernidad como resistencia se sigue creyendo en la razón, en el progreso y en la democracia.»

(Daniel González Lagier)

BARBERA DEL ROSAL, Adolfo.

Versiones de lo otro.

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

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

(Daniel González Lagier y Ángeles Ródenas Calatayud)

BARRAGÁN, Julia.

Las reglas de la cooperación.

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

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

(Daniel González Lagier)

BARRERE UNZUETA, M.ª Ángeles.

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

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

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

BAYÓN, Juan Carlos.

Causalidad, consecuencialismo y deontologismo.

NINO, Carlos S.

Respuesta a Bayón.

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

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

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

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

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

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

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

(Daniel González Lagier)

BILBENY, Norbert.

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

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

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

(Tomás Mingot Cortés)

BOBBIO, Norberto.

Derechos del hombre y filosofía de la historia.

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

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

Sin embargo, a pesar de la extensión que de los derechos humanos se vislumbra, y que pertenece a la llamada por el autor «historia profética» de la humanidad, el progreso «no se mide por las palabras sino por los hechos». Y no hay que olvidar -concluye- que, si bien desde el punto de vista de los derechos humanos parece existir un progreso efectivo, considerando otros aspectos de nuestro tiempo, se debería dar una respuesta completamente distinta.

(Yolanda Reyes Ramos)

BONETE PERALES, Enrique.

Tugendhat contra Rawls y Habermas.

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

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

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

(Daniel González Lagier)

CALSAMIGLIA, Albert.

Un egoísta colectivo. Ensayo sobre el individualismo según Gauthier.

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

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

(Daniel González Lagier)

CALVO GONZÁLEZ, José.

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

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

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

CALVO GONZÁLEZ, José.

Visión institucional del Derecho Financiero en España.

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

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

CALVO GONZÁLEZ, José.

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

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

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

CALVO GONZÁLEZ, José.

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

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

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

CALVO GONZÁLEZ, José.

Serge Fuster (Louis Casamayor), 1911-1988.

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

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

CALVO GONZÁLEZ, José.

Institución jurídica y positivismo jurídico institucional.

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

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

CALVO GONZÁLEZ, José.

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

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

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

CALVO GONZÁLEZ, José.

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

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

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

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco.

La cabeza de Jano.

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

En opinión del autor existe un tipo de investigación «histórica y con la que se pretende, simplemente, exponer cómo han discurrido las cosas en la época estudiada; en ella no tiene sentido "profundizar" en las obras de autores aislados que se suponen importantes; más bien lo verdaderamente relevante es estudiar a tales autores sólo en la medida en que influyeron en su época y en la posteridad; lógicamente, no interesa tanto el estudio minucioso de la obra del autor principal (...) como la multitud de escritos de sus epígonos y de enemigos, en los que se puede reconocer hasta qué punto el autor estudiado encauzo realmente la Historia. Este (...) tipo de estudio de los procesos históricos es el que he pretendido realizar en este libro; consecuentemente, no he centrado mi esfuerzo en "interpretar" las obras de Inmanuel Kant, sino que he procedido a estudiar las obras que la literatura jurídica aparecida entre 1790 y 1840, en la que apreciamos los antecedentes, el entorno, las interpretaciones de sus discípulos y de sus enemigos».

Los temas tratados en este libro son los siguientes: I. *UNA NUEVA RAZÓN*. 1. *Libertad o necesidad*; 2. *Una razón pura, al margen de la experiencia*; 3. *Los motivos de la pureza racional a priori*; 4. *El sistema como único método científico*; 5. *Las normas de la razón*; 6. *Una razón formal, vacía y negativa*; II. *METAFÍSICA DE LAS COSTUMBRES*: 1. *La autonomía ético-jurídica*; 2. *El problema de la definición de la libertad*; 3. *Los Urrechte: libertad, igualdad y propiedad*; 4. *Derecho y moral: sus diferencias*; 5. *Legalidad y Moralidad. El tema del deber jurídico*; 6. *Zwangspflichten y Gewissenspflichten*; III. *REINES NATURRECHT*: 1. *El punto de partida: la libertad del individuo expresada en el «estado de naturaleza»*; 2. *El principio supremo: no ser medio al servicio de otros*; 3. *La mentalidad pactista*; 4. *La noción del Derecho*; IV. *ANGEWANDTES NATURRECHT*: 1. *La propiedad*; 2. *Propiedad y sociedad civil*; 3. *La creación de la sociedad política*; 4. *La finalidad del poder político*; 5. *Las formas de gobierno y el problema de la democracia*; 6. *Los límites del poder político*; V. *EL PROBLEMA DEL DERECHO POSITIVO*: 1. *La naturaleza del Derecho positivo*; 2. *Derecho natural y Derecho positivo*; 3. *Los criterios para la creación del Derecho*; 4. *Las aporías del Derecho positivo*; VI: *LA «RECHTSLEHRE» KANTIANA EN SU ÉPOCA*: 1. *El individualismo ético-jurídico*; 2. *Teoría jurídica y teoría económica*; 3. *En el marco de ideas liberal del siglo XVIII*.

(Daniel González Lagier)

CAPELLA, Juan Ramón.

Malos tiempos para la ética.

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

El autor de este artículo pretende plantear el problema de si «el presente permite hacerse ilusiones acerca del comportamiento moral, o, en otras palabras, si hay una esperanza para la ética». La opinión del autor al respecto es que «para la ética corren "malos tiempos", al menos si se la concibe encerrada en sí misma, sin proyectarse sobre lo que podría llamarse lo público, o desinteresada de los problemas de la especie y no meramente de los seres humanos individuales».

En la primera parte del artículo el autor critica el «desencantamiento eurocéntrico de la ética. Lo que se denomina con la expresión "desencantamiento ético" prosigue el autor puede ser, estrictamente hablando, algo distinto: insensibilidad ética». Como consecuencia «la ética desencantada percibe que su referente relevante no son males producidos por la acción individual, sino "pecados" gestados de un modo social, cooperativo: que se ocupa, en una palabra de males asociativos».

A continuación el autor alude a dos grandes dificultades objetivas que entorpecen seriamente la formación de la consciencia moral en el tiempo en el que vivimos: «el carácter crecientemente artefactual, o artificial, de la acción humana y nuestro modo de actuar "dionisíaco" o excesivo que no impide reconocer que nuestro modo de vida no se puede generalizar a toda la humanidad».

Seguidamente, el autor recurre a un «modelo de problema que facilite a la consciencia ética la percepción global del laberinto en que se pierde»: el dilema de la miseria de la población brasileña y la necesidad de conservar la selva. «Los miembros de la sociedad especie humana pueden financiar a los brasileños la salida de su miseria sin necesidad de liquidar nuestra común selva tropical, ese bien precioso que, sin embargo, está en manos de los empobrecidos habitantes del Brasil.»

El autor concluye este artículo señalando la necesidad de un proyecto ético y un compromiso político y, asimismo, subrayando que «el nuestro es uno de esos instantes de transición en que las viejas instituciones ya no sirven y la practica sólo lo reconoce con titubeos».

(Ángeles Ródenas Calatayud)

CAMPS, Victoria (comp.).

Historia de la ética: 3. La ética contemporánea.

Ed. Crítica, Barcelona, 1989, 652 págs.

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

(Daniel González Lagier)

CARRIÓ, Genaro.

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

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

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

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

(Daniel González Lagier)

CUELLO CONTRERAS, Joaquín.

Las raíces filosófico-jurídicas del pensamiento penal español contemporáneo.

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

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

conviene y aprovecha al mismo criminal», entendidos en la línea correccionalista de los krausistas alemanes y españoles, lejos de los planteamientos prevencionistas generales o retribucionistas y próximos a la idea de una resocialización del infractor «desde su libertad»).

Luis Silvela se presenta como precursor de la armonización de los principios de «prevención de la lesión de bienes jurídicos por medio de la pena ajustada a la culpabilidad por el hecho y resocializador».

(Antonio Doval)

DE SOUSA SANTOS, Boaventura.

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

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

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

(Daniel González Lagier)

DOMÍNGUEZ JUAN, Milagros.

El jurado como garantía del funcionamiento democrático de la justicia.

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

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

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

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

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

(Yolanda Reyes Ramos)

ESTÉVEZ ARAUJO, José A.

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

Ed. Ariel, Barcelona, 1989, 279 páginas.

«Para articular las diferentes doctrinas que desarrolla Carl Smichtt dice el autor y establecer la importancia relativa de cada una de ellas es necesario conocer los problemas a los que esas doctrinas responden.

Los dos primeros capítulos de este trabajo pretenden, por ello, dar una visión del contexto en el que surge ese pensamiento que se analiza. El primero de ellos se refiere a la República de Weimar (...). El objetivo de este capítulo es el de seleccionar y resaltar aquellos fenómenos y acontecimientos que resulta imprescindible tener en cuenta para la comprensión de la obra de Carl Smichtt. Entre ellos, se incluyen algunos pertenecientes al período histórico inmediatamente anterior (el II Reich) como el «Conflicto Constitucional Prusiano». Estas referencias históricas podrían haberse intercalado en la exposición de la doctrina smichttiana, pero ello hubiera dado lugar a digresiones que dificultarían la lectura. Por ello se ha considerado conveniente ordenarlas en un capítulo aparte.

(…) A lo largo de la elaboración de este trabajo se puso de manifiesto que la discusión de los iuspublicistas weimarianos tenía suficiente entidad y por ello se aborda en un capítulo independiente, el capítulo segundo. El lector se percatará de que existe un paralelismo entre el primer y el segundo capítulo. Así, al análisis del II Reich contenido en el primer capítulo corresponde una sección del segundo capítulo destinada a analizar el modo de trabajar de los iuspublicistas en el Imperio. Y a la gran conmoción que provoca la pérdida de la guerra, la revolución y el advenimiento de la República corresponde una crisis del método, las preocupaciones y el modo de enfocar los problemas por parte de los juristas. La segunda sección del segundo capítulo se dedica a analizar la discusión que genera esta crisis.

Aparte de conocer los problemas a los que una determinada obra intenta responder, es necesario también conocer el filtro ideológico a través del cual esos problemas se perciben. De este modo puede entenderse con mayor facilidad el porqué de las respuestas que se dan. Por ello, el capítulo tercero va destinado a analizar los elementos más descollantes de la ideología de Carl Schmitt. También se pretende en este capítulo llamar la atención acerca de lo que podrían denominarse "trampas ideológicas" que se ocultan tras los planteamientos schmittianos. Con ello se intenta evitar que se lleve a cabo una utilización ingenua de las categorías de Schmitt, como si éstas fueran absolutamente inocentes (...).

La exposición de las doctrinas de Schmitt acerca de los temas específicamente jurídico-políticos como la soberanía, el Estado de Derecho, el parlamentarismo, la democracia, la relación entre Estado y sociedad, etc., aparece repartida en dos capítulos que distinguen las dos etapas en que se propone dividir la producción schmittiana durante la República. La primera etapa aparece estructurada en torno al intento de atribuir al presidente del Reich facultades de dictador comisario. Alrededor de esta cuestión central se articulan el tema de la soberanía, el del decisionismo jurídico o el de los límites

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

(Daniel González Lagier)

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

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

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

(Antonio González-Moro Tolosana)

FARRELL, Martín Diego.

Análisis crítico de la teoría marxista de la justicia.

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

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

(Yolanda Reyes Ramos)

FARRELL, Martín D.

Libertad negativa y libertad positiva.

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

Tras analizar los conceptos de libertad negativa y libertad positiva el autor se plantea la cuestión de las relaciones entre uno y otro tipo de libertad. En su opinión, «la libertad negativa no es condición *suficiente* de la libertad positiva. Pero esta sola conclusión no permite de por sí condenar a la libertad negativa, ni considerarla como carente de utilidad. Porque falta responder a otro interrogante crucial: ¿es la libertad negativa condición *necesaria* de la libertad positiva?

Este interrogante -continúa el autor- es más complejo de lo que parece serlo a primera vista, y para poder contestarlo correctamente hay que descomponerlo en dos preguntas diferentes: 1 ª ¿Es la libertad negativa condición necesaria de la libertad positiva *para un individuo?* 2.ª ¿Es la libertad negativa condición necesaria de la libertad positiva *para un grupo social?*» La primera respuesta, según el autor, es afirmativa. «No obstante -añade-, me parece que el libertarismo ha exagerado las consecuencias de esta conclusión, y lo ha hecho incurriendo en una suerte de falacia de composición. Del hecho de que la libertad negativa sea necesaria para la libertad positiva de cada individuo, extraen la consecuencia de que también es condición necesaria para la libertad positiva de todos los individuos, es decir, del grupo social. Y esto no es así.»

Para demostrar esto el autor, en primer lugar, reformula la pregunta «¿es la libertad negativa condición necesaria de la libertad positiva para un grupo social?»de la siguiente manera: «¿Puede limitarse la libertad negativa de algún sector de la población para aumentar la libertad positiva de otro sector?» En segundo lugar, recurre a la suposición de una sociedad caracterizada por una aguda diferencia en la distribución de los recursos en la que el sistema jurídico distribuya la libertad negativa entre los ciudadanos de forma igualitaria y abundante, pero no así la libertad positiva. La solución para mejorar este estado de cosas, según el autor, consiste en redistribuir el ingreso de los integrantes del grupo por la vía impositiva. De esta forma, y con ciertos límites, reduciendo la libertad negativa del sector acaudalado de la población se incrementa la libertad positiva del resto.

«Considerado desde otro punto de vista añade el autor, el tema que he planteado constituye un buen criterio para distinguir entre teorías liberales (como la de Rawls) y teorías libertarias (como la de Nozick). Recordemos una de nuestras preguntas originales: "¿Es la libertad negativa condición necesaria de la libertad positiva para un grupo social?" Si la teoría es libertaria, la respuesta debe ser afirmativa. Si la teoría es liberal, la respuesta debe ser negativa.»

(Daniel González Lagier)

FERRARI, Vicenzo.

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

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

(Daniel González Lagier)

FERRER SANTOS, Urbano.

Violencia y racionalidad.

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

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

(Tomás Mingot Cortés)

FIGUERAS PAMIES, Montserrat.

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

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

En este artículo la autora estudia «cuál fue el eco ideológico revolucionario en el mundo occidental y concretamente en Cataluña y en el pensamiento de Ramón Martín de Eixalá». Para ello se ocupa del «hecho revolucionario francés de 1789» (apartado 1), de las «influencias ilustradas en Cataluña y en España» (apartado 2), y del «liberalismo, nacionalismo, socialismo y tradicionalismo en Europa, España y Cataluña» (apartado 4), para centrarse posteriormente en la influencia de estos temas en Cataluña (apartado 5).

«Como última conclusión del peso de la Revolución Francesa en Cataluña -finaliza la autora-, podemos decir que en la ideología produce nuevas formas de pensamiento para derrotar al Antiguo Régimen. Dentro de la Universidad, el inmovilismo de este Antiguo Régimen era representado por la Universidad de Cervera, y al triunfar las nuevas ideas a mediados del ochocientos, la restaurada Universidad de Barcelona representa el nuevo pensamiento dominante, también reflejado en Martí de Eixalá, si bien en la vertiente ideológica, política y social, el autor no va más allá del sain-simonismo (positivismo marcado de romanticismo) y de un liberalismo conservador, por otra parte, ostentado por la burguesía de su tiempo a la vez que, si bien el racionalismo revolucionario y la influencia en su obra jurídica de Domat y de Pothier le hace defender como jurista el espíritu codificador, en filosofía aceptará la experiencia del sensismo escocés y el valor de la conciencia y de los sentimientos.»

(Daniel González Lagier)

FRAILE, Pedro.

Estado e individuo. Delito y prevención.

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

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

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

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

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

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

(Antonio Doval)

FARRELL, Martín D.

El dilema de Gauthier.

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

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

(Daniel González Lagier)

GARCÍA AMADO, Juan Antonio.

Introduction a l'oeuvre de Niklas Luhmann.

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

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

GARZÓN VALDÉS, Ernesto.

Acerca del concepto de legitimidad.

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

El artículo tiene por objeto «analizar algunos problemas vinculados con la obtención de criterios que nos permitan calificar de legítimo o ilegítimo a un determinado sistema político. En una primera aproximación a este tema podría pensarse que la mera aplicación de un procedimiento aceptado por los miembros del respectivo sistema (...) ofrece una vía segura para resolver la cuestión de su legitimidad o ilegitimidad». Con el fin de ilustrar la insuficiencia de este enfoque, en los dos primeros apartados, el autor expone dos teorías puramente procedimentales: la de Niklas Luhmnann y la de James M. Buchanan. Luhmann trata de eliminar toda referencia valorativa, de modo que, a su juicio, el procedimiento cumple la función de legitimar el sistema.» El error de Luhmann consiste -indica el autor - en creer que la calidad puramente formal del procedimiento puede bastar para asegurar la legitimación (o legitimidad) del sistema dejando de lado su contenido y los efectos reales del mismo en las expectativas de los miembros del sistema.» La concepción de Buchanan supone un avance con respecto a la de Luhmann, ya que acepta el concepto de legitimidad como concepto valorativo e introduce un valor que debe ser respetado dentro de una concepción liberal: el valor del individuo como ser claramente delimitado y portador de derechos, Sin embargo, su enfoque plantea problemas similares al de Luhmann: el valor del individuo como ser claramente delimitado y portador de derechos. Sin embargo, su enfoque plantea problemas similares al de Luhmann: el concepto de consenso unánime en Buchanan, así como el de procedimiento en Luhmann, «es una especie de sustituto ético del Derecho natural». La única limitación que Buchanan impone al procedimiento es la del consentimiento unánime, pero si el acuerdo «no va acompañado de ciertas limitaciones valorativas, el respeto a la decisión individual exclusivamente puede conducir a resultados aberrantes».

En el tercer apartado el autor traza la distinción de tres conceptos estrechamente vinculados: el de legitimación, el de legitimidad y el de estabilidad. Tras una breve descripción de ellos, señala que el ámbito de la legitimación «no proporciona criterios suficientes para decidir acerca de la legitimidad de un sistema político». Asimismo, pone de manifiesto la cierta «sacralización de la legalidad y su confusión con la legitimidad» que está presente en las obras de Luhmann y Buchanan «cuando erigen al procedimiento como criterio de verdad política y establecen una relación univoca entre evaluación y criterios procedimentales».

En el cuarto y último apartado, el autor trata de «esbozar el marco valorativo al que debe estar sujeto el procedimiento de elaboración de normas y decisiones para que pueda decirse que posee legitimidad». Dada la insuficiencia de los enfoques puramente procedimentales, es preciso introducir elementos de delimitación y control. «Así -concluye el autor- puede decirse que un sistema político S posee legitimidad si y sólo si representa el principio de igualdad esencial de sus miembros y procura superar y/o compensar las desigualdades accidentales a través de la imposición de deberes negativos y positivos sancionados mediante un procedimiento democrático pluralista, de acuerdo con la

disponibilidad de recursos de la respectiva sociedad.»

(Yolanda Reyes Ramos)

GARZÓN VALDÉS, Ernesto.

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

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

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

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

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

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

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

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

(Yolanda Reyes Ramos)

GARZÓN VALDÉS, Ernesto.

La polémica de la justificación ética de la conquista.

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

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

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

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

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

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

(Isabel Lifante)

GARZÓN VALDÉS, Ernesto.

Algo más acerca del «coto vedado».

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

El artículo constituye una respuesta a las observaciones formuladas por Javier de Lucas en relación con un trabajo anterior del mismo autor publicado en este número de Doxa. Dos son los aspectos a los que se trata de dar respuesta: por un lado, el contenido y alcance del «coto vedado» y, por otro, la posibilidad de incluir a Kelsen como partidario del coto vedado.

Respecto del primer aspecto -el contenido y alcance del «coto vedado»- hay que comenzar distinguiendo, por un lado, la forma por medio de la cual nos enteramos de su existencia universalmente aceptada recurriendo al «catálogo de derechos humanos incluidos en las declaraciones de las Naciones Unidas y, aprobados por todos los Estados del mundo» y, por otro lado, el problema de la «justificación» de los mismos «que puede ser solucionado sin necesidad de recurrir a fundamentaciones metafísicas o teológicas. Basta pensar en las propuestas del objetivismo ético». Otra cuestión fundamental es la relacionada con la «producción normativa con relación al "coto vedado", ella debe ser entendida primordialmente en el sentido de la realización efectiva de los derechos incluidos en él». En cambio, cuando se trate de los deseos secundarios de los representados, éstos deben ser respetados, aunque introduciendo una cláusula cautelar basada en la mayor información del representante. El autor concluye este primer apartado aludiendo a las dificultades que existen para que un sistema político real pueda considerarse como «democracia representativa perfecta», especialmente si el ideal que subyace a la democracia es lograr la completa autodeterminación de cada cual.

El segundo aspecto sobre el que se insiste en este articulo es el de la vinculación de Kelsen a la tesis del «coto vedado». Basta para ello con recordar la propuesta de Kelsen de «admitir una definición de democracia representativa que no admita el dominio de la mayoría y que acepte que "el principio de la mayoría" y, por lo tanto, la idea de democracia, es una síntesis de las ideas de libertad e igualdad».

(Ángeles Ródenas Calatayud)

GARZÓN VALDÉS, Ernesto.

Representación y democracia.

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

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

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

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

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

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

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

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

(Ángeles Ródenas Calatayud)

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

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

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

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

(Marina Gascón)

GAUTHIER, David.

¿Por qué contractualismo?

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

El autor del artículo pretende poner de manifiesto como la moralidad se ve enfrentada con una crisis de fundamentación y cómo, ante esta crisis, el contractualismo parece ofrecer la única solución plausible.

El autor explica por qué no es posible «rechazar la idea de una crisis de fundamentación en la moralidad como resultado de una apelación fuera de lugar a una idea de fundacionalismo, filosóficamente desacreditada o sospechosa», para lo cual expone el carácter y las dimensiones de la crisis. Sostiene que «la moralidad tiene ante sí un modo de justificación alternativo, conflictivo, más profundo, relacionado con nuestro sentido profundo de nosotros mismos que vale para todo el ámbito de la elección y la acción y que evalúa cada acción en términos de los intereses reflexivamente sustentados por su agente». «Me parece -prosigue el autor- que está fuera de duda la relevancia de los intereses de la gente para la justificación práctica. La relevancia de toda otra cosa, excepto en la medida en que afecte los intereses de la gente, me parece sumamente dudosa. Si los intereses reflexivamente sustentados por el agente, sus preferencias, deseos y propósitos, son, conjuntamente con sus creencias meditadas, parte constitutiva de su autoconcepción, no puedo ver ninguna vía remotamente plausible de argumentar sobre su relevancia que no esté similarmente relacionada con su sentido de si mismo. Y, en verdad, no puedo ver forma alguna de introducir algo que sea relevante para la justificación práctica, excepto a través de la autoconcepción de la gente.»

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

(Ángeles Ródenas Calatayud)

GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa).

Curso de técnica legislativa.

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

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

(Josep Aguiló Regla)

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús.

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

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

Este artículo es una síntesis de algunos apartados de los capítulos segundo y tercero del libro *Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático*. Concretamente el artículo está dividido en dos epígrafes. En el primero, se ofrece una visión panorámica de la evolución del movimiento republicano durante la Monarquía de Orleáns, resaltando la gran importancia que los primeros y los últimos años del período orleanista tuvieron de cara al asentamiento posterior de la democracia en Francia. Asimismo, en este epígrafe se pone de relieve la existencia de algunas asociaciones republicanas, entre las que merece destacarse la Société des droits de l'homme et du citoyen. La especial importancia de esta asociación descansa en tres razones:
- Estaba integrada, a diferencia de las demás asociaciones, no sólo por viejos jacobinos y jóvenes estudiantes republicanos, sino también por trabajadores.
- El acercamiento entre trabajadores y jacobinos iba a favorecer la fusión de dos corrientes: la democracia jacobina y el socialismo asociacionista o cooperativo, el socialismo se republicaniza, mientras que el jacobinismo se «socializa».
- Supone un intento del pensamiento republicano por adaptarse a la nueva situación política, económica y social, y por tener un programa político coherente y verosímil.

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

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús.

Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático.

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

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

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

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

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

económico y social, y sobre todo del derecho al trabajo, y teniendo en cuenta algunos antecedentes históricos, las nociones básicas de una concepción socialista -democrática y liberal- de los derechos humanos, alternativa a la concepción liberal conservadora.

El libro concluye con un epílogo en el que se analiza críticamente el papel que de manera generalizada se atribuye a Blanc en la historia del pensamiento socialista, reivindicándose para este autor un lugar más relevante en dicha historia.

GONZÁLEZ VICEN, Felipe.

Obediencia y desobediencia al Derecho. Unas últimas reflexiones.

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

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

(Isabel Lifante)

GONZÁLEZ VICÉN, Felipe.

Pierre Bayle y la ideología de la Revolución.

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

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

(Daniel González Lagier)

GUISÁN, Esperanza.

Persuasión y razón en ética y política.

CAMPS, Victoria.

Una metaética sin pretensiones (respuesta a Esperanza Guisán).

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

Estos artículos constituyen un comentario crítico de Esperanza Guisán a la obra de Victoria Camps *Ética, retórica y política* y la réplica de esta última.

Las objeciones de Esperanza Guisán a esta obra «son de índole preferentemente meta-ética, refiriéndose de un modo especial al estatuto epistemológico de los enunciados de la filosofía moral y política, más que a los principios, normas y valores que configuran su concepción de la vida ética y política recomendable que, casi sin excepciones, suscribo». En este sentido, opina que «ni la "memoria histórica" a la que se hace referencia en esta obra (...) parece ser definida con claridad precisa ni constituir un referente decisivo en ética, ni la *retórica*, o método de la persuasión, frente a la razón o método de la convicción, se presenta con unos contornos bien definidos que nos indiquen en qué consiste *persuadir* en ética utilizando métodos moralmente justificables, si no racionales por lo menos razonables, frente a la propaganda abusiva, la sugestión hipnótica, etc.»

Y añade esta autora: «Al margen de la, a mi modo de ver, debilidad epistemológica de la argumentación campsiana, habría que poner de manifiesto el factor corrosivo y desmoralizador que supone la propuesta de la *retórica, nada más*, como método propio de la actividad del filósofo de la Moral, carente del asidero de una razón práctica, ni siquiera en su versión más débil, que se ha desvanecido totalmente en la obra de la filósofa catalana.»

Por su parte Victoria Camps escribe en su réplica: «Sin duda mi metaética es débil. Es posible que no haya llegado a superar el descrédito wittgensteiniano hacia cualquier tipo de metalenguaje. Pienso que el trabajo del filósofo tiene que ser hoy menos ambicioso que antaño, y, por lo mismo, podrá ser más fructífero.»

Por otra parte, entiende, respecto a la segunda objeción de Esperanza Guisán, que «no es cierto que yo proponga a la retórica "como método propio de la actividad del filósofo de la Moral, carente del asidero de una razón práctica, ni siquiera en su versión más débil"».

«No creo que mi postura -continúa- sea tan distante de la de mi objetora, cuando a mí, como a ella, me preocupa el paso de la teoría a la práctica. Si apuesto por la retórica, por los medios, o por una ética de la responsabilidad o de las consecuencias, es, precisamente, porque pretendo no separar radicalmente la razón del sentimiento, la "necesidad moral" que siempre se da bajo fórmulas abstractas, y la contingencia empírica que no debería contradecir esa necesidad.»

(Daniel González Lagier)

HELIN, Markk.

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

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

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

(Daniel González Lagier)

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael.

Teoría General del Derecho y de la Ciencia Jurídica.

PPU, Barcelona, 1989, 489 págs.

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

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

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

(Daniel González Lagier)

HERRERA FLORES, Joaquín.

Los derechos humanos desde la escuela de Budapest.

Partiendo de la consideración de que «los derechos humanos constituyen una realidad histórica cambiante, exigiendo, por tanto, un tipo de reflexión flexible que, a la vez que proyecte sobre los mismos una explicación de su dinámica, no obvie esa naturaleza proteica que los caracteriza», el autor elige, para el estudio de su fundamentación, «las bases metodológicas y las categorías teóricas que la escuela de Budapest ha ido construyendo, primero, de la mano del gran filósofo y militante comunista Gÿorgy Lukács y, después, de un modo independiente y libre de todo reduccionismo y dogmatismo». «La escuela de Budapest -continúa el autor-, rótulo bajo el que se encuadran los pensadores que rodearon la figura del autor de *Historia y conciencia de clase durante sus últimos años de magisterio en la Hungría de Kádár*, proporcionan elementos teóricos suficientes para realizar la fundamentación que proponemos, tal es el cúmulo de parcelas culturales que dominan. Nuestro trabajo no consiste en hacer una historia o una fenomenología de sus miembros. Aunque para encuadrar nuestros argumentos haya que integrar sus propuestas teóricas en el contexto histórico en que se inició su andadura como filósofos, sociólogos, historiadores de la cultura, economistas, literatos, etc.

El contenido de este libro está estructurado en dos grandes partes, cada una subdividida en dos apartados. La primera parte trata precisamente de la fundamentación de los derechos humanos «desde» la Escuela de Budapest. Aquí hay que distinguir dos niveles, el primero consiste en esa contextualización de los elementos teóricos, políticos, ideológicos y filosóficos que nos ofrecen los intelectuales húngaros; y el segundo trata de concretar la fundamentación, basándose el argumento central en la interrelación entre tres factores: *a)* el trabajo, entendido como actividad humana específica; *b)* las necesidades humanas en su constante proceso de radicalización, y *c)* los valores, como preferencias sociales generalizables. La segunda parte del libro consistirá en analizar las posibilidades jurídicas que nos ofrece la fundamentación propuesta, primero, para la construcción de una futura teoría general de los derechos humanos como normas jurídicas internacionales Y, segundo, para replantear la necesidad de la utopía en un mundo tecnificado y ahogado por la manipulación y el consumo indiscriminados».

(Daniel González Lagier)

HERVADA, Javier.

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

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

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

HERVADA, Javier.

Il diritio naturale nel ordinamento canonico.

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

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

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

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

HERVADA, Javier.

Le droit dans le réalisme juridique classique.

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

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

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

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

HERVADA, Javier.

Inmanencia y trascendencia en el derecho.

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

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

IBAN, Iván C.

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

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

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

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

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

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

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

(Daniel González Lagier).

ITURRALDE SESMA, Victoria.

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

En este trabajo se analizan algunas de las cuestiones que eventualmente surgen en el proceso de aplicación judicial de la ley. Concretamente, y partiendo de un modelo teórico de aplicación de derecho, se trata de examinar los problemas que puede plantear: la individualización del enunciado normativo valido que disciplina el caso individual y el establecimiento de un significado de los enunciados normativos lo suficientemente preciso de cara a la decisión. En el primer aspecto se analizan los problemas de las antinomias y lagunas jurídicas y en el segundo los relativos al lenguaje legal.

El libro se estructura como sigue: *Introducción*, Capítulos: I) *El lenguaje legislativo: análisis semántico*, II) *Las antinomias normativas*, III) *Las lagunas de la ley*, y *Observaciones finales*.

Respecto del lenguaje legislativo, se estudian las características semánticas del mismo, poniendo de relieve, de un lado, su fundamento (semántico y sintáctico) en el lenguaje común, y de otro lado, las peculiaridades que presenta respecto a éste. Éstas se refieren a: la existencia de términos técnicos-jurídicos, la presencia de definiciones legislativas, y el establecimiento en el plano doctrinal de directivas interpretativas para la interpretación de los términos de dicho lenguaje. En la vertiente sintáctica, en la que el lenguaje legislativo no presenta rasgos específicos respecto del común, se señalan las principales causas de ambigüedad del mismo.

Respecto de la segunda cuestión, las antinomias normativas, se aborda un triple orden de cuestiones. En primer lugar, se estudia el concepto de antinomia en general para analizar más tarde el de antinomia normativa, distinguiendo como pertenecientes a este concepto dos tipos: antinomias deónticas y no deónticas. A continuación, y limitando el análisis a las primeras, se estudian los problemas que presenta la identificación de una antinomia deóntica, en función de tres elementos: los antecedentes deónticos, las relaciones deónticas y los consecuentes deónticos. A continuación se estudian los que vienen considerándose criterios tradicionales de solución de antinomias: jerárquico, cronológico y de especialidad. Se analiza el carácter (doctrinal y/o legal) de estos criterios, así como la incapacidad de estos de dar una solución definitiva a los problemas de conflictos normativos.

El tema de las lagunas de la ley comienza con una exposición de los diferentes sentidos que la doctrina iusfilosófica da al término laguna, con el objeto de precisar dicho concepto, a la vez que distinguir los principales sentidos de laguna en el terreno jurídico. A continuación se examinan las diferentes teorías negadoras de la existencia de lagunas en el derecho: en el plano iusfilosófico, la teoría del espacio jurídico vacío, la de la norma general exclusiva y la derivada de la obligación de juzgar del juez, y en el lógico, la basada en la interdefinibilidad de los operadores prohibido y permitido. Posteriormente se estudian los tres tipos de laguna que es necesario distinguir, para el análisis del problema de las lagunas en la ley: laguna normativa, técnica y axiológica. Por último, se analizan los caracteres que presentan la analogía y los principios generales del derecho, como medios tradicionales en nuestro derecho para cubrir los vacíos normativos.

Como consecuencia de lo anterior se puede decir que, independientemente de opciones ideológicas,

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

ITURRALDE SESMA, Victoria.

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

KLUG, Ulrich.

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

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

«En los trabajos aquí reunidos comenta el autor se analizan tanto posiciones jusfilosóficas generales y especiales como problemas jurídico-pragmáticos concretos en su contexto teórico. Algunos de estos ensayos fueron escritos hace ya tiempo, otros son de reciente data.»

«El amplio y variado ámbito de los temas jurídico-filosóficos y jurídico-pragmáticos tratados en este libro -continúa el autor- resulta del hecho de que aquí no se expone un sistema cerrado de una filosofía del Derecho y tampoco una extensa presentación de las consecuencias concretas. En lugar de ello, sobre la base de discusiones histórico-políticas actuales, se intenta mostrar algunas perspectivas fundamentales y analizarlas críticamente con métodos racionales. A ello se agregan intentos pragmáticos de aplicación en los cuales se proponen finalmente algunas acentuaciones político-jurídicas. Aquí se procura, dentro de lo posible, evaluar indirectamente también algunas expectativas recogidas como miembro del gobierno de un Estado federado alemán y como presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Federal de la República Federal de Alemania.»

Los textos recogidos en este libro se encuentran agrupados en tres apartados: I. *Investigaciones filosófico-jurídicas* («Algunas tesis acerca de un relativismo crítico en la filosofía del derecho»; «Intento de una fundamentación filosófica de los derechos humanos»; «Despedida de Kant y Hegel -una crítica jusfilosófica básica»; «La anarquía ordenada como modelo filosófico del Estado liberal de derecho»; «El derecho de resistencia como derecho humano universal»); II. *La utilización instrumental de la lógica en las decisiones jurídicas* («Sobre el concepto de concurso de leyes»; «Problemas de la lógica de la argumentación jurídica en el proceso judicial»); III. *La pragmática del Derecho y sus tesis básicas filosófico-jurídicas* («Autonomía, anarquía y control -Problemas filosófico-jurídicos y pragmático-jurídicos»; «Problemas filosófico-jurídicos y político-jurídicos del derecho penal sexual»; «La incitación a la guerra de agresión -Un nuevo tipo delictivo del Código Penal de la República Federal de Alemania»; «La valoración jurídica de la criminalidad nazi en la jurisprudencia de la Corte Federal de Justicia», «La fuerza antinormativa de lo fáctico»; «Función de gobierno, decisión política y moral concreta»).

Como resumen de estos trabajos, el autor formula las siguientes tesis: «Desde una perspectiva crítico-racional, son insostenibles concepciones jurídico-filosóficas con pretensiones epistémicas absolutas tales como la teoría del derecho natural, el positivismo jurídico o el intuicionismo jurídico. Todas las teorías pertenecientes a estas corrientes requieren una fundamentación metateórica si es que no quieren quedar libradas a la objeción de moverse circularmente en una autojustificación. Por tanto, desde un punto de vista crítico, cabe tan sólo comprobar que toda justificación del derecho sólo puede proporcionar resultados hipotéticos y, por consiguiente, se impone siempre un cierto escepticismo sin que éste, a su vez, pueda presentar conocimientos absolutos. Por último, sólo resta la apelación de intentar y probar siempre nuevas fundamentaciones metateóricas, axiomáticas o cuasiaxiomáticas, sin

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

(Daniel González Lagier)

KULEMKAMPFF, Arend.

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

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

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

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

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

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

(Daniel González Lagier)

LAMSDORFF-GALAGANE, Vladimiro.

Teoría del Derecho.

Ed. PPU, Barcelona, 1989, 407 páginas.

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

(Daniel González Lagier)

LAPORTA, Francisco J.

Respuesta a Javier de Lucas.

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

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

(Ángeles Ródenas Calatayud)

LAPORTA, Francisco J.

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

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

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

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

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

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

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

Libertad informática y leyes de protección de dalos personales.

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

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

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

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

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

(Josep Aguiló Regla)

LUCAS, Javier de.

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

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

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

LUCAS, Javier de.

La razón de Estado en el Barroco.

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

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

LUCAS, Javier de.

Representación y Democracia: problemas actuales.

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

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

LUCAS, Javier de.

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

Doxa, Alicante, 1989, págs. 291-299.

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

LUCAS, Javier de, y VIDAL GIL, Ernesto.

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

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

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

LUCAS, Javier de, y VIDAL GIL, Ernesto.

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

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

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

LUCAS, Javier de, y VIDAL GIL, Ernesto.

Notas sobre la interpretación constitucional en materia de derechos humanos.

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

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

MASSINI, Carlos I.

Inmanencia, transcendencia y derechos humanos.

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

«Vamos a partir en esta exposición -dice el autor- de un dato que aparece como indiscutible: que las corrientes preponderantes en el pensamiento actual acerca del tema de los "derechos humanos", o "derechos del hombre", o "derechos morales", o "derechos fundamentales" elaboran sus fundamentos de modo meramente *inmanentista* e.d., desde una postura que niega toda *transcendencia*, sea ésta de tipo *gnoseológico* u *ontológico*.»

«Constatando este hecho -continúa el autor-, es necesario -en sede filosófica- preguntarse acerca del valor racional de esas doctrinas para fundar adecuadamente los "derechos de hombre" o "derechos humanos", sobre todo habida cuenta de que éstos se presentan en el discurso habitual como planteando exigencias absolutas, e.d., inexcusables o sin excepción. Dicho de otro modo: ¿es posible fundar unos derechos que se presentan como absolutos, de modo meramente inmanentista, tal como lo hacen las opiniones que hemos reseñado?»

En opinión del autor, «para que sea posible la fundamentación de los "derechos humanos" en tanto que absoluto, es necesario abrirse a la doble transcendencia que mencionamos al principio: i) a la *transcendencia gnoseológica*, o sea, a la posibilidad de conocer una realidad independiente de la conciencia humana y de aprehender sus estructuras fundamentales, y ii) a la *transcendencia ontológica*, e.d., a la existencia de una realidad radical distinta del mundo, que habrá de ser necesariamente absoluta en cuanto diversa de lo limitado y, finito, restringido a ser de un modo determinado».

Al final del artículo el autor señala las siguientes dos conclusiones: «La primera, referida al carácter paradojal del pensamiento contemporáneo acerca de los "derechos humanos", ya que cuando más se los proclama y reclama, es cuando menos las corrientes principales de ideas aparecen como habilitadas para fundarlos de modo riguroso. Esta paradoja es uno de los aspectos más "chocantes" del pensamiento actual acerca de aquellos derechos, que habiendo heredado de la tradición cristiana las ideas de dignidad humana y sus prerrogativas esenciales, resulta ser, a raíz de su inmanentismo de base, intrínsecamente incapaz -y cada vez en mayor medida- de justificar seriamente esa dignidad y esas prerrogativas.

La segunda se orienta a mostrar cómo la pretensión contemporánea de fundar los derechos de los hombres en la mente de los filósofos y pensadores, al modo de una mera invención y sin tomar en cuenta la realidad de las cosas, tiene su última explicación en el intento de evitar toda referencia al Absoluto transcendente, límite contra el cual se estrellan todas las aspiraciones de absolutizar al hombre y su conocimiento.»

(Daniel González Lagier)

McCORMICK, Neil.

Constitucionalismo y democracia.

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

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

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

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

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

(Yolanda Reyes Ramos)

MAcCORMICK, Neil.

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

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

«Este trabajo -dice el autor- expone una crítica, aunque una crítica genuinamente respetuosa, de dos pensadores que han hecho contribuciones destacas al actual pensamiento conservador, F. A. Hayek y Michael Oakeshott. Su objetivo principal es la teoría del "orden espontáneo", de Hayek: su objetivo secundario, el "Imperio de la ley" (*Rule of Law*), de Oakeshott. Se arguye en él que ninguna de las dos teorías ni una combinación de ellas establece un fundamento adecuado para ciertas afirmaciones hechas por sus autores respecto a la justicia social. Como el trabajo de Hayek se desarrolla en parte a partir de reflexiones sobre el pensamiento jurídico escocés del siglo XVIII y tengo un especial interés en ese cuerpo de doctrinas, sigo a Hayek en mi elección de punto de partida.»

Hayek propone, «como ideal para la sociedad y el derecho», un «orden espontáneo» o *cosmos*: «Su teoría jurídica y política supone una defensa radical y completa del ideal de la sociedad como un orden espontáneo unida a una crítica mordaz del dirigismo y del socialismo en todas sus formas. Un blanco especial de su crítica es el concepto de "justicia social" y con él de todos los programas políticos propuestos en nombre de la justicia social.»

«La sustancia de la tesis de Hayek -continúa el autor- es que todos los ataques montados en nombre de la justicia social contra los esquemas de opulencia y pobreza existentes, es decir, las denuncias de las desigualdades económicas y consiguientemente políticas, suponen una disposición a comprometerse con, e incluso a institucionalizar, esquemas de lo que he llamado aquí "providencia especial". Conforme a tales esquemas, debemos de indagar en el grado de buena o mala fortuna de cada persona y hacer reajustes de acuerdo a alguna fórmula *a priori*. Además, como ninguna fórmula precisa ha sido nunca establecida en la teoría o acordada en la práctica para tales reajustes, la "justicia social" que se supone constituida por ellos es una quimera, un falso concepto (...). De acuerdo con ello, no sólo hay argumentos fuertes en favor de *cosmos* o el orden espontáneo; hay también argumentos de lo más poderoso contra todos los programas intervencionistas tendentes a alterar el orden espontáneo en beneficio de algún elemento, pequeño o grande, de *taxis* o la providencia especial. Estos programas llevan consigo el ejercicio del poder en la ignorancia y dependen de un pseudoconcepto de justicia e injusticia profundamente incoherente.»

Frente a la postura de Hayek, el autor ve las siguientes dificultades: «*Primero*, no está claro que algunas de las críticas a los órdenes espontáneos no se hayan desenvuelto ellas mismas espontáneamente como resultado de una extrapolación críticamente racionalista a partir de las ideas desarrolladas de justicia. *Segundo*, aunque eso no fuera así, tales críticas y las reformas políticas de tipo socialista o socialdemócrata a ellas asociadas han generado un estado de cosas sobre el cual los partidarios de Hayek tienen que emprender una acción positiva para restaurar las condiciones del orden espontáneo; pero entonces parece que los agentes políticos son, después de todo, responsables por los resultados del orden que han proyectado establecer. *Tercero*, y más allá del punto anterior, al

menos parece que una política deliberada y con el designio de restablecer un orden espontáneo va contra la proscripción de la planificación social.

Cuarto, la decisión de restablecer las condiciones del orden espontáneo, si es tomada, tiene que ser justificada y debe ser justificada apelando de seguro al consecuencialismo y probablemente a argumentos utilitarios.»

El autor concluye que «lo que Hayek realmente pone de manifiesto es que ciertos aspectos de la planificación y del socialismo de Estado, en la medida en que suponen la perfectibilidad de la planificación, son quiméricos», pero «lo que él no consigue demostrar es que no puede haber deberes positivos de justicia -de "justicia social"- entre la gente».

(Daniel González Lagier)

MARI, Enrique E.

Castigo y locura.

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

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

(Antonio Doval)

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio.

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

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

El modo habitual de abordar la presencia de la libertad en el derecho es concebirla como un valor o ideal que debe ser protegido y realizado, como algo que está en el vértice del ordenamiento. Pero aunque la libertad se encuentra entre los términos más emotivos del lenguaje se ha transformado también en el más frío de los tecnicismos jurídicos. No es lo mismo la libertad como ideal político que la libertad como instrumento de técnica jurídica, como estructura de un campo de argumentación. En el pensamiento jurídico se ha optado por ver el derecho desde la libertad, aunque paradójicamente sea un mundo de vínculos, lo que no deja de prestarse a cierta ironía.

El positivismo jurídico ha hecho de la libertad una sintaxis, un principio de articulación, y al elegir la libertad no está eligiendo un valor, sino un lenguaje con sus posibilidades y estrategias particulares. La libertad aparece así como un modo que tiene el derecho de estructurarse, como un vehículo de relación y diferenciación. El lenguaje de la libertad tiene una gran plasticidad, un considerable poder estilizador y dialéctico; es capaz de arriesgadas piruetas y resulta muy útil y potente para hacer del derecho un sistema. Dotado de gran abstracción y posibilidades combinatorias el lenguaje de la libertad se presta a una dinámica circular de apoyos recíprocos. La teoría de sistemas permite ver el derecho como un constructor de libertad: hay una libertad que es creación del derecho, en tanto que traza alternativas y hace posible la elección. Desde esta perspectiva el derecho no reconoce, ni siquiera regula o disciplina la libertad, sino que la instaura jugando con la paradoja de una libertad que se debe a sus limitaciones. Aquí la libertad no es un atributo de las personas sino del propio derecho. Forma parte de la dinámica del sistema que es capaz de regular con una cierta autonomía su sensibilidad y su indiferencia ante los hombres. Desprovista de su vieja carga humanista -cada vez más difícilmente asimilable por la racionalidad jurídica- la libertad puede quedar reducida a una norma procesal de reenvío y desembocar en una práctica jurídica oportunista. Con lo que el pensamiento de la libertad frecuentemente acaba resignándose a ser un pensamiento de la impotencia.

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio.

Las ficciones en la construcción del derecho.

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

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

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

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

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

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

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio.

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

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

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

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

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

MONTORO CHINER, M.ª Jesús.

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

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

(Daniel González Lagier)

JOSÉ MONTOYA SÁENZ.

Rousseau y los Derechos del Hombre.

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

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

(Yolanda Reyes Ramos)

MORESO MATEOS, Juan José.

Cinco diferencias entre Austin y Bentham.

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

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

(Daniel González Lagier)

MUGUERZA, Javier, y otros.

El fundamento de los derechos humanos.

Editorial Debate, Madrid, 1989, 346 páginas.

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

(Isabel Lifante)

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

Kant después de Kant.

Ed. Tecnos, Madrid, 1989, 707 páginas.

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

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

(Daniel González Lagier)

NEBRERA, Monste.

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

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

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

La autora fija como punto de partida la coexistencia -en la Roma del año cero- de dos morales: la moral plebeya y la moral aristocrática; ello con la finalidad de precisar que la información ofrecida por las fuentes jurídicas y literarias, en la mayor parte de los casos, será obra de aristócratas, puesto que el acceso del resto de los ciudadanos a las cúpulas de la cultura era, cuando menos, muy difícil. De los textos jurídicos infiere, por una parte, la escasa regulación de que fue objeto el suicidio en el Derecho romano y, por otra parte, que dicha regulación obedecía claramente a fines económicos. Así, en Roma el límite al suicidio venía constituido únicamente por el fraude económico que quien se suicidaba podía producir.

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

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

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

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

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

(Carmen Juanatey)

NINO, Carlos.

Ética y Derechos humanos.

Ariel, Barcelona, 1989. 494 págs.

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

(Ángeles Ródenas Calatayud)

NINO, Carlos S.

El constructivismo ético.

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

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

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

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

(Ángeles Ródenas Calatayud)

NINO, Carlos S.

La filosofía del control judicial de constitucionalidad.

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

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

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

(Daniel González Lagier)

OLLERO TASSARA, Andrés.

Derechos humanos y metodología jurídica.

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

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

(Daniel González Lagier)

OLLERO TASSARA, Andrés.

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

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

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

(Daniel González Lagier)

OLLERO TASSARA, Andrés.

Igualdad en la aplicación de ley y precedente judicial.

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

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

(Daniel González Lagier)

OTERO PARGA, Milagros.

El derecho de petición.

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

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

PATTARO, Enrico.

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

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

En este artículo -subtitulado: *No es que carezcamos de criterios objetivos porque seamos pluralistas, Al contrario, somos pluralistas porque sabemos que no existen criterios objetivos*- el autor trata de «valorar la posibilidad de justificación en la ética y en el derecho». Para ello, divide el texto en dos apartados. En el primero de ellos: *(No cognoscitivismo, o el problema de los controles de las construcciones teóricas en la ética y en la ciencia)* el autor trata de presentar «un cuadro de referencia general, en el cual estén aclaradas y precisadas las características de los distintos tipos de argumentación: en particular, de la argumentación moral respecto a la científica, en la cual la argumentación moral se identifica a menudo equivocadamente en su variante interna constituida por la argumentación jurídica tal como es usada por los juristas dogmáticos». En opinión del autor «el así llamado método hipotético-deductivo-experimental-inductivo, o método científico, es justificado en la medida en que es un método empírico. A través de la experiencia estamos en situación de probar los resultados de este método sobre "la dura realidad de los hechos". Dicho de otra forma, en la ciencia se puede establecer si un método es o no eficaz; se puede confrontar con otros métodos -que yo sepa, con el vaticinio, por ejemplo, con el juego de la adivinanza o la extracción a suerte- y establecer objetivamente (o, por lo menos, intersubjetivamente) si un método es mejor o peor que otro». Por el contrario, «una justificación final pragmática no es posible en la ética, porque -contrariamente a lo que sucede en la ciencia- en la ética no son los resultados los que en último término justifican o descalifican la adopción de una teoría en vez de otra, si no son las teorías las que en último término justifican o censuran los resultados, es decir, los comportamientos que se producen». El autor intenta argumentar esta tesis «trayendo a colación, con particular referencia a los sistemas éticos, los enunciados singulares que se deducen de enunciados universales».

En el segundo apartado *(Del no-cognoscitivismo a una ética liberal y pluralista)* el autor resume las conclusiones del apartado anterior, que son, a su juicio, las siguientes:

- «Si ninguna ética es justificada definitivamente en relación con su método y su construcción teórica.
- Si, en lo que concierne a los contenidos, toda ética presume y pretende justificar cualquier resultado derivado de la correcta aplicación de su método (un método que en ningún caso puede ser justificado).
- Si, con referencia a su éxito, toda ética es potencialmente coercitiva.
- Entonces, el primer deber del hombre es dejar de pretender que sus creencias morales personales constituyan un modelo universal de comportamiento.

«En tal modo -continúa el autor- establezco la regla fundamental de una ética que contemple la responsabilidad *por* las leyes (reglas, normas) que se hacen, se proponen y se imponen más que *hacia* las leyes.»

En definitiva, dado que «el no-cognoscitivismo (ético) tiene conocimientos y certezas respecto a la ética» y que «el decisionismo en sí no es malo; todo depende de las decisiones que en nombre del

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

(Francisco Javier Milán Díaz)

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio.

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

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

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

(Daniel González Lagier)

PECES-BARBA, Gregorio.

Contestación a los profesores Estévez, Gordillo y Capella.

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

En este artículo el autor tiene la oportunidad de replicar las críticas de Estévez, Gordillo y Capella a su trabajo «Desobediencia civil y objeción de conciencia» (Anuario de Derechos Humanos, núm. 5, 1989), referidas fundamentalmente a tres extremos: las razones de la obediencia al Derecho, la desobediencia civil y, por último, la objeción de conciencia.

Después de referirse a ciertas discrepancias personales e ideológicas con sus interlocutores, y efectuar unas precisiones terminológicas, Peces-Barba aborda la cuestión desde las tres vertientes citadas. A propósito de la desobediencia al Derecho, señala que es casi una obviedad que el mismo se crea para ser obedecido. Ratifica su tesis de la autonomía del ordenamiento jurídico en sistemas democráticos, calificándolo como el más autónomo de cuantos han existido ante la ausencia de modelos alternativos. Basa la disminución de las razones de la desobediencia en este sistema en la «progresiva institucionalización de la resistencia», y califica de falaz la distinción de sus contradictores entre los mecanismos de vinculación a la ley de los ciudadanos y los órganos estatales.

Sobre el referido particular (desobediencia civil) califica de parcial el análisis comparativo entre los defectos del Estado democrático y los de los movimientos desobedientes, señalando que las condiciones que justifican la desobediencia se cifran en «una desviación estable, consciente y amplia del compromiso justo».

Acerca de la objeción de conciencia, rechaza el análisis comparativo de los profesores Estévez, Gordillo y Capella entre la objeción al aborto y al servicio militar, remitiéndose a la valoración política del gobierno sobre la primera. Concluye reclamando de sus colegas más rigor en el análisis de «todos los derechos y también del poder político y el Derecho que los hace posibles».

(Antonio González-Moro Tolosana)

PECES-BARBA, Gregorio.

Desobediencia civil y objeción de conciencia.

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

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

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

(Ángeles Ródenas Calatayud)

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio.

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

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

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

(Yolanda Reyes Ramos)

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

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

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

El problema de la documentación constituye uno de los retos más importantes que tienen planteados los sistemas jurídicos actuales. Por ello, en España siguiendo el ejemplo de los países con mayor desarrollo tecnológico de su contexto político y cultural, existe un creciente interés por los sistemas automatizados de información y documentación jurídica. Este interés se ha traducido en la creación de diversos bancos de datos y bases de datos jurídicos, la mayor parte de los cuales están en fase de iniciación o experimentación.

Este desarrollo, todavía incipiente, de las bases de datos jurídicos en España hacen que sean muy pocas las que operan en el campo de la Teoría y la Filosofía del Derecho. No obstante, se pueden ya reseñar algunas iniciativas y experiencias de sistemas computerizados de información jurídica, directa o indirectamente, relacionados con estas materias,

En este estudio se da cuenta del estado actual operativo de diversos centros españoles. Entre ellos: el Centro de documentación de Teoría y Filosofía del Derecho (CEFIFD), el Programa de Thesaurus computerizado de la Constitución española; y el Sistema Compuley.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

La incorporación del Convenio Europeo sobre protección de datos personales al ordenamiento jurídico español.
«ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales», Madrid, núm. 17, monográfico sobre Informática y Derecho, 1989, págs. 27-43.
En este trabajo se abordan los efectos de la ratificación por parte de España del Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, que invita a plantear la cuestión de su incidencia presente y futura en nuestro sistema jurídico. Conviene tener presente que, según el artículo 96.1 de nuestra vigente Constitución, los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte de su ordenamiento interno. Cumplidos ambos requisitos (ratificación y publicación), el texto del Convenio europeo constituye en estos momentos nuestra norma básica en materia de protección de datos personales frente a eventuales abusos informáticos.
En el artículo se analizan los antecedentes y génesis del Convenio, así como sus principios informadores y estructura normativa. El estudio se concluye con un análisis prospectivo sobre la influencia que puede tener el Convenio en el desarrollo por Ley Orgánica del artículo 18.4 de la Constitución española.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

Nuevos desafíos a los derechos humanos.

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

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

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

Le generazioni di diritti umani.

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

La mutación histórica de los derechos humanos ha determinado la aparición de sucesivas «generaciones» de derechos. Los derechos humanos como categorías históricas, que tan sólo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados, nacen con la modernidad en el seno de la atmósfera iluminista que inspiró las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Ese contexto genético confiere a los derechos humanos unos perfiles ideológicos definidos. Los derechos humanos nacen, como es notorio, con marcada impronta individualista, como libertades individuales que configuran la primera frase o generación de los derechos humanos. Dicha matriz ideológica individualista sufrirá un amplio proceso de erosión e impugnación en las luchas sociales del siglo XIX. Esos movimientos reivindicativos evidenciarán la necesidad de completar el catálogo de los derechos y libertades de la primera generación con una segunda generación de derechos: los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos alcanzarán su paulatina consagración jurídica y política en la sustitución del Estado liberal de Derecho por el Estado social de Derecho.

La distinción, que no necesariamente oposición, entre ambas generaciones de derechos se hace patente cuando se considera que mientras en la primera los derechos humanos vienen considerados como derechos de defensa (*Abwehrrechte*) de las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa; en la segunda, correspondientes a los derechos económicos, sociales y culturales, se traducen en derechos de participación (*Teilhaberechte*), que requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio, y se realizan a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos.

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

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

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

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

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

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

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

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

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

Análisis funcional de los derechos fundamentales.

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

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

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

(Yolanda Reyes Ramos)

PESET, Mariano.

Motivos y causas de la Revolución en España.

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

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

(Francisco Javier Milán Díaz)

PORRAS DEL CORRAL, Manuel.

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

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

El objetivo de este libro es «a través de la glosa del núcleo seleccionado del precitado libro [Taking Rights Seriously] y de ciertos razonamientos críticos en torno a su contenido vertidos» intentar «enunciar unas consideraciones generales (capítulo 1); ofrecer una visión comprensiva de algunas de las aportaciones más significativas de Dworkin al campo de la iusfilosofía -como su crítica al positivismo jurídico (capítulo 2) y su formulación alternativa de una teoría del derecho, basada en la defensa de los derechos individuales, y más en particular en el fundamental "derecho a igual consideración y respeto" ("right to equal concern and respect") (capítulo 3)-; y exponer una reflexión final (capítulo 4)».

En esta «reflexión final» el autor concluye: «Es a la luz de la dimensión de "moralidad", desde la que la doctrina dworkiniana sobre el derecho y los derechos, a mi juicio, queda esclarecida, Corolario de una concepción antropológica y ética, que se atisba en el horizonte de su pensamiento y se plasma en una teoría antipositivista de lo jurídico, que transciende la norma para abarcar también los principios, y en una teoría de los derechos individuales, de signo antiutilitarista -axial en su filosofía política- que hunde su raíz en las ideas éticas de la dignidad y la igualdad humana, y se manifiesta en el fundamental derecho a igual consideración y respeto. Nociones que, asimismo, constituyen la clave hermenéutica y legitimadora de los derechos morales y del sistema jurídico; y evidencia finalmente, la relación existente en su doctrina, entre moral, política y derecho».

(Daniel González Lagier)

PRIETO SANCHÍS, Luis.

El derecho eclesiástico de la década constitucional.

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

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

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

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

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

(Manuel González-Moro Tolosana)

PUY, Francisco.

Una aportación a la tópica jurisprudencial de los derechos humanos.

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

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

PUY, Francisco.

El discurso constitucional.

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

Asiduamente, el texto constitucional viene considerado como un sistema de mandatos dotado de un cierto orden y unidad internos de carácter lógico. Pero además de eso el texto constitucional puede ser considerado como un discurso retórico. Y desde este punto de vista, *el discurso constitucional es el texto mismo de la Constitución, entendido como un razonamiento escrito, de alguna extensión, dirigido por una persona a otras, para enseñarles la ocurrencia de unos hechos y persuadirlas del cumplimiento de unas normas*. Desde el primer punto de vista interesa averiguar el significado de lo que dicen las proposiciones constitucionales y establecer si su significado o su sistematización es correcto. Desde el segundo punto de vista interesa responder a otra cosa, a saber: ¿Por qué motivo se obedecen de hecho? En este trabajo se adopta la segunda de esas perspectivas, la inusual, para realizar una descripción somera del discurso retórico constitucional, con el objeto de establecer los rasgos discursivos de la Constitución Española de 1978, considerándola como el paradigma del discurso jurídico normativo. Estas son las conclusiones:

a) El esquema discursivo de la Constitución es complejo y agrupa quince secuencias significativas: 1) Rótulo. 2) Protocolo. 3) Preámbulo. 4) Títulos. 5) Capítulos. 6) Párrafos. 7) Capítulos. 8) Secciones. 9) Adicionales. 10) Transitorias. 11) Derogatoria. 12) Final. 13) Escatocolo. 14) Autenticación. 15) Insértese.

b) La agrupación sistémica de esos elementos se reduce a dos conjuntos que se subdividen en otros dos: 1) El *conjunto exhortativo* que comprende los subconjuntos protocolar y escatocolar. 2) Y el *conjunto imperativo* que comprende los subconjuntos artículos y disposiciones. El problema retórico fundamental de la Constitución y de toda norma, sobre todo si es extensa, es que el discurso retórico se aloja en los dos subconjuntos, protocolar y escatocolar que, como su propio nombre indica, están separados por un largo trecho de datos, y de tanta importancia como que son los artículos y disposiciones: y eso hace que pase desapercibido.

c) El discurso generalmente desapercibido que la Constitución contiene es tan breve como tiene que serio para tener fuerza persuasiva y dice así: «(Yo) *Don Juan Carlos, Rey de España* (os digo) *a todos los que la presente* (comunicación) *vieren y entendieren: Sabed que las Cortes han aprobado y el Pueblo español ratificado la siguiente Constitución* (aquí viene el océano articulado)... (y que)*, por tanto, mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Constitución, como norma fundamental del Estado.*»

PUY, Francisco.

¿Qué significa fundamentar los derechos humanos?

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

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

PUY, Francisco.

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

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

El *liberalismo* es la ideología según la cual la organización del estado se debe reducir a las funciones indispensables para la vida en sociedad, abandonando las demás actividades a la iniciativa privada. Y, como todas las fórmulas sociales, tiene su *cara buena* y su *cara mala*.

El gran problema de esta ideología es dar con las proporciones adecuadas a cada necesidad histórica. Para dominar el terrorismo no basta una policía municipal de tráfico. Para acabar con el paro no basta un colegio de árbitros y mediadores. El modelo liberal de gobierno no funciona en épocas convulsivas y cambiantes, sino que sólo funciona en las escasas coyunturas sociales propiciadas por épocas alcióneas de bienestar generalizado.

Ahora bien, el presente español es época de convulsión y crisis, con cambio acelerado y permanente. En esta coyunda, el liberalismo sólo puede desempeñar dos roles:

i) El del recitador testimonial que mantiene en la sociedad un ideal romántico para cuando pueda hacerse efectivo.

ii) El del actor oportunista que trata de provocar un golpe de fortuna electoral, con el que disponer de pronto del típico poder del partid o-bisagra, balanceador a discreción, con sus pocos gramos de peso electoral, de platillos en que se contrapesan toneladas de peso electoral ajeno.

Lo malo del liberalismo es la tendencia que muestran todos los liberales a entregar la nación a otras naciones; a convertirse en cobertura ideológica del capitalismo; a practicar la deslealtad para con el asociado, a negociar con usura su escaso capital electoral.

Lo mejor del liberalismo estriba en que el modelo de sociedad abierta, integrada por grupos competitivos, siempre constituye un excelente recordatorio general de la necesidad que hay de que las opiniones individuales se tengan por equivalentes, de que las personas se autodeterminen, y de que el pluralismo social no sea aniquilado.

El liberalismo es así un gran antídoto contra el totalitarismo. Si en una sociedad hay siquiera un poco de liberalismo, cada uno deja a su vecino hacer requesón en casa o montar una fábrica de yogur. Pero no consiente que toda la sociedad se convierta en una gigantesca central lechera totalitaria, capaz de transformarle a él y a sus conciudadanos en un cargamento de botellas de leche desnatada, descremada, homogeneizada y esterilizada. Y ya no es poco.

Lo prudente es aprovecharse de lo bueno que tiene el liberalismo -su valor testimonial, sobre todo y prevenirse de sus defectos- su oportunismo y transfuguismo, en especial.

PUY, Francisco.

Sobre los principios generales del Derecho.

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

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

PUY, Francisco.

El tópico del pacifismo.

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

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

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

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

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

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

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

PUY, Francisco.

Los derechos en la declaración de 1789.

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

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

RABOSSI, Eduardo.

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

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

En este trabajo se propone el autor, en primer lugar, demostrar la «existencia en nuestro mundo actual de un fenómeno específico, históricamente dado, sumamente complejo, extraordinariamente dinámico, de alcances universales y de consecuencias revolucionarias. A ese fenómeno lo denominaré «el fenómeno de los derechos humanos».

El fenómeno de los derechos humanos es, a continuación, objeto de un análisis descriptivo, en el que se distingue un plano sincrónico y otro diacrónico y, en un segundo momento, de interpretación que lleva a diversas conclusiones, entre ellas la de que el objeto de la teoría de los derechos humanos «no es los derechos humanos, ni tampoco los derechos» sino esa «realidad históricamente dada», «el fenómeno de los derechos humanos», y, por ende, la necesidad de un cambio de paradigma teórico; o la innecesidad de la tarea de fundamentar los derechos humanos, que cede ante los problemas que plantea su aplicación, gestión y promoción.

Tras lo cual expone el autor las limitaciones que padecen diversos paradigmas teóricos, tales como el «normativista», el «sociohistoricista» o el «fundacionista», finalizando con una serie de conclusiones sobre la forma de tratar, desde un punto de vista filosófico, el fenómeno de los derechos humanos.

(Tomás Mingot Cortés)

RAMOS PASCUA, José Antonio.

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

Ed, Tecnos, Madrid, 1989, 251 págs.

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

ROJO SANZ, José María.

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

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

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

ROJO SANZ, José María.

Il riconoscimento della dignitá umana nell'ordinamento giuridico spagnolo.

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

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

ROJO SANZ, José María.

Los derechas morales en el pensamiento angloamericano.

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

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

ROJO SANZ, José María.

La democracia, fórmula de la reversible.

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

Dentro de los estudios que, sobre Julián Marías, ha realizado el autor, el presente artículo expone el pensamiento de Marías acerca de la democracia, centrándose en el examen que éste hace, sobre todo, en los cuatro tomos de la *España real*, que tienen como hilo conductor el cambio que España experimentó entre 1985 y 1980, desde sus reflexiones en las vísperas del cambio, pasando por la intrahistoria de 1976, entendida como un proceso de «devolución de España», gracias a una combinación de verdad y libertad que Marías advierte como existente en el pueblo español, hasta llegar a tener a «España en nuestras manos» de nuevo, momento en el que Marías realiza un estudio de la *razón histórica* de este proceso.

En base a los datos que encontramos en los cuatro libros de *La España real* se esboza el estudio de filosofía política sobre la democracia que contiene este artículo.

El texto se articula en tres apartados bajo los títulos de «Liberalización y democratización de la sociedad, «La democracia, única forma de legitimidad» y «Democracia real y "democracia morbosa"». Sin embargo, el artículo se desarrolla en torno al significado de la expresión que le da título: «la democracia es, precisamente, la fórmula de lo reversible y ésta es su gran virtud, lo que hace de ella la solución política más inteligente y civilizada. Y es también lo que hace que la democracia tenga muy poco que hacer fuera de la política, en tantas zonas de la vida humana que son estrictamente irreversibles, aunque el hombre contemporáneo se resista a verlo y aceptarlo» (pág. 113)

La democracia se muestra como un método idóneo para plantear los problemas políticos: supone la aceptación de ciertas reglas de juego y necesita una reacción positiva por parte del cuerpo social, siendo los principios básicos de aquélla, los siguientes: cada individuo tiene derecho a participar en el ejercicio del poder que rige la vida colectiva (ejercicio del sufragio universal, poder estar informado y no renunciar a las posibilidades de intervención en los asuntos públicos); el derecho de las mayorías a establecer leyes y el sentido general de la política, y el respeto de las minorías por las mayorías.

Por último, se examina el ámbito propio de la democracia que es, en definitiva, aquél en el que encontramos lo que sirve a Marías para su definición: lo opinable, lo cambiante, lo reversible.

ROSS, Alf.

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

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

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

(Ángeles Ródenas Calatayud)

RUBIO CARRACEDO, José.

La inconsistencia del modelo democrático liberal.

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

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

(Yolanda Reyes Ramos)

RUBIO CARRACEDO, José.

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

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

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

(Isabel Lifante)

RUIZ MANERO, Juan.

Sobre la crítica de Kelsen al marxismo.

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

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

(Daniel González Lagier)

RUIZ MIGUEL, Alfonso.

Problemas de ámbito de la democracia.

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

«El propósito fundamental de este escrito -dice el autor- es suscitar algunos problemas y preguntas relativos a la justificación de quién, dónde y cómo se deben adoptar las decisiones democráticas.» El texto se divide en tres apartados. El primero de ellos trata del ámbito de los sistemas políticos y en él se trata de dar cuenta de qué entiende el autor por «ámbito» de un sistema de decisiones políticas, así como de por qué limita el problema al sistema político democrático.

En el segundo apartado se analiza el alcance y las dificultades del ámbito de la democracia, para ello el autor comienza realizando alguna precisión sobre quiénes son los «afectados» en la toma de decisiones colectivas para, a continuación, distinguir entre tres niveles diferentes de decisiones democráticas: decisiones simples o con consecuencias directas en la realidad, decisiones de segundo nivel o de «control de la agenda» y, por último, decisiones de tercer nivel o sobre las reglas últimas y principales del juego democrático. En este último nivel se plantea el problema de si tales reglas se deben justificar o no democráticamente.

El tercer y último apartado contiene una reflexión sobre los problemas de justificación de la democracia local y la democracia mundial. El problema sobre el que gira dicha justificación es precisamente el de si las dimensiones de los Estados se han quedado pequeñas para afrontar los grandes problemas pendientes de la humanidad, de los que los dos más grandes son el peligro bélico y el hambre. La solución a este problema, según el autor, pasa por la configuración de un poder internacional con capacidad de regular los conflictos y la cooperación y de arbitrar con eficacia y, sobre todo, justicia.

(Ángeles Ródenas Calatayud)

RUIZ MIGUEL, Alfonso.

Confirmaciones y precisiones mínimas.

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

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

(Ángeles Ródenas Calatayud)

SAUQUILLO GONZÁLEZ, Julián.

Michael Foucault: una filosofía de la acción.

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

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

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

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

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

y produce formas homogéneas de subjetividad».

(Daniel González Lagier)

SEGURA ORTEGA, Manuel.

El problema de las lagunas en el Derecha.

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

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

SERRANO GONZÁLEZ, Antonio.

Poder legal y poder pastoral.

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

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

(Daniel González Lagier)

SORIANO, Ramón.

¿Quién debe ocuparse de la Sociología del Derecho?

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

El autor se cuestiona en este artículo si la Sociología del Derecho, dado que no forma parte de los planes de estudio de ninguna Facultad de Derecho española, debe ser integrada en la programación docente de las Facultades de Derecho y, en caso de respuesta afirmativa, qué clase de profesional debe encargarse de su docencia e investigación.

En primer lugar, constata la inviabilidad de la propuesta del profesor Hernández Marín: el desempeño docente de la Sociología del Derecho por los juristas dogmáticos en su rama correspondiente de las ciencias jurídicas. El autor considera que la Sociología del Derecho debe ser una especialidad estudiada y enseñada por unos profesionales del Derecho exclusivamente dedicados a ella, por varios motivos:

Por una parte, se refiere a una serie de limitaciones de las condiciones subjetivas de los docentes, que impiden que esta disciplina pueda ser impartida por los juristas dogmáticos: la imposibilidad de explicar el programa ordinario de la asignatura, la irregularidad del curso académico normal, y la actitud adversa de algunos profesionales de la enseñanza del Derecho hacia la Sociología del Derecho.

Por otra parte, aduce razones de índole interno de la especialidad, mucho más difíciles de superar: la Sociología del Derecho es algo más que las sociologías de las ramas del ordenamiento jurídico y exige una preparación en una serie de materias que poco tienen que ver con el estudio de las instituciones del Derecho positivo. A juicio del autor, «la ocupación cotidiana de los sociólogos del Derecho, siguiendo el ejemplo de los especialistas de otros lugares donde la Sociología del Derecho goza de una institucionalización docente e investigadora, sería la siguiente: estar especialmente al tanto de los estudios e investigaciones, teóricas y empíricas, del sector de la Sociología del Derecho de su preferencia y en el que se ha especializado, proseguir su formación en las materias de la parte general de la Sociología del Derecho (singularmente: presupuestos conceptuales, presupuestos históricos, metodología de la investigación sociológica y materias generales de la Sociología del Derecho relativas a todas las ciencias jurídicas dogmáticas (...) y seguir la evolución de la investigación de otros sectores de la Sociología del Derecho relacionados con su campo de investigación, dado el carácter interdisciplinario de la Sociología del Derecho y las mutuas implicaciones del avance del conocimiento en las distintas sociologías del ordenamiento jurídico». En definitiva, el sociólogo del Derecho debe convertirse en un profesional exclusivamente de esta disciplina, «dado el extraordinario cúmulo de conocimientos que debe atesorar y reciclar, y dadas las diversas perspectivas metodológicas y temáticas en las que debe situar su investigación dentro del marco de una actitud científica abierta».

(Yolanda Reyes Ramos)

TOHARIA, José Juan.

El Juez español: quince años después.

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

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

(Tomás Mingot Cortés)

TREVES, Renato.

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

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

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

(Tomás Mingot Cortés)

VERNENGO, Roberto J.

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

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

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

(Antonio González-Moro Tolosana)

VIDAL GIL, Ernesto.

Representación y, democracia: problemas actuales.

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

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

V.V.A.A.

Estudios sobre la filosofía del Derecho de Hegel.

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

Este libro constituye, en palabras de Gabriel Amengual, a quien se debe su edición y la introducción al mismo, una «recopilación de estudios sobre la Filosofía del Derecho de Hegel (que) ha sido seleccionada y ordenada de acuerdo con las estructuras de la obra de Hegel dedicada a este tema, y no en el sentido general de filosofía política que de alguna forma podría abarcar toda la producción filosófica hegeliana».

«Con esta selección de estudios se intenta, pues, dar una muestra del estado actual de la investigación sobre la Filosofía del Derecho de Hegel en las voces de algunos representantes, seleccionados de tal forma que conjuntamente sirvan como comentario o exposición de la amplia y compleja temática de la Filosofía del Derecho de Hegel.

(...) En primer lugar, se optó por un tipo de trabajo más bien explicativo, dado el objetivo de acercar el lector a la Filosofía del Derecho de Hegel, es decir, interpretativo del sistema, lenguaje, contextualizando la opción de Hegel en el campo filosófico de su tiempo (...).

Junto a este criterio -que afecta a lo que podríamos llamar el talante de los estudios- está otro, que afecta al tema: se ha optado por estudios acerca de los grandes temas de la Filosofía del Derecho. Con este tipo de estudios la recopilación podía configurarse como una especie de exposición sistemática de la Filosofía del Derecho hegeliana, siguiendo el orden mismo de aparición de dicha obra, tratando los puntos más importantes, dejando muchos otros sin tratar, pero ofreciendo en todo caso unos materiales de trabajo y orientación, aunque no sean ni comentarios completos ni estudios conceptuales completos.»

Los textos aquí recopilados, en definitiva, son los siguientes: *La estructura de la «Filosofía del Derecho» de Hegel*, de Karl-Heinz Ilting; *Persona y propiedad. Un comentario de los párraos 34-81 de los «Principios de la Filosofía del Derecho» de Hegel*, de Joachim Ritter; *¿Qué significa: «superación de la moralidad a «Filosofía del Derecho» de Hegel?*, de Ludwig Siep; *El concepto de la «sociedad civil» en Hegel y el problema de su origen histórico*, de Manfred Riedel; *Estructura y significados de la sociedad civil hegeliana*, de Giuliano Marini, *La concepción hegeliana del Estado*, de Zbigniew A. Pelczyitski; *El príncipe hegeliano*, de Bernard Bourgeois; *Consideraciones sobre la teoría hegeliana de la guerra*, de Claudio Cesa; *¿Razón en la historia? Sobre el problema de la Filosofía de la Historia en Hegel*, de Emil Angehrn; y, por último, *Hegel y el iusnaturalismo*, de Norberto Bobbio.

(Daniel González Lagier)

VIDAL GIL, Ernesto.

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

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

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

WROBLEWSKI, Jerzy.

«Sentido» y «Hecho» en el Derecho.

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

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

reglas)».

Capítulo XI: *Los hechos en el derecho*, en el que se quiere mostrar que, «desde el punto de vista del papel del "hecho" en la toma de decisión, hay varias clases de hechos, y que la relación de los "hechos" con el "derecho" está determinada por la manera en que aquéllos se encuentran referidos en el lenguaje jurídico».

Capítulo XII: *El problema de la así llamada verdad judicial*, en el que se discute «si la así llamada verdad judicial es diferente de la verdad que se establece en el área de las ciencias empíricas».

Capítulo XIII: *Concepto y función del precedente en sistemas de «statutory law»*, que trata «las diferencias generales entre el sistema de *common law* y el de *statutory law*, desde el punto de vista del precedente», el concepto y el papel del precedente en la toma de decisión y el precedente en la práctica de la judicatura en sistemas de *statutory law*.

Capítulo XIV: *Problemas teóricos e ideológicos en el control de la decisión judicial*, donde se estudia la toma de decisión y su control en el contexto de los sistemas de *statutory law*.

(Daniel González Lagier)

ZIMMERLING, Ruth.

La pregunta del tonto y la respuesta de Gauthier.

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

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

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

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

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

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

(Daniel González Lagier)