DOXA

15-16
Vol. I

CUADERNOS DE FILOSOFIA Y DERECHO

Índice

Volumen I

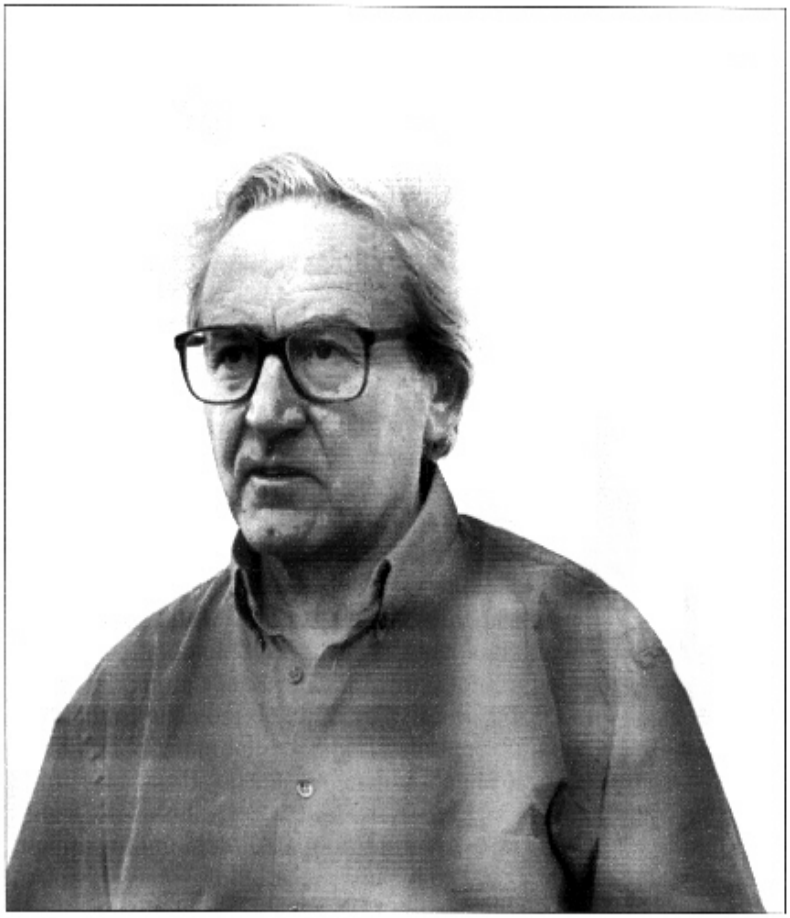
- Presentación
- Elías Díaz
  - Luis García San Miguel - Semblanza parcial de Elías Díaz
  - Francisco J. Laporta y Alfonso Ruiz Miguel - Entrevista a Elías Díaz
  - Modesto Saavedra - El fundamento de la democracia en la obra de Elías Díaz
  - Ricardo García Manrique - Positivismo, Estado de Derecho y Socialismo (la aportación de Elías Díaz a la formación de un concepto democrático de derechos humanos en nuestra filosofía jurídica).
  - Francisco J. Laporta - Imperio de la ley . Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz.
  - Los editores - Elías Díaz: Bibliografía (1961 - 1994)
- Problemas de la democracia
  - Salvador Giner - Lo privado público: altruismo y politeya democrática
  - Martín D. Farrell - Algunas maneras de entender a la neutralidad
  - José Rubio Carracedo - Democracia mínima. El paradigma democrático
  - Ernesto J. Vidal Gil - Justificación de la democracia y límites a la decisión por mayorías
  - José Martínez de Pisón - La crítica neoliberal al Estado social. Un resumen y una valoración
  - Rafael Herranz Castillo - Una defensa de la obligación política
  - Joaquín Almoguera Carreres - La legitimación en la era de la postmodernidad
  - Jose Mª Rodríguez Paniagua - La democracia moderna y la distinción de moral y Derechos (con especial atención a J. Rawls)
  - Julián Sauquillo - Democracia y cultura de masas (la encrucijada ético-política de Mill, Tocqueville y Weber)
  - Evaristo Prieto Navarro - Algunas consideraciones sobre la relaciones entre Derecho e integración social en el último Habermas
  - Javiel de Lucas - En los márgenes de la legitimidad. Exclusión y ciudadaní
  - Luis Prieto Sanchís - Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial
  - Elena Beltrán Pedreira - Público y privado (Sobre feministas y leberales: argumentos en un debate acerca de los límites de lo político
  - Vincenzo Ferrari - El moralismo e Italia en peligro de muerte
  - Roberto Bergalli - Protagonismo judicial y representatividad política
  - Mario G. Losano - La democracia, el crimen organizado y las leyes sobre la privacy
  - José A. Estévez Araújo - De la maldad europea y la soberanía popular

Volumen II

- Derecho, moral y política
  - Antonio-Enrique Pérez Luño - Derecho, moral y política: tensiones

centrípetas y centrífugas
    - Javier Muguerza - El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal (una reflexión ético-jurídica sobre la ley y la conciencia)
    - Roberto J. Vernengo - Etica reflexiva y ética de responsabilidad en Max Weber
    - Juan Ramón de Páramo - El moralismo legal contraataca
    - José Luis Colomer - Algunos apuntes sobre Kant y la libaertad política
    - Pablo de Lora Deltoro - Annette Baier y Michael Walzer acerca de la ética normaltiva y el filósofo moral
    - Gregorio Peces-Barba Martínez - La universalidad de los derechos humanos
    - Francisco Tomás y Valiente - La resistencia constitucional y los valores
    - Alfonso Ruiz Miguel - Derechos liberales y derechos sociales
    - Eduardo Díaz-Otero y Enrique Olivas - Los viejos conceptos y la nuevas realidades en la integración de los derechos humanos
    - Angel Llamas - Una aproximación garantista a las fuentes de los derechos fundamentales
    - Nicolás López Calera - La vida y la muerte ante la ética y el Derecho. Paternalismo médico y desarrollo científicod
    - Ernesto Garzón Valdés - Desde la «Modesta propuesta» de J. Swift hasta las «Casas de engorde». Alguans consideraciones acerca de los derechos de los niños
- Problemas de Teoría del Derecho
    - Albert Calsamigía - Geografía de las normas de competencia
    - Virgilio Zapatero Gómez - De la jurisprudencia a la legislación
    - Josep Aguiló Regla - Buenos y malos. Sobre el valor epistémico de las actitudes morales y de las prudenciales
    - Agustín Squella - El Derecho y la fuerza
    - Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero - Sobre permisos en el Derecho
    - Marina Gascón Abellán - Cuestiones sobre la derogación
    - Perfecto Andrés Ibáñez - ¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del Derecho? Interpretación judicial e insuficiencias del formalismo
    - Enrique E. Marí - El retorno del caso Riviére. Un debate postergado.
    - María José Añon - Notas sobre discrecionalida y legitimación
    - Rafael de Asís Roig - Imparcialidad, igualdad y obediencia en la actividad judicial
    - Jesús González Amuchástegui - El análisis económico del Derecho: algunas cuestiones sobre su justificación
    - Liborio L. Hierro - La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)
    - Juan Carlos Bayón - Eficiencia e inalienabilidad
    - André-Jean Arnaud - Los juristas frente a la sociedad (1975-1993)
    - María José Fariñas Dulce - Sociología del Derecho versus Análisis Sociológico del Derecho
    - Francisco Muñoz Conde - Política criminal y dogmática juridico-penal en la República de Weimar
    - Norberto Bobbio - Recuerdo de Renato Treves

NÚMERO DEDICADO A ELÍAS DÍAZ



P R E S E N T A C I Ó N

La filosofía del Derecho española atraviesa, desde hace ya algunos años, una etapa de cierto esplendor. La enorme -quizá incluso excesiva- producción de material iusfilosófico (unos dos centenares de títulos al año entre libros y artículos), la existencia de al menos cinco revistas -una de ellas, DOXA- *especializadas en la materia, la variedad de orientaciones, la profusión con que se organizan congresos, jornadas, seminarios, etc., la presencia cada vez mayor de autores españoles en el contexto internacional o el alto nivel técnico de algunos de los trabajos últimamente publicados son signos, más o menos inequívocos, de ese esplendor. Sus causas son, por supuesto, variadas y no siempre fáciles de detectar; pues aquí se aúnan factores de tipo político, cultural o económico con otros de carácter estrictamente personal. Las cosas -como es obvio- no serían como son, para bien o para mal, sin el concurso de algunas personalidades clave que han marcado el devenir de la iusfilosofía española en estos últimos años. Una de ellas, la más determinante para quienes hemos emprendido desde hace ya más de una década la edición de esta revista, es Elías Díaz.*

Maestro de muchos de nosotros y amigo de todos, Elías Díaz pertenece a la que cabría llamar segunda generación de filósofos del Derecho posteriores a la guerra civil. La primera sería la de los autores formados en los años inmediatamente anteriores y posteriores a la guerra y que no están ya en activo en la disciplina, aunque su influencia siga haciéndose notar. La de Elías Díaz es la generación de quienes vivieron plenamente (algunos, para bien, y otros -los mejores y los menos- para mal) el régimen franquista y comienzan a publicar ya en la década de los sesenta. Ellos vivieron una situación gremial de abierto enfrentamiento (en el sentido de que algunos trataban de defenderse de las arbitrariedades perpetradas por unos pocos, pero consentidas o secundadas por la mayoría)

y de deterioro profundo de las relaciones personales que comienza a superarse a partir de mediados de los setenta. Hombre de principios y de concordia, Elías Díaz ha contribuido, y mucho, a esa necesaria pacificación de la disciplina de la que han podido beneficiarse quienes integran la tercera y la cuarta generación de iusfilósofos: la de quienes se forman en los últimos años del franquismo y en los comienzos de la transición, y la de quienes no han tenido ya una experiencia directa del franquismo.

En el plano más estrictamente intelectual, a Elías Díaz se le debe el haber llevado a cabo -y con éxito- una serie de operaciones de gran trascendencia. Por una parte, realizó una labor de pedagogía política de la que se beneficiaron no sólo filósofos del Derecho y cuya muestra más notable lo constituye su libro Estado de Derecho y sociedad democrática, *publicado por primera vez en 1966 (luego sería muchas veces reeditado) y que tuvo el dudoso privilegio de haber sido el primer libro «secuestrado» -hasta entonces sólo se secuestraba a las personas-, en aplicación de la Ley Fraga de prensa e imprenta que se acababa de promulgar. Por otra parte, Elías Díaz emprendió una labor de rescate del pensamiento español de carácter liberal y progresista anterior a la guerra civil. Su libro sobre el krausismo español y los de varios de sus discípulos sobre diversos autores de esas tendencias -son obras de comienzos de los setenta- vienen a ser el resultado de ese empeño: la filosofía del Derecho española empezaba a tener también un pasado del que no había que avergonzarse. Finalmente, su* Sociología y Filosofía del Derecho *(cuya primera edición es de 1971) supuso para las nuevas generaciones de iusfilósofos españoles la posibilidad de ponerse al día en su disciplina: de pasar de una época pretérita (durante muchos años -por lo menos, hasta los setenta- las tesis doctorales de la disciplina giraban exclusivamente en torno a los teólogos escolásticos españoles del XVI-XVII) al pleno siglo XX. Elías Díaz, además de introducir en España la sociología del Derecho (él promovió también la traducción de diversas obras del añorado Renato Treves, el padre de la sociología del Derecho italiana), prestaba en su libro una amplia atención a los más importantes filósofos del Derecho del siglo: Kelsen, Hart, Bobbio y, en menor medida, Ross y el realismo jurídico, y, entre los autores españoles, a González Vicén, cuya concepción del Derecho anti-iusnaturalista, historicista y flexiblemente positivista (es decir, no formalista) incorpora plenamente.*

Esas tres empresas teóricas constituyen probablemente los principales motivos de agradecimiento por parte de quienes han -hemos- venido después, pero no se acaba ahí, ni mucho menos, la producción intelectual de Elías Díaz. El lector podrá encontrar en

la primera sección de este número de DOXA, *Elías Díaz, una bibliografía completa de sus trabajos, una semblanza de su autor menos parcial de lo que indica su título, varios escritos a propósito de diversos aspectos de su obra y una amplia entrevista en la que, creemos, aparecen muy bien reflejados los rasgos intelectuales y personales que le caracterizan. En la sección siguiente se recogen diversos trabajos que hemos agrupado bajo el rótulo de* Problemas de la democracia. *El índice sigue -o, al menos, así lo hemos pretendido- un orden de generalidad decreciente: se comienza con estudios que abordan desde una perspectiva muy amplia diversas cuestiones conectadas con la democracia, para terminar con varios trabajos referidos a contextos bien determinados. En el caso de la sección tercera, con la que se abre el segundo volumen, la «ordenación» ha consistido en partir de los trabajos que de manera más explícita planteaban el problema de la relación entre* Derecho, moral y política *(a veces son únicamente dos de esos tres términos los que entran en juego), para pasar luego a los que se ocupaban de distintos aspectos de los derechos humanos. La última sección,* Problemas de teoría del Derecho, *agrupa un buen número de trabajos de carácter inevitablemente heterogéneo, aunque también cabría distinguir aquí diversas áreas temáticas: la primera incluye artículos que discuten problemas clásicos de la teoría del Derecho; luego viene un grupo que se centra en la aplicación judicial del Derecho; le siguen dos estudios sobre el análisis económico del Derecho; y la sección se cierra con varias aportaciones al campo de la sociología del Derecho. La bibliografía correspondiente a la filosofía del Derecho española de 1993 se incluye, como hemos hecho en números anteriores, en un fascículo aparte.*

Estos dos gruesos volúmenes que integran los números 15 y 16 de DOXA *constituyen -aún no lo habíamos dicho, pero el lector, sin duda, lo habrá tenido presente desde el comienzo- un homenaje a Elías Díaz aprovechando la feliz circunstancia de su sesenta aniversario. Coincide también con el del final de la segunda época de la revista, la que iniciábamos en el número 7, a la que se seguirá una tercera en la que nos proponemos introducir diversos cambios tendentes fundamentalmente a abaratar costes que permitan garantizar el futuro. Estamos seguros de que Elías Díaz sabrá apreciar esta sobriedad, aunque la planificación sea aquí consecuencia de las exigencias del mercado. ¡Qué se le va a hacer!*

E L Í A S D Í A Z

SEMBLANZA PARCIAL DE ELÍAS DÍAZ

Consideraciones previas

Recibí con agrado el encargo del profesor Atienza de esbozar una especie de semblanza de Elías Díaz y ello por diversas razones, de las que no es la menor el deseo de sumarme al homenaje que sus discípulos rinden a quien para mí es un amigo entrañable. Pero, a la hora de tomar la pluma, comencé a percibir las dificultades que la tarea comportaba.

Para quienes ya somos veteranos, escribir sobre temas de la asignatura no comporta mayores problemas. El escrito es bueno o malo y bien o mal recibido por los lectores, pero raramente resultará molesto para nadie, pero escribir de una persona de carne y hueso es otra cosa. Por de pronto porque a los profesores nos falta entrenamiento en este género literario, pero especialmente porque cualquier cosa que uno ponga en el papel puede disgustar al interesado o a sus amigos y, lo que tampoco hay que perder de vista, hacer que sus detractores se froten las manos. Claro está que una manera de no herir susceptibilidades es volcarse en el elogio, obviando los posibles aspectos negativos y silenciando las críticas. Pero ése se me antoja un recurso fácil y demasiado socorrido, aparte de que el elogio excesivo puede resultar empalagoso[1].

¿Entreverar el elogio con la crítica, estableciendo una especie de polémica con el personaje? Eso quizá le daría mayor viveza al escrito, pero también tiene sus peligros, principalmente el de tomarle como pretexto para encaramarse a sus espaldas y terminar por hablar de uno mismo, en una especie de infantil ejercicio de la egolatría.

[1] Aunque D. Ramón Carande dicen que dijo: «no se prive, joven, que a esta edad todos los elogios son pocos».

Lo que hice, en primer lugar, fue tomar la pluma y escribir sencilla y espontáneamente lo que se me iba ocurriendo. Creo que el resultado fueron unas cuartillas un tanto desordenadas pero más vivas y quizá también más divertidas que éstas que ahora el lector tiene en sus manos. Ésta es una segunda versión edulcorada, más pensada, que la primera. Una versión más seria y seguramente más aburrida. Sigo diciendo lo que pienso del «biografiado», pero he limado expresiones y eliminado polémicas y críticas, quizá más propias para el diálogo personal que para el escrito académico. Al hacerlo he seguido el consejo de personas de cuyo buen criterio me fío.

La persona

Nada de lo que diga acerca del hombre Elías Díaz sorprenderá a nadie. En el mundo reducido de nuestra asignatura nos conocemos casi todos y para nadie son un secreto nuestras virtudes y defectos. Todo el mundo sabe quién es sectario o maniobrero, amigo de sus amigos o distante y descomprometido, cuál es la ideología y hasta las manías de cada cual. Quizá haya diferentes percepciones acerca de todo esto y lo que para unos serán defectos para otros serán virtudes y éstos hablarán, por ejemplo, de parcialidad o injusticia y aquéllos de justicia y sentido de la amistad. Pero, aún así, la imagen será probablemente bastante uniforme.

Obviamente no voy a intentar un retrato detenido del personaje y me limitaré a señalar algunos rasgos destacados del mismo referidos especialmente a sus actividades académicas que son las que aquí más interesan.

Recuerdo que hace años, refiriéndose a Pemán, me dijo Dionisio Ridruejo algo que a primera vista me dejó sorprendido: «es muy trabajador». Creo que aparte de la innegable calidad de su obra escrita, ése es también uno de los calificativos que pueden predicarse del amigo Elías: es un gran trabajador de la enseñanza, a la que ha dedicado casi toda su vida en su doble faceta de docencia e investigación. Sin duda ha pasado horas y horas en el despacho y en la biblioteca, ha empleado mucho tiempo en orientar a los numerosos doctorados cuyas tesis ha dirigido y seguramente también en dialogar con estudiantes y colaboradores. Todo ello supone un gran esfuerzo, pero también, pues en definitiva todos tendemos a hacer lo que nos gusta, una gran afición a la enseñanza.

La otra cara de la moneda es la renuncia a otro tipo de actividades, más o menos brillantes, que seguramente serían, para otros, interesantes. La vida del profesor universitario es monótona y aburrida. Es ciertamente cómoda e independiente: no hay jefes, ni incrementos

de productividad (aunque recientemente los llamados «tramos» han tratado de suplir esta laguna) y los días se suceden sin grandes acontecimientos, como no sean las pequeñas o grandes peleas que uno mantiene, si es de natural combativo, con los colegas.

Nuestro amigo ha podido cambiar esta vida de despacho por el escaño parlamentario y por el relumbrón de la embajada. En los comienzos de la democracia, el escaño en las cortes constituyentes ofrecía un singular atractivo para un viejo luchador por la democracia y el socialismo y, posteriormente, la embajada romana, situada por cierto en un bellísimo y lujoso edificio, también ofrecía atractivos de otro tipo, diríamos «sociales», a los que pocos hubieran renunciado.

A ambos renunció Elías por razones que nunca entendí bien. ¿Falta de apego a la vida de salón? ¿Cierta timidez de trato? ¿Acaso pensaba que los embajadores tienen poco poder? No lo sé, pero intuyo que mucho tuvo que ver con ello su afición a las tareas universitarias, que habría tenido que abandonar por algún tiempo.

Otra de las cualidades que hay que destacar en él es su gran habilidad para evitar el conflicto y, en definitiva, para llevarse bien con casi todo el mundo. Aficionados a narcisos como solemos ser los universitarios es fácil hacer o decir algo que roce nuestra vanidad y si no hay motivos reales de ofensa no resultará difícil inventarlos. La gente tiene mucho tiempo libre, se aburre y entretiene sus ocios peleándose. No sé que nuestro amigo se haya peleado nunca con nadie. Puede negarle el agua y el pan a quien no sea de su cuerda, pero jamás le negará el saludo. Lo que por cierto le ha permitido mantener una excelente relación personal con sus amigos colaboradores.

Aficiones y manías

(«Paranoias» decía la versión original de este escrito). Cada autor tiene sus temas, sus filias y sus fobias, no puramente intelectuales, sino entreveradas de valoraciones y preferencias ideológicas.

Una de las preferencias del amigo Elías es la historia, lo que se explica a su vez, si se me permite la redundancia, por razones históricas. En los tiempos oscuros, los partidarios de la otra España trataban de contrarrestar la versión oficial del pasado ofrecida por el régimen de la época, exaltando los valores de la libertad y las figuras que los encarnaban. A Donoso y Menéndez y Pelayo, contraponían las figuras de Jovellanos, los ilustrados, Galdós y tantos otros. A ello contribuía indirectamente la censura, que se mostraba más tolerante con los panegíricos de la libertad situados en el pasado o referidos a él, que con sus versiones más actualizadas.

Elías participó bastantes años en el seminario que, dirigido por don Julián Marías[2], tenía lugar en la *Sociedad de Estudios y Publicaciones del Banco de Urquijo*, cuyo inspirador era don José Antonio Muñoz Rojas. Esa misma Sociedad acogió por mucho tiempo (quizá hasta su muerte) a don Xavier Zubiri.

El seminario en cuestión tenía diversas secciones, de las que eran directores Laín, Fernández Almagro, Lafuente Ferrari y Aranguren. Colaborábamos como una especie de ayudantes de los anteriores varios, entonces, jóvenes profesores, entre otros que ahora recuerdo Morodo, Anes, Jesús Aguirre (a la sazón sacerdote, que luego casaría a Elías), Martínez Cuadrado y el propio Elías. No sé si de esa época data su propósito de exhumar el pasado. Pero lo cierto es que, aún antes de llegar a la cátedra, colaboró en la dirección (dirigió de hecho) las tesis de muchos de los discípulos y colaboradores de don Joaquín. De allí salieron las tesis, luego libros, de Zapatero sobre Fernando de los Ríos, Lamo de Espinosa sobre Besteiro (Fermín Solana escribiría por la misma época otro magnífico libro sobre este político y profesor), Laporta sobre Adolfo Posada, Núñez Encabo sobre Sales y Ferré, Eusebio Fernández sobre socialismo y positivismo en el XIX y quizá alguna otra que ahora se me escapa. Entre ellas pudieran incluirse los trabajos del propio Elías sobre Unamuno y el Krausismo. En la Facultad de Filosofía, José Luis Abellán, amigo común, comenzaba por la misma época sus trabajos de historia del pensamiento español, que luego cristalizarían en su monumental y magnífica obra sobre el tema.

La actividad de Elías en esa tarea de revalorización del pasado respondió a un propósito consciente que varias veces le oí expresar. Supongo que a él se deben muchos de los temas de aquellas tesis y, aunque en cierto modo ya ha dado por finalizado el cielo de estudios históricos (¿acaso los más jóvenes ya no están por la labor?), sigue favoreciendo la realización de trabajos sobre personajes más recientes, como la tesis de J. Rodríguez sobre Legaz y R. García Manrique sobre los derechos humanos entre 1939 y 1975, ambas leídas en Alcalá y de cuyos tribunales formó parte.

Y creo que aquí el propósito de revalorizar el pasado remoto se refuerza con consideraciones más personales. Creo que, como nos ocurre a los que ya vamos siendo viejos (él a los 30 ya lo era), trata de frenar la inevitable tendencia al adanismo de los más jóvenes (que nosotros, todo hay que decirlo, también tuvimos cuando lo fuimos), a creer que el mundo comienza con ellos y a considerar a los anteriores, en el mejor de los casos, como escuetos precursores de su

[2] A quien Morodo, ahora que me acuerdo, calificaba de «destacado jovellanista» (Jovellanos era, por aquellas fechas, el símbolo de la «tercera España»).

magnificencia. No digo que no haya en todo ello un deseo de hacer justicia, de reconocer los méritos (o deméritos) de cada cual, pero supongo que también hay el deseo, quizá inconsciente, de evitar ser devorado por sus hijos, destino, según Freud, de todo padre. Por eso es preciso recordarles que se convertirán en polvo y esperar a que el tiempo haga su labor destructora, a que a los jóvenes comience a abultárseles el vientre y a clarearles el cabello y a que también a ellos les nazcan hijos devoradores. Si éstos últimos, quizá para torturar al padre, exaltan al abuelo éste puede ya respirar tranquilo, sabiendo que el orden natural de las cosas ha sido restaurado.

Pero se trata de precauciones inútiles porque sus hijos lo aprecian y respetan, sin atreverse apenas a refunfuñar, por lo bajo, contra sus manías. De esta buena relación es un ejemplo el presente volumen, en el que los discípulos se rinden homenaje a sí mismos a través de la figura del maestro.

Otra de las constantes intelectuales de Elías es, a mi juicio, su desvío o escaso aprecio por la cultura anglosajona y especialmente por la americana[3]. Creo que hay en ello, aunque él probablemente no lo reconocerá nunca, un cierto reflejo o tic izquierdista, que le lleva a mirar con malos ojos todo lo que venga de la gran capital del imperio. Pero creo que hay también otro tipo de razones: los análisis conceptuales (escolásticos suelen decir) y disquisiciones sobre sus temas puntuales le parecen una especie de trivial pérdida de tiempo. A menudo me ha criticado mi afición al tema del paternalismo (ironizando sobre el contrato de esclavitud y el lanzamiento de enanos, ejemplos utilizados por Martín Farrell en una conferencia que, sobre el tema, pronunció en Tenerife). En general creo que tiene escasa afición a este y otros problemas de ética aplicada, a la que en cambio son tan aficionados los analíticos (y muchos de sus discípulos).

Lo que probablemente tenga que ver con una tercera constante: su afición a la filosofía política. Para nadie es un secreto que los grandes temas de nuestra asignatura son la teoría del Derecho, la ética y la filosofía política (una división que, por cierto, se refleja en el nuevo nombre de la misma: *Filosofía del Derecho, Moral y Política*). Todos tenemos que picotear aquí y allá pero todos tenemos también nuestras preferencias. Y así, mientras bastantes de entre los jóvenes sienten curiosidad por los primeros otros, como Elías y Capella, se inclinan a la filosofía política. Las dos grandes preocupaciones de Elías son el socialismo y la democracia o, si se quiere, el socialismo democrático. Creo que casi todo lo que escribió, e «hizo» escribir, tiene que ver con ellos. Lo que una vez más se explica no

[3] Sector conservador, se entiende. A Hart le dedicó un capítulo. Siempre habló bien de Chomsky, a quien la derecha americana aborrece.

sólo por razones intelectuales, sino también biográficas. Vivió los años difíciles en que escribir y enseñar en España, siendo demócrata y socialista, resultaba complicado, si no peligroso. (No hay que exagerar: se podía vivir y la represión de los intelectuales se ejercía en bastantes casos por la vía negativa de cerrar puertas e impedir el acceso a los puestos oficiales, que en la enseñanza lo eran todos). Supo lo mucho que costó traer la democracia (padeció confinamiento en Jaén y fue encausado por dos veces en el T. O. P.) y por ello conoce su fragilidad. Quiere que no se olviden los «méritos» contraídos en la lucha, pero sobre todo teme que por indolencia, apatía, o quizá por frivolidad, se pierda lo que costó tantos desvelos y sacrificios.

Algunos de los más jóvenes parecen dar por definitivamente conseguido lo que quizá sea provisional y considerarlo como una especie de regalo del cielo, o de la historia, olvidando luchas y sacrificios. Como los herederos de las familias ricas disfrutan del dinero sin saber lo que ha costado ganarlo. Elías lo sabe, aunque no estoy seguro de que tenga tan claro que la mejor defensa de la democracia consistirá probablemente en reformar los aspectos disfuncionales de la misma (en los que no voy a entrar, porque no son del caso, pero que están en la mente de todos. Mencionaré únicamente, a título de ejemplo, la financiación de los partidos) y en que los que a sí mismos se llaman demócratas estén a la altura de las circunstancias. Y lo que se diga de la democracia ha de decirse con mayor motivo del socialismo, una forma de organización social que, donde ha existido, se ha hundido en el fracaso y, donde no, se ha mantenido como una nebulosa, una especie de mito inalcanzable, que sólo los que tienen fe consideran posible. Creo que Elías es de los que aún no la han perdido. Pero la fe es una virtud teologal, merecedora del mayor respeto.

Maestro y *capo di scuola*

Ya quedó indicado que tiene un gran número de discípulos repartidos por toda la geografía española. Algunos son sus hijos académicos: Peces-Barba, Laporta, Atienza, Ruiz Miguel, Almoguera, Sauquillo, Colomer, Sánchez (Cristina) y Beltrán (Elena), Hierro y Zapatero (que ya hubieran sido catedráticos de no haberse dedicado a la política). Tiene también nietos espirituales: Fernández, Prieto, Páramo, quizá De Lucas y Ruiz Manero son discípulos de discípulos. Y hay muchos otros que ahora no recuerdo y cuya mención hará excesivamente larga la lista.

De estas cosas no se habla, porque la ideología oficial es que

todos apoyamos a quien más lo merece, pero es archisabido que las relaciones de maestro-discípulo crean vínculos de dependencia y condicionan el acceso a los puestos de docencia, con las evidentes repercusiones económicas y culturales que ello comporta. Quien ha «sacado» catedráticos y titulares tienen muchas posibilidades de seguir «sacándolos», de aumentar su ámbito de influencia y de influir, a su vez, en los discípulos que van a recibir la enseñanza. Con lo que venimos a parar a la cuestión de las escuelas.

En un reciente libro me referí a dos, a los que coloquialmente llamé de Ferraz y de Trento, una división que me fue criticada por simplista e insuficiente[4]. Permítaseme volver ahora sobre el asunto. Utilizaba «escuela» en sentido sociológico, para designar a un grupo más o menos organizado de personas que persiguen finalidades comunes (cuando se trata de grupos académicos, principalmente la provisión de las cátedras) y desarrollan cierto espíritu excluyente y, en ocasiones, sectario. De ellas puede decirse lo que Locke predicaba de las Iglesias: «que cada (una) es ortodoxa para sí misma y para las demás equivocada o hereje»[5].

La que he llamado escuela de Trento es la prolongación de quienes en el régimen anterior ocupaban con exclusividad las cátedras y cuya personalidad más influyente (y, en cierto modo, dirigente) era don Francisco Elías de Tejada. Casi uniformemente respondían al patrón del profesor tomista, en filosofía, y tradicionalista, en política. La llamada de Ferraz procede de los profesores disidentes, agrupados en torno a Ruiz Giménez que, por su actitud democrática y al mismo tiempo por sus conexiones con el régimen, era capaz de ampararlos. Respondían mayoritariamente al estereotipo de antifranquista, demócrata, socialista y bastante influido por el marxismo. Las dos escuelas constituían el reflejo de la lucha franquismo-antifranquismo en el campo de la filosofía del Derecho y, como las solidaridades engendradas en la lucha, y también las heridas, en alguna medida siguen en pie las dos escuelas constituyendo un reflejo de la lucha entre franquistas y socialistas por ocupar las cátedras de la asignatura. Que haya excepciones (Elías dice que muchas) en uno y otro campo, que ningún individuo encaja por completo en un esquema, es cierto, pero no lo es menos que todo lo que ocurre en sociedad tiene carácter tendencial y estadístico. Si así no fuera no podríamos hablar de «clases», «ideologías», «tercer mundo», etc. Esta última

---

[4] Y por injusta, válgame Dios. No hacía referencia a que, con ocasión de una trivial polémica con cierta revista, Liborio y Virgilio presentaron su dimisión del Consejo de Redacción de la misma. Quede aquí constancia de mi reconocimiento a tan amistoso gesto.

[5] *Carta sobre la tolerancia*, Ed. Tecnos, 1985, pág. 20.

observación no parece fuera de lugar, pues cualquier intento de clasificación produce rechazo entre profesores que acostumbramos a creernos ejemplares únicos (y el ombligo del mundo) y que, sin embargo, estamos constantemente clasificando a los demás[6].

¿Sólo Ferraz y Trento? Si usamos el término como arriba lo hicimos, escuelas lo que se dice escuelas, no salen muchas más. ¿Y qué hay de una tercera vía? Es cierto que no todo el mundo (pocos, dirán algunos) estaría a gusto en una u otra escuela. Probablemente sean mayoría los que no se sientan encajados en ninguno de los dos «tipos ideales». (Yo mismo tampoco me siento encajado al menos en lo ideológico). Sí, sólo que este conjunto de profesores «inclasificables» no constituyen una escuela. En el Congreso de Ceuta, organizado por el profesor Fernández Galiano, parecía apuntar una tercera vía, pero no estoy seguro de que de allí haya salido un grupo coherente, en todo caso no con los efectivos y la fuerza de los dos grupos dominantes. En definitiva, si no ha habido tercera vía es porque tampoco ha habido un centro político que pudiera ampararla o promoverla. Esa tercera vía tendría que haber sido liberal o democristiana y esas ideologías no han tenido vigencia suficiente en nuestro medio social.

¿Y los llamados independientes? Ésos por definición, y sean cuales fueran sus méritos, nunca formarán escuela. Serán incapaces de ninguna acción coordinada y sólo les quedará el consuelo de lamentarse del poco caso que les hacen. Y ciertamente hay casos curiosos. Hay profesores (Rodríguez Paniagua, pongamos) que habiendo tenido una dedicación exclusiva a la universidad, y siendo autores de trabajos tan buenos o mejores que los de cualquiera, sólo han sido capaces (¿o no han sabido?) de «sacar» un titular de universidad. Cuando uno contempla el desparpajo con que otros hacen y deshacen no puede por menos de pensar que el orden natural ha sido trastocado. ¿Política? Claro. Política universitaria que tiene mucho que ver con la política general del reino. Que tenga también que ver con los auténticos valores culturales ya es otra cuestión, en la que no voy a entrar ahora.

En el libro antes mencionado me refiero también a cierta clasificación de grupos o escuelas elaborada por Elías y por aquel entonces inédita. Le oí decir que, en la entrevista que en este mismo número le hacen los profesores Laporta y Ruiz Miguel se refiere a ella. No conozco la versión definitiva, pero aquella primera versión, aunque ingeniosa y divertida, me pareció bastante «ideológica». Hablaba allí de «los viejos», los «raros e irreales», «los Opus», «los Doxa». Como se ve los criterios de clasificación son muy variados: la edad, el carácter, la pertenencia a una organización religiosa, la colaboración

[6] Alguna vez le oí referir a Elías lo que una marquesa decía a su protegido: «Ay, Carlo, ¿por qué también has de ser inconformista, como todos?».

en una revista. Desde luego que pueden utilizarse esos u otros criterios clasificatorios, pero es lo cierto que las clasificaciones resultantes no ayudarán a comprender lo esencial: cómo se proveen las cátedras (quién tiene o no tiene poder) y qué es lo que va a enseñarse en las aulas. Eso no tiene que ver con el hecho de que alguien publique o no en determinada revista... a menos que esa revista sea órgano de una escuela.

Pero si (a mi juicio cerrando los ojos a la realidad) no se quiere hablar de escuelas, como grupos más o menos cerrados y dotados de cierta dinámica común, santo y bueno. Hablemos entonces de relaciones de discipulado. Y desde esta perspectiva cabe destacar que por las aulas de Elías Díaz han pasado muchos de los más destacados filósofos del Derecho que actualmente enseñan en España. Estaría por decir que todos aquellos de orientación democrática le deben enseñanza y apoyo, en muchos casos decisivo para lograr la titularidad o la cátedra. Y lo hizo con criterio amplio y generoso.

Tengo de esto una experiencia de primera mano en las oposiciones del 82. Llevaban tiempo sin convocarse y, cuando al fin esto se produjo, pudimos acceder a la cátedra (agregación se llamaba entonces) algunos de los que llevábamos bastantes años esperando esa oportunidad: Ollero, Capella, Peces-Barba, Rodríguez Molinero y yo mismo. Todos ellos tuvimos los votos (algunos también de los otros dos miembros del tribunal) de Ruiz Giménez, Gil Cremades y el propio Elías. Salvo Peces-Barba, ninguno era discípulo directo ni socialista y alguno, como Ollero, de tendencia conservadora (habrá quien diga que yo también lo era). Concurría también Laporta, discípulo directo, que no logró plaza (al que, por cierto, debo agradecerle su actitud generosa). Creo que en aquella ocasión Elías (y por supuesto Cremades y Ruiz Giménez) trató de elegir a quien le pareció mejor, fuera cual fuera su ideología, en lo que probablemente hay que incluir también cierta conmiseración hacia quienes llevaban, o llevábamos, muchos años de espera.

Pero la cosa viene de atrás. En el 74, y tras muchos años de lucha, logró el acceso a la cátedra de Oviedo, con un tribunal formado por Beltrán de Heredia, Elías de Tejeda, González Vicén, Delgado Pinto y López Calera. Dentro de la pequeña historia de nuestra asignatura fue una oposición memorable, en la que por primera vez un antifranquista declarado (socialista) accedía a una cátedra universitaria. Como se ha hablado y escrito bastante del asunto recordaré sólo lo esencial: Delgado Pinto y López Calera, en un gesto que les honra, «rompieron» la rígida disciplina impuesta por Elías de Tejada en la asignatura y, alentados por González Vicén que le plantó cara, dieron su voto a Elías y a Gil Cremades. Lo que siguió

después, la rocambolesca historia del presidente que se negó a firmar las actas, no es de este lugar. Lo cierto es que aquella oposición supuso un cambio importante en la asignatura. Hasta entonces sólo Legaz, Truyol, Ruiz Giménez y González Vicén, entre los catedráticos anteriores, toleraban (y apoyaban en lo que podían, que no era mucho) a profesores de orientación democrática (incluso alguno comunista, lo que en aquel entonces era bastante arriesgado).

Elías, junto con Gil Cremades, los mencionados Delgado Pinto y López Calera, Rodríguez Paniagua, Pérez Luño y otros que, poco a poco, fueron llegando a las cátedras, contribuyeron a promover, junto con los más «viejos» antes mencionados, un cambio en la asignatura. Desde entonces, profesores de diversas tendencias, también tradicionalistas, pudieron acceder a los puestos docentes. Que en algunos casos haya criticado a mis amigos de la escuela de Ferraz, por lo que consideraba actitudes sectarias (debidas, a mi juicio, a la militancia, o simpatía, socialista de algunos) nunca me ha hecho olvidar el servicio que rindieron a la libertad intelectual, especialmente su «capo di scuola» Elías, que tras la retirada de don Joaquín le sucedió en el liderazgo de la escuela.

Demócrata y socialista

No le conocí en sus años de bachillerato, pero supongo que había sido socialista desde los años de Universidad, cuando tenía a Tierno y a Ruiz Giménez como profesores y a Raúl Morodo (su entrañable amigo) como compañero. En la versión anterior (que ya anda circulando clandestinamente) decía que su ama de cría le cantaba, para dormirle, la internacional. Lo suprimí de esta versión porque alguien me hizo ver que este escrito, además de Elías, pudiera tener algún otro lector. Decía también que si el socialismo se hundiera él seguiría siendo socialista contra viento y marea, como aquel inglés que, siendo el único en esperar el autobús, se constituía en cola.

No sé si pasó por una época democristiana pero, si así fuera, debió ser muy corta. Pronto se hizo tiernista, quizá influido por Raúl Morodo, o sencillamente atraído por la originalísima personalidad del «viejo profesor». Por aquellos años nos conocimos, quizá hacia el 60 (¿asistió a la oposición de esta fecha, la primera que yo hice?). Frecuentaba el piso del Marqués de Cubas, lugar al que Tierno (con la mínima egolatría que se permitía) llamaba el anti-Pardo. Por allí andaba Alonso, al que cariñosamente llamábamos «el obrero», representante único de la clase algo más numerosa a la que nos proponíamos liberar de la opresión capitalista. Pero, no era único, porque allí andaba también el entrañable Nombela, antiguo socialista

que, tras muchos años de cárcel, se hizo tiernista y llegó a hacer de Marqués de Cubas su casa, en el sentido literal de la palabra.

Allí frecuentaba Elías a muchos de los que siguen siendo sus mejores amigos: a Raúl Morodo (principal discípulo de Tierno y «vicepresidente» informal del grupo), Emilio Casinello, Amaro González de Mesa y Fernando Morán (diplomáticos), Pedro de Vega (condiscípulo en Salamanca), Manuel Medina, Miguel Martínez Cuadrado, Francisco Bobillo, José Luis Abellán, Carlos Moya y tantos otros, entre ellos (algún lector más joven quizá se sorprenda un tanto), el viejo liberal que abajo suscribe, ciertamente en momentos de aturdimiento juvenil.

Siempre fue socialista y demócrata, obviando la posible contradicción entre ambos términos (permítaseme esta mínima perversidad, los amigos ferracianos sospechan fundadamente que me estoy mordiendo la lengua). No quiero decir que no haya evolucionado algo a través de los años, pero me parece que no hasta el punto de entrar en la socialdemocracia o en el liberalismo social como han hecho otros compañeros. Me parece (pero no estoy del todo seguro) que sigue pensando que el capitalismo es un sistema perverso que debería ceder el paso a otro en que el control de la economía estuviera, en buena medida, en manos del Estado y, por tanto, de un partido socialista, pues no es fácil imaginar un liberal realizando ese control (aunque, para ser justo, debo decir que suele hablar de economía mixta. Confieso que, torpe de mí, no entiendo bien en qué consiste ese amasijo). Lo que le sitúa en un cierto fundamentalismo, quizá discutible, para muchos, pero, al menos, bastante consecuente. Nunca se podrá decir de él que ha mudado de chaqueta.

Y, en relación con esto, creo que hay que insistir en algo que más atrás quedó apuntado: su negativa a ocupar cargos políticos. Debió entrar en el PSOE hacia el 74, cuando vivía en Oviedo, pues muchas veces le oí contar cómo la visión de las masas mineras asistentes al homenaje a Llaneza, en Mieres y en día de nevada, reforzó su inclinación al partido. Pero supongo que ese fue un pequeño factor desencadenante y que el ingreso se hubiera producido de uno u otro modo. Pero de ahí no pasó la cosa y nunca sucumbió a la tentación de ocupar cargo, con la leve excepción de la dirección del Centro de Estudios Constitucionales, que pronto abandonaría.

Lo que le coloca en una envidiable situación para criticar a sus compañeros de partido, especialmente a quienes en él acudieron al olor de la prebenda y se mostraron más duchos en blasonar de la dichosa ética que en ponerla en práctica. Y supongo que si no lo hace más es por no debilitar al partido en quien, contra viento y marea, sigue viendo la mayor posibilidad de progreso.

¿Que la proximidad al poder siempre devenga algún dividendo?

Sí, por supuesto: lo invitan a uno a dar conferencias, se sale más en la Tele (en la del Gobierno) y se va a ver al Rey por su santo. No sé si algo de esto le habrá sobrevenido al amigo Elías, pero, si así fuera, seguro que en grado mínimo y sin elevarse a la suprema dignidad de la prebenda.

Un poco de teoría

Y permítaseme volver aquí a algo que ya referencié en otros escritos y que da idea de la índole del socialismo que Elías profesa, del fundamento teórico que trata de darle. Para la procura del poder esto no constituye especial timbre de gloria. Basta con enarbolar la pancarta y berrear más fuerte que el de al lado. Pero para un teórico, sobre todo uno que hace del socialismo su principal tema de reflexión, la cosa no carece de importancia.

En las palabras finales de su *Sociología y Filosofía del Derecho*, afirma que los valores de libertad, igualdad y solidaridad, derivados del valor central de la dignidad de la persona humana, están dotados de un «suficiente nivel de objetividad y justificación teórica». Palabras que tienen una evidente resonancia kantiana: hay valores que pueden *conocerse* (ahí es nada, si se me permite), por la razón y al margen de la experiencia (como diría Kant) y que son objetivos en el sentido de que deben imponerse a todos (aunque, de hecho, algunos insensatos no los acepten). Ahí es nada, si se me concede prórroga al permiso anteriormente solicitado. Si lo he entendido bien, eso es lo que el párrafo anterior quier decir[7].

De manera que la razón que con Platón había sido comunista, con Santo Tomás y Bodino defensora de la monarquía absoluta, con los revolucionarios franceses y americanos y con Kant liberal, con Hegel quién sabe qué, ha terminado por sentar sus reales en la segunda internacional (¿en la presidencia?). La razón se ha hecho socialista y el socialismo se ha hecho racional. Dios sea loado[8].

En otros lugares expresé mis reservas hacia el racionalismo ético, que aquí no hacen al caso. Sí diré que, se piense lo que se piense del asunto, hay que reconocerle a Elías el mérito de haber intentado ofrecer una fundamentación de la moral, en la línea de Kant y quizá también del austomarxismo. Una fundamentación que, en la medida

[7] Me temo que va a acusarme de no leerle: «No me lees, viejo amigo». Claro que de eso nos quejamos todos.

[8] La primera versión iconoclasta incluía aquí una broma, en la que me preguntaba si acaso, de una en otra, el viejo Kant iba a resultar un humilde precursor de cierto político, pero mis asesores-censores «me obligaron» a suprimirla.

en que reconoce criterios morales objetivos, no está tampoco lejos del jusnaturalismo.

La revista *Sistema*

Hace años, a finales de los 60, si mal no recuerdo, nos reunimos en el despacho de Rodrigo Uría una serie de amigos con el propósito de fundar una revista de orientación socialista, en la que pudieran integrarse las diversas corrientes o tendencias. Se adoptó el acuerdo de no incluir en la dirección a los líderes (Tierno, Llopis) para evitar posibles conflictos y que la revista adquiriera un carácter partidista (lo que a Tierno, por cierto, le disgustó sobremanera). De allí salió *Sistema*, cuyo primer director fue Elías, que sigue siéndolo en la actualidad. La revista se acogió primeramente a una fundación dependiente de Ruiz Giménez, pero luego (unos diez años después, me recuerdan) entró en la órbita del PSOE y, más en concreto, de don Alfonso Guerra.

Se puede discutir interminablemente acerca de la conveniencia de este tipo de dependencias partidarias. A Elías le oí decir varias veces, refiriéndose a la afiliación del intelectual, que en definitiva todo el mundo depende de alguien y quizá no sea menor la dependencia del que trabaja (y cobra) para un Banco que del que lo hace para un partido. Quizá la solución estaría, según esto, en buscarse una buena dependencia, un buen amo fiable y sensato a quien servir. Pero no voy a entrar en ello ahora. Si me he referido al carácter partidario de la revista no fue para criticarlo, sino para ofrecerle al lector un dato que me parece importante en una semblanza de quien ha sido principal promotor y animador de la misma, lo que, después de lo dicho anteriormente, no sorprenderá a nadie.

Sistema ha sido y sigue siendo una revista teórica que no pretendió seguir la actualidad como por ejemplo había hecho su antecesor *Cuadernos*, sino situarse en un plano más intemporal. Tuvo inicialmente una cierta orientación marxista que poco a poco fue perdiendo. Actualmente, aunque conserva su tendencia moderadamente izquierdista no creo que tenga una orientación teórica o filosófica definida.

A ella dedicó Elías buena parte de su tiempo y esfuerzo con resultados, a mi juicio, notables. Habrá, claro es, quien la encuentre más o menos interesante o aburrida, pero creo que pocos dejarán de reconocer la calidad intelectual de la mayoría de las colaboraciones. Me consta que Elías, junto a José Félix Tezanos, cuida especialmente este aspecto porque he tratado de meterle algún gol y no he podido. Algunas, bastantes, de las colaboraciones de la revista tienen que

ver con temas de nuestra asignatura y, junto con *Doxa*, fue y sigue siendo una especie de órgano de expresión teórica de la escuela. Por cierto que sería interesante elaborar una especie de listado de colaboradores y temas, lo que tendría un cierto valor histórico y, de paso, completaría el perfil intelectual de Elías, al saber qué y a quién promovió o acogió en «su» revista[9].

Vorwärts

Vamos para viejos pero espero que aún nos quede camino por recorrer. Seguiremos sembrando la confusión en alumnos y lectores con nuestro habitual empecinamiento.

Al llegar al final de estas líneas dudo haber transmitido al lector algo del profundo afecto que tengo a quien es uno de mis mejores amigos, una especie de gemelo académico con quien he compartido zozobras y alegrías, a cuyo lado he luchado (algo, no hay que exagerar) por la democracia y con quien he mantenido cientos de polémicas de sobremesa en las que ciertamente (mala suerte que tiene) nunca lleva razón. Al llegar al final de estas mal hilvanadas líneas hágame merced el lector de permitirme adoptar (muy brevemente, no se alarmen) un tono más personal. Quisiera desearle larga y fecunda vida. Que sus hijos se críen sanos y fuertes y que su legítima Maite (su corazón, como el de Clarín, nunca fue plural) siga adorándole con obstinada resignación. Y en cuanto al viejo Luisón, como él lo llama, que siga muchos años dándole la lata con estériles polémicas. Que como ya no van a quitarnos la palabra, hablemos y hablemos (a ser posible mal de los amigos, que es cosa que une mucho) y riamos, mejor en verano que en invierno, al pie de la sierra del Cuera, ya nunca más en *Elvirina*, como antes, como siempre, como ahora.

[9] He metido otra vez la pata. Me recuerdan que ya está hecha en el núm. 100: «No me lees, etc.».

ENTREVISTA A ELÍAS DÍAZ

1 *No vamos a entretenernos mucho en tu peripecia vital porque ya tienes publicada una autobiografía muy completa en la revista «Anthropos», pero nos interesaría particularmente que hicieras, para empezar, dos cosas no demasiado sencillas: una, periodificar tu propia vida, y otra, definirte como intelectual.*

Está claro que no se me concede aquí espacio para suaves prólogos y lentas introducciones sino que se quiere entrar enseguida en profundidades, en definiciones de identidades personales: aceptémoslo si no queda más remedio.

Me veo más -dicho sea con alguna pretenciosidad- como un corredor de fondo, de una sola e interminable carrera, que como resultado de cambios drásticos en separadas o muy diversas etapas. Una carrera contra nadie, por lo demás; si acaso, pero sin rupturas, contra mí mismo. La hipotética periodización de esa continuidad, en espiral, de esa biografía intelectual, vendría más bien marcada por acontecimientos «externos», aunque siempre vividos, encajados y contestados desde esa propia, interna, evolución. Pero hay también, junto a ello, en mi biografía personal, y familiar, fechas inolvidables, buenas y malas (algunas están en ese resumen publicado en «Anthropos»), con incidencia importante, más o menos soterrada y en interrelación, a lo largo de esa «otra» biografía de carácter más intelectual.

Por facilitar y reorganizar el acceso a ese pasado -respondiendo así a la cuestión planteada- diferenciaría, simplificando mucho y entremezclando ambas dimensiones, varios principales «momentos»: uno, 1934-1956, años de Salamanca, de las guerra-s y posguerra-s hasta el final de mis estudios universitarios; dos, 1956-1965, Madrid, Bolonia, Friburgo, Munich, estudios de posgraduado y doctorado, iniciales publicaciones; tres, 1965-1975, primeros libros,

últimos años del régimen franquista, actividad política y universitaria en la oposición, Pittsburgh y después Oviedo; y cuatro, 1975-1994, larga etapa hasta hoy, transición y consolidación de la democracia, buen tiempo de trabajo en la Universidad Autónoma de Madrid, cursos, clases, más libros, más (muchas más) conferencias, artículos, papeles, junto a otras colaboraciones no sé si más «prácticas» y/o públicas.

Todas estas tareas y resultados, de mayor o menor calidad, han sido un trabajo que no puedo no calificar de intelectual. ¿Qué otra cosa sería? Pero me es muy difícil (¡y más en esta primera respuesta!) «definirme como intelectual». Creo, de todos modos, que es algo que tiene que ver con ese oficio bien hecho, con respeto, seriedad, responsabilidad, compromiso, sentido crítico y otras cuantas cosas más. Para más detalles, confrontaciones e, incluso, definiciones reenviaría -esto es algo que precisamente suelen hacer los intelectuales- a uno de los últimos libros de Norberto Bobbio, *Il dubbio e la scelta: intellettuali e potere nella societá contemporanea* y también -¿por qué no?- a otro mío, *Ética contra política. Los intelectuales y el poder.*

2. En tu pensamiento parece haber ciertos focos de inquietud bastante constantes. En tu bibliografía de los primeros años (la anterior a la publicación de Estado de Derecho y Sociedad Democrática *de 1966) aparecen ya casi todos ellos: Teoría del Estado democrático, filosofía del Derecho de franca inclinación positivista y crítica del iusnaturalismo, opción por el socialismo y visión de un Marx no autocrático, reivindicación de la sociología del derecho, recuperación del pensamiento español del siglo XIX, etc. ¿Estás de acuerdo con ello o crees, por el contrario, haber experimentado alguna ruptura importante?*

Estoy de acuerdo, a modo de descripción y explicación, con esa continuidad (en espiral, precisaba en el punto anterior), con esa evolución desde posiciones, perspectivas y metodologías asumidas entre los veinte y los treinta años respecto de buena parte de esos problemas centrales ya presentes entonces: no a la escolástica, no al exceso de formalismo, no a los reduccionismos aislacionistas y, en cambio, mucha mayor atención y consideración hacia las circunstancias históricas y sociales enjuiciadas desde una, que aspiraba y aspira a ser, razón crítica. En definitiva y abriéndose ya también con ello el campo político, libertad y democracia, autonomía privada y pública, personal y social, contra toda forma de dogmatismo, de opresión y de dictadura.

Unamuno y otros muchos han remarcado que toda obra intelectual, incluso todas las vidas reales, se mueven y se debaten siempre, en el fondo, en torno a una sola y única cuestión: yo no sería tan

radical, o tan unívoco, pero confieso que tiendo a ver las cosas, y las gentes, preferentemente desde la perspectiva de la mediación, de la comunicación, de la interrelación, de la «totalidad» si se quiere (aunque sé que con este término complico la contestación). No, no ha habido rupturas espectaculares en mi «biografía intelectual» (ni personal): las rupturas, o las dudas y las ignorancias, las negaciones son más bien cosa de todos los días, de esa continuidad, de ese proceso evolutivo: y allí se van asumiendo como buenamente se puede.

3. Lo primero que sorprende de tu bibliografía es que se inicia con una crítica a lo que llamas «sustanciación de lo colectivo». En ella denuncias los peligros de atribuir propiedades éticas a los entes colectivos, como el Estado. Es algo en lo que coincides con los críticos de lo que hoy se denomina «comunitarismo». ¿Qué significado tenía ello para ti en 1961?

Imagino que, dadas las fechas, serían más bien, a la inversa, esos críticos actuales del «comunitarismo» los que en su caso coincidirían conmigo, y con aquellos otros en quienes, claro está, yo entonces me inspiraba. Mi crítica a la «sustanciación de lo colectivo» (años 1959-1961) era, sobre todo, una crítica a las filosofías políticas transpersonalistas que estaban detrás del *Stato etico* del fascismo italiano y de la racista *Volksgemeinschaft* del nazismo alemán.

Aparte de dejar claras las cuentas con ese negro pasado, mis alegatos querían ir también, en este país y en aquellos momentos, contra el mito místico y dogmático de la «España eterna», y su condena de la anti-España del exilio y la democracia, contra las irracionales «entificaciones» de la nación, de la patria, del «imperio» (hacia Dios), predicadas sobre todo en esos primeros decenios (pero en el fondo siempre operantes) por no pocos exégetas, teólogos y filósofos, del Estado totalitario y la dictadura. Se trataba, como puede verse, de una reivindicación básica de la persona individual, de su libertad, de su voluntad y de su racionalidad, pero buscando el mejor contexto social (democrático) en el que se pudieran hacer real para todos esas condiciones humanas, esas exigencias éticas.

4. Entre tus primeras publicaciones ya hay una crítica al iusnaturalismo por su sentido político conservado. ¿Cómo «naces» ya positivista en un medio ambiente tan unánimemente iusnaturalista? Porque es difícil recordar a nadie que en los años 50 se declarara positivista.

Yo no era, ni fui nunca, propiamente un positivista; o no era sólo, o del todo, positivista (exprésese como mejor parezca). Pero podía,

sí, concordar con el positivismo desde mi convencida oposición al reaccionario iusnaturalismo teológico y teocrático de la época: es decir, como metodología eficazmente disolvente de aquella absolutización de las irracionalidades y arbitrariedades políticas, religiosas e ideológicas de signo más o menos tradicional que precisamente pretendían imponerse en nombre de una moral trascendente. Y, desde luego, también concordaba con él, con el positivismo (jurídico), al considerar el Derecho como Derecho positivo, al definirlo no por su justicia o injusticia -¿es que acaso jueces, abogados y catedráticos no tomaban como Derecho el injusto Derecho franquista?- sino por su efectivo cumplimiento o reconocimiento social y político expresado en normas coercitivas aplicadas por los órganos pertinentes (en casi todos mis libros hay más explicaciones y matizaciones acerca de tal definición).

No confundía, pues, el Derecho que es con el «Derecho» que debe ser, pero tampoco aislaba ni escindía ambos mundos. Al contrario -y con esto supongo que ya no se me podría probablemente admitir dentro del positivismo- trataba siempre de comunicarlos y de dejar bien claro que la ética, el deber ser, la justicia también tenían mucho que ver con la razón. Así, en concreto, desde éstas, desde la razón y la ética, era posible la crítica y la oposición frente a aquel Derecho injusto de la dictadura.

Con esas limitaciones, y delimitaciones, tal impronta positivista debió -seguro- de venirme, o de incrementarse y fortalecerse, a través de la influencia de Tierno Galván y las lecturas por él recomendadas en aquella Salamanca de la segunda mitad de los años cincuenta: repásese por ejemplo la vieja colección «Estructura y Función» de Editorial Tecnos, serie por él entonces dirigida. En cualquier caso, recuerdo que yo disentía siempre de aquellos «tiernistas» que, de manera reductiva y cientificista, se protegían continuamente con aquella misma conocida invocación y advertencia: «yo no hago juicios de valor, sólo constato hechos». Es verdad que, con frecuencia, los hechos que allí se destacaban y constataban (europeos y demócratas) no coincidían para nada -y de ahí el carácter crítico de tal positivismo/sociologismo- con los hechos españoles de la época. Y también es verdad que Tierno, incluso en esa etapa de su biografía intelectual, no era sólo, ni principalmente, funcionalista. De todos modos, en esa resistencia al positivismo extremo también puedo reconocer la huella iusfilosófica de mi otro maestro de Salamanca, Joaquín Ruiz-Giménez, quien toleraba muy bien mis juveniles ataques a esas implicaciones conservadoras y reaccionarias del Derecho Natural.

5. Tu temprana vindicación de la sociología del derecho y tu constante llamamiento de entonces en favor de ella parece tener dos

caras: una más puramente académica y científica (teórica, si quieres) y otra más decididamente práctica. ¿Es esto así?

Como se desprende de todo lo anterior, la sociología, o la historia, yo las veo como ineludibles condiciones o básicas coordenadas (espacio-tiempo) en que se sitúa y hay que situar todo pensamiento, todo conocimiento: especialmente aquellos conocimientos que -como ocurre con los referentes al Derecho- pertenecen más al campo de las ciencias de la cultura, de las ciencias humanas o sociales (los rótulos son muy imperfectos), aunque también las ciencias de la naturaleza se beneficien -creo- del no olvido de sus connotaciones e implicaciones históricas y sociales. Pero, desde luego, la Ciencia del Derecho (legalidad) y la Filosofía del Derecho (legitimidad) se comprenden ellas mismas y, a la vez, se comunican mucho mejor entre sí a través de la importante mediación que ofrece la Sociología del Derecho (legitimación).

Junto a ese planteamiento, diríamos, más teórico, mi insistencia en la necesidad de investigaciones empíricas sociológico-jurídicas (aunque yo personalmente no las haya podido hacer) buscaba a la vez ese otro resultado «práctico»: conocer -empezando por nuestro país y por ese tiempo (también después)- cómo funciona realmente y para qué sirve un determinado sistema normativo incluyendo en ello el trabajo de las instituciones jurídico-políticas y de los profesionales del Derecho, especialmente de los jueces. Había que situarse más allá, pues, del formalismo de tantos juristas, despreocupados de consecuencias y antecedentes sociales, y más acá del iusnaturalismo de tantos filósofos que entonces ocultaban o distorsionaban, con la invocación de valores supremos y primeros principios, esa realidad social injusta del Derecho por ellos sacralizado como justo. Se trataba, entre otras cosas, de investigar fácticamente las causas, fuerzas e intereses que están detrás de unas u otras normas, sus efectos y consecuencias sociales y, más en concreto, el funcionamiento -por ejemplo- de «la máquina de la Justicia» o de las diferentes, y algunas muy poderosas, profesiones jurídicas. Algo de esto es lo que yo tenía *in mente* cuando desde aquel tiempo hacía esa «vindicación de la sociología del derecho». Y en ello, desde luego, también me influiría después muy insistentemente el buen amigo y maestro Renato Treves a quién tanto debe la Sociología jurídica internacional en todos estos largos años y hasta su muerte en 1992.

6. Y enseguida aparecen ahí Unamuno, sobre todo, y también Giner de los Ríos. ¿Podrías darnos las razones de tan temprano interés en el pensamiento español?

En el punto anterior era la sociología; en este lo es la historia. Y dentro de esta, como parte o sector de la entera historia real, estaría la historia de las ideas, de la cultura, del pensamiento. En relación con nuestra historia, de especial y predominante consideración incluso para ser después universal, mi propósito en aquellos años -además de informarme yo mismo- era ayudar a contrarrestar aquella absolutista y dogmática visión mística (pero con muy determinados intereses materiales detrás) de la denominada «España eterna»: la España tradicional, y tradicionalista, católica, ortodoxa, monolítica y excluyente que se había impuesto por la fuerza de las armas, reduciendo por el silencio o por la calumnia a todos los vencidos, vivos o muertos, y a sus predecesores intelectuales y políticos, como resultado de la devastadora guerra civil (incivil la llamaría enseguida el polémico y contradictorio liberal Miguel de Unamuno).

Se trataba pues de recuperar, en perspectiva plural, la España de los heterodoxos, la España ilustrada, liberal, democrática, socialista... Todo ello llevaría no poco tiempo y no pocos esfuerzos a historiadores y a otras muchas gentes que, en medio de enormes dificultades de todo tipo, intentaban volver a encontrar esta casi perdida memoria histórica, esas señas de identidad, esta otra parte decisiva de nuestra historia real. En tales tareas de entonces y de ahora recordaría aquí, entre otros, al gran amigo Manuel Tuñón de Lara. Por lo que a mí personalmente se refiere, en la Salamanca de entre los años cuarenta y cincuenta, Unamuno «alma y leyenda de la ciudad» -muerto, recuérdese, el 31 de diciembre de aquel bélico 1936- fue sin duda el más inmediato e inagotable incitante para esa puesta en cuestión de tantas cosas de nuestra historia y nuestra cultura. Luego, fruto ya de otras lecturas (Ortega) y otras experiencias, vendría la conexión con Giner y el mundo de la Institución Libre de Enseñanza, con quien toda esa heterodoxia contemporánea tenía algo que ver. (Va a ser difícil que en estas contestaciones no busque yo apoyo constante en cosas ya dichas en otros escritos míos: ahora, para ese Unamuno de la guerra incivil, y otras gentes e ideas de mis orígenes, en mi más reciente libro de este mismo 1994, *Los viejos maestros: la reconstrucción de la razón;* este subtítulo sugiere, por lo demás, que la historia o la sociología no son lo único ni lo último, pues también de ellas intenta siempre dar cuenta crítica la razón).

7. Las preguntas anteriores nos las han suscitado trabajos tuyos anteriores a 1966. En ese año aparece Estado de Derecho y Sociedad Democrática, *un libro importante para toda una generación de juristas y de políticos. Después hablaremos de él con más detenimiento. Ahora nos gustaría que nos explicaras un poco la génesis intelectual (y política, si es que la tuvo) del libro.*

Los inicios del que luego sería este mi primer libro podrían -creo- situarse, sobre la base siempre de cosas anteriores, entre 1959 y 1962, años de estudios, formales e informales, de doctorado y posdoctorado en las Universidades de Bolonia, Friburgo y Munich. Como contrapunto crítico de la filosofía política totalitaria del *Führerstaat* en el nazismo alemán y del *Stato etico* en el fascismo italiano, el Estado de Derecho se configuraba, también en mis ideas y en mis papeles de entonces, como coherente institucionalización jurídico-política de la democracia. Por supuesto que, a diferencia del confusionismo interesado que se intentaba crear en la España de la época, aquella era también la posición común y pacífica en la Europa democrática, y en otros países correlativos, así como en la ciencia y teoría social allí producida.

De modo totalmente consecuente con tal posición -y con ello entro ya en los orígenes cercanos de mi libro-, la «Comisión Internacional de Juristas» con sede en Ginebra publicó en 1962 su documentado informe sobre «El imperio de la ley en España» en el que, en efecto, se explicaban y detallaban los incontrovertibles hechos y argumentos que determinaban la no consideración del Estado franquista como un Estado de Derecho. En coincidencia con tal des-calificación, desde luego sin poder hacerla explícita sino ateniéndome más bien a los caracteres generales del mismo, tomando como base esas mismas razones y en similar orientación, escribí yo por entonces mi trabajo sobre «Teoría general del Estado de Derecho» que se publicaría en 1963. Pero, para esas fechas, el régimen del general ya no se contentaba -recuérdese- con declararse y enmascararse como «democracia (aunque) orgánica»; ahora, con Fraga Iribarne en el Ministerio de Información, se atrevía incluso a definirse -contra la opinión pública internacional y contra ese Informe de la Comisión de Juristas de Ginebra- como verdadero Estado de Derecho. Y así en 1964 se editaba en Madrid como «réplica» oficiosa, el increíble anti-informe titulado, de modo suficientemente expresivo «España, Estado de Derecho».

En este contexto político e intelectual -ya he hablado y escrito sobre ello en otras ocasiones-, esa cínica y prepotente suplantación de la verdad fue lo que me sirvió a mí de más inmediato estímulo para retomar y prolongar esas críticas y escritos anteriores sobre la cuestión y concluir la final redacción del que sería ese libro enseguida secuestrado por orden gubernativa: *Estado de Derecho y sociedad democrática.* Hoy parece una broma exagerada, pero en aquel momento hubo gentes, incluso no ajenas del todo al mundo jurídico, que me propusieron ponerle mejor como título el de «Panorama actual del Derecho y de la democracia»: se nos olvida, pero a tales extremos llegaba en España -año 1966- el desconocimiento de lo

que significaba e implicaba definirse como Estado de Derecho. Y me temo que hay que seguir recordándolo hoy.

8. De esos años data también, si no estamos equivocados, tu opción intelectual en favor del pensamiento marxista. También hablaremos más de ello, pero quisiéramos ahora que describieras tu itinerario hacia el marxismo en aquella época.

Contar con el marxismo o, quizás mejor, con el conocimiento y reconocimiento de la obra de Marx, me parecía necesario para tratar de clarificar algo más las cosas en, junto a otros, dos principales problemas que iban siendo centrales en mis preocupaciones intelectuales y políticas: por un lado, el análisis crítico de las vías de profundización de la democracia liberal para una más efectiva realización de esos valores de libertad, igualdad y fraternidad (por decirlo con el tríptico tradicional), lo cual también implicaba cuestionar una economía (capitalista) basada en el absoluto control privado de los medios de producción y reproducción; por otro, más epistemológico, el programa coherente, desde una perspectiva de abierta totalidad, para una más rigurosa e interrelacionada indagación sobre esos componentes sociológicos e históricos del pensamiento, siempre con la determinación última por la razón crítica y en relación dialéctica (teoría y praxis) con la realidad.

Por supuesto que Marx no era el único que podía contribuir a todo ello, ni yo nunca lo vi así en exclusividad; pero también había que contar, y no poco, con él y había que decirlo y así se hizo -incluso por los que, para los ortodoxos, no eramos marxistas- en la España de la época. Había y hay marxistas (y marxianos y marxólogos) serios, críticos y abiertos, pero había también -y me temo que de manera latente y/o «amalgamada», siga habiendo- mucha dogmática y escolástica marxista que, junto con los desastres reales del comunismo, fue lo que acabó produciendo el cansancio e injusto y descrédito de tal filosofía. Por lo demás, algunos de los que estaban entre los más fideístas y acérrimos marxistas se pasaron después, pero con el mismo talante psicológico, al neoliberalismo y al más cientificista y fanático antimarxismo. Yo, de todos modos, para la ortodoxia marxista creo que fui siempre un mero reformista (no estaba con la «revolución»); un socialdemócrata que quería compatibilizar el socialismo y el marxismo con la democracia pluralista; en el mejor de los casos, un revisionista (como si no fuese todo, o casi todo, revisión y nada más que, crítica y creadora, revisión). Algo de todo esto estaba -creo- en esa «opción intelectual en favor del pensamiento marxista», en ese «itinerario hacia el marxismo», por el que se me indaga en este tan denso y sesudo cuestionario, verdadero examen de conciencia y de consciencia, o sea, de autoconciencia.

9. Si te parece vamos a entrar en materias relacionadas con tu libro Estado de Derecho y Sociedad Democrática. *Es un libro que nos plantea cuatro momentos teóricos muy definidos. Empecemos por el primero. Nos parece especialmente característico de tu pensamiento esa voluntad de integrar lo mejor de tradiciones no del todo compatibles. Tu posición ante el «Estado Liberal de Derecho» resulta muy ilustrativa. No se puede renunciar a él porque constituye un mínimo, o si lo prefieres una condición necesaria, pero no es lo que una sociedad democrática exige, o si lo prefieres no es una condición suficiente. ¿Crees que ese mensaje está todavía vigente, y en los mismos términos, o, por el contrario, introducirías en él algún matiz importante?*

El mejor liberalismo y lo fundamental del Estado (liberal) de Derecho constituyen, así lo veía y lo veo yo, conquistas y valores irrenunciables también para nuestro tiempo: un «mínimo» básico imprescindible, la libertad como valor principal y como impulso eficaz para poner todo en acción, una «condición necesaria» -como se dice ahí- pero que algunos, no obstante, considerábamos, y consideramos, condición insuficiente; o, mejor, condición que es preciso complementar y materializar.

Ya sé, en parte lo haré, que todo esto se tiene que concretar mucho más. Advertiré ahora solamente que tal liberalismo ético y político no es para mí sinónimo, en modo alguno, de ningún individualismo de carácter asocial o antisocial, ni de su reducción «liberista» economicista, formaciones y deformaciones que, sin embargo, han prevalecido en el pasado y pugnan por volver a hacerlo hoy. El liberalismo es afirmación de la libertad como valor central: obvio, todo el mundo (liberal) lo admitirá; lo que ocurre -suelo anotar yo- es que, si es tan importante, tal libertad no puede ser sólo, o en amplia medida, de carácter formal sino real (también económico-social) y, además, no puede serlo sólo para algunos (minorías poderosas), sino que debe serlo para todos aquellos que componen la sociedad y, en definitivas cuentas, la humanidad. Precisamente es en ese proceso gradual y evolutivo (no maximalista ni perfeccionista) en el que se vinculan fuerte y profundamente el liberalismo progresista y el socialismo democrático.

Soy, creo, consciente de que en todas estas definiciones y relaciones, no digamos en las realizaciones, hay muchísima más dificultad, diversidad y complejidad de las que ahí, en esas líneas, van. Pero lo que no creo es que haya insalvable incompatibilidad y, por tanto, imposibilidad para seguir proponiendo como objetivo de nuestro tiempo esa necesaria progresión -que no ha hecho más que empezar- desde el originario, básico, Estado liberal hacia el que podemos

denominar como Estado social y democrático de Derecho: sería tanto como negar que esa libertad individual puede ser real (material) y asequible (igualdad) a todos los demás. Aun con esa general coincidencia de enfoque y objetivos, no repetiría hoy -desde luego- todas y cada una de las palabras o ideas que están en ese libro de 1966. Espero que las diferencias y nuevas aportaciones estén ya apareciendo y sigan haciéndolo, como lo están ya -creo- en otras obras mías posteriores, a lo largo y ancho de estas laboriosas contestaciones sobre el pasado, presente y -al menos en prefiguración- también incluso el futuro de mis conclusiones políticas e intelectuales.

10. El segundo momento es el de la crítica al Estado totalitario de cuño fascista. Aquí nos parece que tu aportación a la formación de una conciencia intelectual antifascista es impagable. Porque no se trata solo de generar un movimiento sentimental, sitio de poner de manifiesto que los fundamentos teóricos, incluso «ontológicos», de la ideología fascista no se tienen en pie. Y sin embargo, ahí están otra vez. ¿Añadirías algo hoy a tu crítica de entonces?

Retomo aquí algunas de las que, sin propósitos exhaustivos, enumeraba en mi libro como principales características de los fascismos: totalitarismo, violencia y belicismo, capitalismo, concepciones transpersonalistas y nacionalistas, exaltación indiscriminada de lo irracional, elitismo y racismo. Desde ahí llegaba a una «fórmula» que, con todas las matizaciones que se necesiten introducir, pienso que no ocultaba ni distorsionaba lo fundamental: «Fascismo es -puede leerse allí- capitalismo más totalitarismo; es decir, capitalismo que organiza su defensa totalitariamente o, también, totalitarismo al servicio del capitalismo». En definitiva -proseguiría ahora- un Estado sin controles democráticos y al servicio prioritario del capital privado, de una omnipotente clase dirigente y de una economía totalmente dominada por un mixto poderoso de propietarios, empresarios, y muy altos jerarcas del partido único.

Hoy, en que asistimos a una absoluta glorificación acrítica, pretendidamente científica, del capitalismo -bajo eufemismos como economía de mercado y de la competitividad- me parece que es importante no guardar silencio, al menos para poder debatir, sobre aquella histórica, real, conexión. Todo se olvida. Era, quizás, otra forma de capitalismo pero era capitalismo. El anticapitalismo comunista no ha sido el único totalitarismo de este siglo. La búsqueda y conquista a toda costa, incluida la guerra, de mercados por países que, como Alemania e Italia, habían llegado tarde, por su tardía unidad nacional, al reparto colonial (o que, como España, acababan de perder su imperio y sus mercados), búsqueda disfrazada románticamente

de demandas de «espacio vital» *(Lebensraum)*, implicaba de manera muy fundamental la utilización y sacrificio total del pueblo en aras y beneficio muy privilegiado e inmediato de esos intereses privados de la gran burguesía y de las oligarquías económicas de dichos países. Pensemos, a escala española, quién sacó aquí el máximo provecho de la guerra civil. Y quién financiaba en todas partes a esos demagógicos partidos de extrema derecha.

Yo no creo que vuelvan ya esos viejos fascismos con sus mismos símbolos, gestos y demás parafernalia. Lo que sí hay son diversos tipos de neofascismo tecnocrático operando bajo mínimos democráticos. Pero estaremos, en todo caso, retrocediendo hacia aquellas u otras similares formas de barbarie a medida que consintamos y no nos resistamos a los odios nacionales, a la xenofobia, a las limpiezas étnicas, a capitalismos «científicamente indiscutibles» pase lo que pase en el mundo (hambre, destrucción, explotación), a fundamentalismos dogmáticos y fanatismos absolutamente irracionales, a corrupciones de la democracia y a violaciones del Estado de Derecho... ¡Queda, como se ve, muchísimo por hacer!

11. El tercer momento teórico de tu libro es una crítica muy contundente al Estado del Bienestar neocapitalista. Creemos advertir en esa crítica, como siempre, dos planos diferenciables. En primer lugar una mirada a la realidad española de los sesenta: un Welfare *tecnocrático y sin libertades, es decir aquel desarrollismo del* Opus Del, *es una estafa que traiciona las condiciones «sine qua non» del Estado de Derecho. Nos gustaría saber si crees que esta crítica certera tiene alguna actualidad en la España de hoy. (Al segundo plano nos referimos en el punto siguiente).*

Sí, se pueden y se deben diferenciar con rotunda claridad esos dos planos: por un lado, el desarrollismo económico español de los sesenta, hoy tan hipertrofiado y ensalzado, que se llevaba a cabo -aparte de con resultados estructurales muy deficientes- con despótica negación de las libertades, los derechos fundamentales y las exigencias básicas de todo Estado de Derecho; por otro, el Estado del Bienestar occidental con régimen político democrático y Estado de Derecho, al cual se aludirá en el apartado siguiente y que para nada debe aproximarse o confundirse con aquél. En el punto anterior ya se ha señalado que la economía del capitalismo, o alguna especie de él, no resulta de hecho incompatible con los regímenes políticos totalitarios y dictatoriales; eso es lo que también ocurrió, con caracteres propios, en aquellos años en nuestro país; los testimonios de opresión y represión son inapelables, se diga hoy lo que se quiera sobre las virtualidades liberalizadoras de tal capitalismo.

En la España actual el distanciamiento o el olvido sin más de todo ese pasado y de la memoria histórica -bajo el alegato, justificado en sí mismo, de no volver a enfrentamientos fratricidas, de evitar rupturas definitivas y venganzas inacabables entre vencedores y vencidos- está en gran parte simplificando y distorsionando lo realmente acaecido en este país en aquellos tiempos postreros del franquismo que fueron como mínimo -pero hubo otros crímenes mayores- tiempos de ignominia, de persecución y humillación sin fin. Viene, así, a resultar hoy que en la explicación sobre los factores decisivos de la transición, tras la muerte del dictador, y sobre la construcción y consolidación de la democracia se pone con frecuencia mucho mayor énfasis en lo aportado por tal desarrollo económico tecnocrático que en lo efectivamente impulsado por la oposición política democrática. Ahora se quiere «capitalizar» lo que antes se negaba y se impedía con prepotente y cerrada obstinación, no sólo por los jerarcas autárquicos de la Falange sino también por las élites tecnocráticas del Opus Dei: que esos cambios infraestructurales (desarrollismo económico) y, después, superestructurales (sucesión en la Jefatura del Estado) fuesen ni subjetiva ni objetivamente orientados hacia una futura democracia: por fortuna disponemos de suficiente (in)oportuna documentación sobre todo ello. Acerca de esa suplantación, bastante difundida en nuestros días con mayor o menor sutileza o tosquedad, es sobre la que yo ironizaba críticamente en mi artículo *Franco, artífice de la transición,* incluido después en mi libro *La transición a la democracia. Claves ideológicas (1976-1986),* donde pueden encontrarse otros materiales sobre estas y otras correlativas cuestiones que, me parece, es importante no desconocer u olvidar.

12. Pero a continuación -segundo plano- está lo que nos suscita las dudas más vehementes. Creemos poder afirmar que mantienes que el Estado del Bienestar adolece de insuficiencias intrínsecas simplemente por ser capitalista o neocapitalista, y esto es lo que plantea hoy todos los problemas. Por decirlo con toda claridad: podría decirse que tú mantienes que es demasiado poco, cuando estamos oyendo todos los días que ha ido demasiado lejos. ¿Cuál es hoy tu posición al respecto?

Hay que entender bien lo que significa que en amplia medida las insuficiencias intrínsecas del Estado del Bienestar provengan (pero para nada «simplemente») de que haya tenido que construirse con un sistema económico que, a pesar de todo, puede denominarse como capitalista o, mejor, neocapitalista. Significa -por lo menos así lo entendía y lo entiendo yo- que el control último y más decisivo de la economía (de la inversión, del excedente, de las plusvalías, en diferenciadas

pero conectadas interpretaciones) está, en definitiva, en manos privadas, que por fuerza son minoritarias, hoy transnacionales y muy poderosas. Y ello a pesar de la existencia en ese Estado social de un muy dilatado sector público, no siempre -todo hay que decirlo- bien administrado o, incluso, bien orientado.

Conviene no olvidar, en todo caso, que por atender a un cierto tipo de muy importantes bienes sociales, de toda la colectividad, y a ineludibles necesidades básicas, especialmente de los no mejor situados, no es éste un sector que produzca ni pueda producir estrictos beneficios económicos; su rentabilidad es de otra índole, pero ello -es lógico- le veta competir en acumulación con el capital privado. Se subraya asimismo, aparte de ello, que otros mecanismos de compensación y reequilibrio en el funcionamiento interno del sistema conducen también con demasiada frecuencia a una, se califica, socialización pública de las pérdidas con correlativa apropiación privada de los beneficios. Difícil lograr, así, un sólido y progresivo sistema público de igual redistribución sobre la base, predominante, de una tan desigual producción privada. Estaba, por otro lado, el tema de la explotación del entonces «tercer mundo», suministrador de energía y mano de obra barata para la gran máquina occidental.

De todos modos, y a pesar de las críticas que lo que allí buscaban era justamente la corrección y superación de esos lados negativos (no se me negará, todavía hoy, el de la explotación de amplias zonas del mundo por esos intereses de las redes de agencias transnacionales), en mi libro había en lo fundamental un elogio y un válido reconocimiento del Estado social de Derecho, y también del Estado liberal. Pero se intentaba no inmovilizarlo con esas deficiencias, menos aun volver atrás como hace hoy el neoliberalismo conservador, sino más bien proponer reformas y transformaciones para avanzar hacia esa utopía (en el mejor sentido) que calificaba como Estado democrático de Derecho.

Yo no hablaba, claro está, en 1966 de «crisis fiscal del Estado» pero sí se preveía allí que, con esa contradictoria financiación, aquello no podía indefinidamente funcionar sin que surgiesen graves dificultades y problemas: de ahí la propuesta de ir más allá. Es verdad que entonces todos en la izquierda y yo también insistíamos más en la necesidad de aumentar y, fortalecer las coberturas de ese Estado social, en especial para los menos o nada protegidos. Hoy de ningún modo renunciaría a ello, sobre todo cuando se trata de necesidades básicas para todos (sanidad, educación, trabajo, seguridad social...), pero es verdad que -para esos objetivos- definiría la actual función del Estado mucho más desde un, digamos, intervencionismo selectivo y cualitativo que desde uno indiscriminado, improvisado y meramente cuantitativo que a veces hasta impide hacer bien lo que de

modo ineludible se debe hacer. Más concreciones y puntualizaciones sobre esto pueden ir -creo- en el punto siguiente.

13. Y el cuarto momento de tu libro, el que nos parece más difícil teóricamente, pero también más definitorio de tu propuesta intelectual: la posibilidad de concebir un Estado de Derecho con morfología jurídico-política liberal y democrática, y basamento económico socialista. Aquí es donde todo parece confabularse contra tu punto de vista. Entonces arriesgaste la idea de que libertades, derechos, igualdad real y ausencia de explotación podrían tener un marco de realización institucional posible. Es lo que llamaste «Estado democrático de Derecho». ¿Podrías asumir hoy los fundamentos que te llevaron a proponerlo? ¿Sigues manteniendo hoy cosas en las que pareces haber insistido en escritos posteriores, tales como la «socialización de los medios de producción» o la «real liberación universal a través de la democracia»?

Necesito explicar, en relación con todo lo anterior, cómo entendería yo ese «basamento económico socialista» apto, en efecto, para articularse en un Estado democrático de Derecho. Advierto, de todos modos, que la cuestión no es única y exclusivamente económica. A diferencia del capitalismo que, como ya he señalado, implica control privado y oligárquico de la economía, para mí el socialismo era y es, entre otras cosas, control público democrático de esa economía. Pero en casi todos mis escritos insisto en no definir y entificar ambos términos, capitalismo y socialismo, como dos esencias absolutamente separadas, incomunicadas y cerradas en sí mismas, sino en verlas más bien como sectores diferentes y diferenciados de un amplio proceso histórico y social donde cada vez más las pacíficas, no pasivas, evoluciones muestran sus grandes ventajas sobre las violentas, fundamentalistas, revoluciones.

¿Tendría que pedir perdón, a propósito de todo esto, por seguir utilizando términos tan «obsoletos» como capitalismo (y no sólo economía de mercado) y socialismo (y no sólo política de progreso)? Espero que no, al menos entre gentes de izquierdas. Y aunque yo no sea un profesional de la economía, me atrevería según esto a sintetizar tal modelo socialista de organización, de producción y redistribución, en los tres siguientes niveles: economía privada (con prevalencia interna del mercado), economía pública social (con, entre otras, formas cooperativas y de autogestión) y economía pública estatal, para esos sectores que, por muy diferentes razones, no se pueden ni deben abandonar a la anarquía y/o tiranía del mercado. Economía mixta, se dirá: de acuerdo (todo es mixto en este mundo), pero lo decisivo es quién posee la hegemonía en tal compuesto sin negar la

legitimidad de los demás porque ello no sería ni justo ni eficaz. Y, otra vez, ¿se me permitirá entonces reinsistir sobre la necesidad de organizar, regular, planificar toda esa complejidad?: su posibilidad está, por lo demás, en el art. 131 de la CE. Así, pues, socialismo democrático y Estado de Derecho: ésa era la propuesta.

No quiero eludir con lo anterior la pregunta que va ahí al final: aunque hoy preferiría expresarlo en términos como los ya referidos y aunque reconozco que algunas expresiones literales de aquellos viejos tiempos -«socialización, no estatalización, de los medios de producción»- necesiten ser mejoradas, precisamente mi insistencia, como digo, en articular todo ello en un Estado de Derecho evitaba -creo- cualquier riesgo de comunismo, o de estatalismo y totalitarismo. Siempre me encontré más identificado como reformista (pero hay reformas que transforman la realidad, otras quizás sólo la consolidan), como defensor para todos de libertades y derechos fundamentales, como un socialista democrático (otros me han calificado de socialista liberal y algunos -los más rojos- sólo de liberal). Desde luego, mi crítica a la ideología de la maldad de lo público nunca me ha llevado a la deificación o reificación de la institución estatal.

Unido a ello, otra cosa más y difícil -como, de manera cauta y me parece que bastante escéptica, señalan los autores del cuestionario- es demostrar teóricamente y, más aún (yo añadiría), realizar prácticamente tal compatibilidad entre, por un lado, esa economía del socialismo (democrático) y, por otro, su institucionalización en un Estado de Derecho. No creo, en cualquier caso, que todo haya sido mero voluntarismo. Como dice el propio Bobbio, quizás esta historia no esté apenas sino comenzando: para nada es el final, reductiva, conservadoramente, liberal. Por ello, en lo que sí estoy de acuerdo, dicho de un modo o de otro, es en el alegato a favor de esa «real liberación universal a través de la democracia». No me parece en modo alguno que sea ésta una mala meta: siempre abierta, es decir como utopía racional que pueda contribuir a transformar y superar críticamente las inhumanidades y corrupciones (también hay cosas buenas) de la realidad en el mundo actual. Como se ve, hay que seguir trabajando en este campo y en otros colindantes con él donde casi todo aparece hoy sometido a revisión.

14. Vamos a darnos un respiro filosófico-jurídico. Aunque no es ajeno a lo anterior (nos parece que en tu pensamiento nada es ajeno a lo anterior ni a lo posterior). Tu «sociología del Derecho Natural» es también un texto arquetípico. Una crítica a la deformación iusnaturalista de ciertas formas de dominación jurídica que parece una vindicación del positivismo jurídico. Y cuando creemos estar en los puros «hechos» o «normas» jurídicas, defiendes también una misteriosa

mediación «hecho-valor» a partir de tu reivindicación de la sociología del Derecho. Ni con el iusnaturalismo ni con el positivismo. Nadie piadoso diría que esto es un «respiro» pero no nos importaría que nos dijeras como se puede pensar eso.

¡Gracias por el respiro! Lo necesitaba. E imagino que el hipotético lector también. ¡Bien vista por los sagaces encuestadores esa perspectiva de «totalización»: me congratulo por ello! Pero enseguida vuelvo a la carga, ya que no se me deja en paz. «Ni con el iusnaturalismo ni con el positivismo»: bueno, lo acepto; pero en esto me parece que no soy excesivamente original; son muchos (los mismos Hart o Bobbio, creo) quienes no se dejarían encasillar del todo en esos rótulos aunque quizás, como yo (y antes que yo), simpaticen mucho más con el segundo, el cual, por su parte, no agota tampoco todo lo que se debe decir del Derecho. Si quisiera meter al antijurídico Unamuno en estos berenjenales, podría añadir aquí que en lugar de esa «neutralidad» -ni con uno ni con otro- lo mío sería más bien la «alterutralidad», con uno y con otro, depende en qué aspectos, procurando después llegar a la síntesis, que implica negación y superación, de muchas de sus internas y externas contradicciones.

Las cosas claras (cuando, y en la medida en que pueden estarlo): yo sería positivista, pienso, por definir el Derecho como Derecho positivo, como sistema de legalidad, como sistema normativo producido y/o reconocido por un poder político y dotado de posibilidades de coacción institucionalizada; y por no definirlo como Derecho natural o ya como Derecho justo. Pero estaría, creo, mucho más cerca de algunos iusnaturalistas racionalistas (dando entrada a la sociología y a la historia) que de los positivistas extremos en cuanto a la posibilidad y necesidad de los juicios de valor, en cuanto a la importancia y racionalidad de las cuestiones de fundamentación, justificación y legitimidad del Derecho.

Y esa mediación entre los hechos normativos (legalidad), propios de la ciencia del Derecho, y los valores jurídicos (legitimidad/justicia), propios de la filosofía del Derecho, llevada a cabo a través también precisamente de las constataciones que sobre unos y otros incorpora la sociología del Derecho (legitimación), para nada me parece que pueda ser calificada de «misteriosa». Todos utilizamos y alegamos continuamente esas mediaciones sociales y lo hacemos con ese carácter intermedio, de mediación, no último ni definitivo pero muy importante y más tratándose de una creación social como es el Derecho. Lo que yo quería decir ahí es que desde hechos, comportamientos, actitudes, valoraciones que encuentran legitimación, es decir aceptación social, se puede favorecer y facilitar el acceso y la comunicación tanto a la legalidad como a la legitimidad: a la primera,

como instancia crítica de las normas positivas desde una u otra efectividad social, incluso con efectos determinantes para su propia interna validez; a la segunda, como referencia o elemento de contraste con la más radical determinación personal de los juicios de valor. La sociología del Derecho constata, suministra, hechos sociales que encarnan valores sociales y ambos -con legitimación- sirven de relativa, siempre revisable, mediación entre las normas positivas (legalidad) y las concepciones éticas de la justicia. ¿Queda así aclarado el «misterio»?

15. Otro respiro, o presunto respiro. De pronto presentas la Minuta de un Testamento *de Azcárate y no tardando mucho un libro luminoso: la* Revisión de Unamuno. *Recuperación del pensamiento español otra vez. Pero no sólo eso. La defensa de un liberalismo español, junto a la denuncia de sus insuficiencias. El krausismo, y Azcárate, aparecen como más coherentes: liberalismo ineludible pero insuficiente. Pero Unamuno es mucho más que eso. Suponemos que tu relación con la figura de Unamuno tiene muchas connotaciones de historia personal, pero también podríamos pensar que el desafío de sus contradicciones y agonías era algo especialmente estimulante para ti. ¿No es esto algo característico de tu actitud intelectual?*

Los krausistas españoles, los institucionistas, Giner, Azcárate y sus derivaciones que, no se olvide, empezábamos por entonces a redescubrir, significaban (¿puedo hablar así?) el «momento» de la afirmación, el tiempo de la construcción; insuficiente la veía yo, mirando desde nuestra época, pero era una afirmación -valga la aparente redundancia- totalmente positiva: eran la razón, la modernidad, la libertad, la tolerancia, la ciencia, el liberalismo, Europa. Por su parte Unamuno, y otros del 98, representaban la negatividad -el motor de la dialéctica, sabíamos ya-, la irracionalidad alojada en lo racional, el conflicto, las contradicciones de esa liberal libertad, España por simplificar. A mí me interesaban las dos líneas (una más recta, otra más quebrada) y de ninguna de las dos he podido prescindir: y hacer síntesis tampoco era fácil, a veces ni siquiera posible, pero creo que era más fructífero intentarlo.

Unamuno -su recuerdo- estaba, de todos modos, más cercano en aquella universitaria y mesetaria Salamanca de los años cuarenta y cincuenta a la que ya he aludido aquí. Expresaba con fuerza, con pasión, las contradicciones e irracionalidades de la realidad, de cualquier realidad: era un pensamiento crítico y de oposición («contra esto y aquello») que no venía nada mal en la época, como antídoto y curación, ante tanto dogma e incondicional adhesión. Yo me identificaba

bastante con él, porque además escribía muy bien, pero en ese libro del 68 ya ponía mis límites a sus excesos de (por ejemplo en la República) indiscriminada irracionalidad. Luego, mucho más tarde, he vuelto sobre el Unamuno final, el de la guerra incivil (julio a diciembre de 1936), y me he reconciliado en buena medida con él. Pero no me he olvidado nunca de institucionistas como Antonio Machado, Julián Besteiro o Fernando de los Ríos a quienes considero maestros míos y que en difíciles tiempos, con síntesis al menos parciales, también ayudaron ante todo a construir.

16. Y a continuación tenemos algo que resultó ser una provocación. El artículo sobre la filosofía marxista en España, publicado en Cuadernos para el Diálogo *en diciembre de 1968, parece que fue usado como pretexto para enviarte al confinamiento de Villargordo. Experiencias personales inolvidables para ti, y también para muchos de nosotros (alguno de nosotros era el ayudante de aquel memorable examen en que los estudiantes olvidaron su interés por aprobar o no aprobar y se pusieron en pie a aplaudir para hacer un homenaje a sus profesores confinados), pero desde el punto de vista teórico ¿era sólo una provocación? ¿O era una propuesta de pensamiento marxista para España? ¿Describías o prescribías?*

No, ese artículo no era sólo una descripción (¿cómo habría de serlo en aquellas circunstancias?) aunque pueda ser útil también para quienes quieran verlo exclusivamente así, pues había recopilada en él bastante información. Por otro lado, casi nunca una descripción es únicamente una descripción. Yo allí describía y prescribía a la vez, que es lo que todos, incluso los que no son conscientes de ello, suelen hacer. Pero desde luego que, aún con esa advertencia, me parece importante no confundir esos tres momentos que son describir, entender (en los dos sentidos) y justificar (prescribir). Se trataba, en definitiva, en aquellas páginas de dar difusión a autores, y obras, que en plurales perspectivas trabajaban sobre o desde la filosofía marxista en la España de esos años, animando -en eso consistía la prescripción- a los jóvenes a leer, discutir, escribir, aplicar (teoría-praxis) lo que libremente y sin anteojeras pudiera salir de allí.

Dicho artículo, por lo que supe después, resultó ser, en efecto, una «provocación» intolerable y así fue alegado en las alturas como uno de los motivos que dieron lugar a mi detención y confinamiento durante el «estado de excepción» de 1969. Pero al parecer también se hicieron valer allí otros méritos míos -nunca hay una sola causa- más relacionados estos con las tareas y acciones diarias en la Universidad, así como de otros profesores, Raúl Morodo, Gregorio Peces-Barba, Javier Muguerza, etc., también entonces confinados;

muy en concreto, influyó también mi intervención en clase ante los estudiantes -con informadores presentes- al día siguiente de la muerte de Enrique Ruano, alumno y amigo mío, en manos de la policía política del franquismo. (Aprovecho, creo que con plena legitimidad, para llamar la atención sobre estas, u otras, circunstancias de la represión incluso en esas últimas fases del régimen -más tarde fueron ejecuciones y fusilamientos ante las protestas de todo el mundo civilizado- admitidas y aplicadas por el gobierno de los tecnócratas franquistas, supuestamente liberalizadores y falsamente predemocráticos, a que hacía antes referencia en el apartado once de estas mismas contestaciones).

17. El producto de un «fracaso» académico, un par de años después, es seguramente una de las obras más fértiles de tu trayectoria. Nos referimos a Sociología y Filosofía del Derecho, *de 1971, que era la «Memoria» de una oposición truncada. Y, sin embargo, resultó ser una guía de lecturas importante. Ahora pasaremos a verla más despacio, pero no estaría demás que contaras algo de su elaboración.*

Las páginas que utilicé como «Memoria» para esas frustradas oposiciones a la cátedra en 1966 -las primeras a las que yo me presentaba- y que luego, muy ampliadas y reformadas, dieron lugar en 1971 al libro *Sociología y Filosofía del Derecho*, condensaban en efecto buena parte de mis lecturas y conocimientos sobre «la materia» en esos años que van desde la segunda mitad de los cincuenta. Fue este para mí, en esa faceta académica, el tiempo de la «acumulación», de la integración y situación dentro de lo que se estaba haciendo en el mundo en filosofía jurídica: aún con las grandes limitaciones de la época en nuestro país, casi «estaba al día» de revistas, libros y monografías, aunque la verdad es que nunca fue esa, ni con mucho, ni principal preocupación.

Suelo yo decir, respecto de la configuración y evolución de todo «curriculum» docente e investigador, que después de esa fase de «acumulación» y recepción, viene (¿vino?) la de «producción», creación y (¿finalmente?) la de «distribución», divulgación, con la que me conformaría y casi justificaría actualmente. También es cierto, no obstante, que en la realidad todas esas fases se entrecruzan continuamente entre sí aunque en cada momento quizás prevalezca una u otra: no hay además acumulación, como es bien sabido, si no hay ya alguna forma de, al menos inicial, producción. Y claro está que uno, aunque no lo diga, no renuncia nunca a crear, recrear, cosas, palabras, ideas que puedan valer para uno mismo y/o para los demás. Quédense, pues, reconfortados los de mi edad y condición.

En cualquier caso, lo que yo ahora a mis sesenta años estoy preparando y redactando, a diferencia de aquella casi juvenil y casi docta *Sociología y Filosofía del Derecho*, es precisamente un mucho más leve y breve *Curso de Filosofía del Derecho*, donde me considero fuera de toda posibilidad para intentar estar no ya al día, o al mes (de revistas y catálogos), sino ni siquiera al año o años, más recientes, respecto de toda la bibliografía aparecida y de las aportaciones hechas por los demás. No es orgullo, ni desprecio, ni -creo- irresponsabilidad: es sólo falta de tiempo (en el sentido más grave de la expresión) y necesidad de seleccionar cada vez más. Pero cuando leo y estudio algo nuevo en esa particular selección -me parece que ésta es todavía buena señal- siempre acabo aprendiendo e incorporando cosas, a veces tras la imprescindible crítica, para mi propio «proceso de producción».

18. En esa obra optas por una «concepción normativa del Derecho» que tiene fuertes connotaciones positivistas y se mueve en torno a la filosofía analítica. De hecho los tres autores que forman el núcleo de tu propuesta son Kelsen, Hart y Bobbio. Suponemos que eres consciente de que esa «troika» ha marcado el camino de la mayoría de tus discípulos. Y sin embargo no pareces estar del todo satisfecho de ello. ¿Es cierto?

Sigo considerando que Kelsen, Hart y Bobbio son, sin duda que con el añadido de Ross (como bien insiste Liborio Hierro), el núcleo fundamental de la filosofía jurídica del siglo XX; y, claro está, la base de esa «concepción normativa del Derecho» que se abre así a criterios empíricos de validez y, aquí invocando a Weber, también hacia la Sociología jurídica. En mi libro había -creo- eso, o parte de eso, por lo tanto no un positivismo formalista, pero se trataba en todo caso de una posición analítica no reductiva sino, insisto, necesariamente prolongada y completada por la sociología, la historia y el pensamiento crítico, por decirlo ahora de manera un tanto expeditiva.

Ése era, si se me permite la indicativa expresión, el gran plan, el programa que había ido resultando (no que me lo inventara yo): inagotable por lo demás, plural en perspectivas, siempre revisable y reformable. Pero, aún operando en esa válida línea general, ¿cómo se puede estar «del todo satisfecho» ni con uno mismo ni con los que los demandantes designan, en interpretación auténtica, como «discípulos»? Nunca se puede, ni se debe, (aparentar) estar del todo satisfecho, en especial ante y hacia discípulos tan sabios, orgullosos y (auto)exigentes. Pero que las críticas no me ahoguen los tan merecidos elogios: yo firmaría feliz -¡bueno, con algunas matizaciones y

correcciones dentro!- la práctica totalidad de los libros y artículos publicados por ellos. ¡Ojalá los hubiera escrito yo! Nos han hecho avanzar a todos con el estudio de autores posteriores a aquellos, ya citados, grandes clásicos de nuestro siglo (¡para estos discípulos el XXI será también su siglo!) y dando entrada a temas y subtemas nuevos o apenas incoados en aquella concepción normativa y analítica del Derecho. Mi autocrítica a ellos -justa y necesaria- deriva, sobre todo, del esquema de crecimiento, muy desigual y fraccionado, con que se han propuesto (no) afrontar aquel plan general de trabajo y actuación. Seguiremos debatiendo fieramente sobre ello.

19. En ese libro también hay mucha insistencia en la demanda de una consideración sociológica del Derecho y en la necesidad de una asignatura en las Facultades. En esto lamentamos tener que decirte que has tenido mucho menos éxito, por no decir directamente que has fracasado. ¿A qué crees que se puede deber esto?

Me complace que los concienzudos entrevistadores constaten que, como ya he señalado en el apartado anterior, «en ese libro también hay mucha insistencia en la demanda de una consideración sociológica del Derecho»: o sea, por de pronto, analítica más sociología; y asimismo quise acoger la dimensión histórica de los problemas, con especial atención al contexto español, para su final calificación crítica. Pero, junto a tal reconocimiento, me complace aún muchísimo más que aquellos lamenten mi fracaso a la hora de lograr acoger e institucionalizar en nuestras Facultades esa asignatura de Sociología del Derecho: interpreto con ello -no se enfaden- que su pasivo lamento se convertirá en el futuro, y en cada oportuno momento, en activo apoyo a los proyectos de trabajos docentes e investigadores que nos conduzcan pronto a esa académica plena legalización. ¿O interpreto mal, una vez más?

¿A qué se debe -se me pregunta- tal retraso antisociológico en nuestros oficiales estudios jurídicos? Hace ventitantos años ya se hablaba de ello en mi libro. Pero resumo aquí de nuevo algunos de esos factores, sin volver a causas que antes, en el viejo régimen, eran también políticas de sentido reaccionario y ocultador: por un lado, el tradicional formalismo y autismo de tantos y tantos juristas que -por decirlo con un nuevo aforismo- sólo tratan de la realidad que va a pleitear: y lo hacen además de manera muy poco científica, más bien por aproximación e intuición; por otro, el frecuente desconocimiento y rechazo (¿«liberal-libertario»?) que no pocos sociólogos muestran ante el mundo del Derecho, de sus normas e instituciones, como algo simplistamente escindido de la sociedad civil, por tanto formas inertes que no merecen mayor sociológica atención; en un tiempo quizás

también influyó el hecho de que gran parte de los sociólogos eran gentes procedentes de las Facultades de Derecho, y con esa titulación universitaria, pero que, aburridos, desencantados y «rebotados» de tales asuntos, por nada del mundo estaban dispuestos a volver ahora, como nuevos flamantes sociólogos, a los viejos contenidos, conceptos y esquemas, de lo jurídico, de su mala vida pasada; finalmente (es un decir, pues hay otros factores), la imposición -antes- de una iusfilosofía iusnaturalista y -ahora- neoformalista, que, divergentes en mil cuestiones y enfoques, coinciden sin embargo en su poca simpatía hacia la sociología, también ha sido causa de dicho retraso.

En los nuevos planes de estudio de las Facultades de Derecho ésta, la sociología jurídica, aparece al menos como asignatura optativa; esperemos que por esas vías de libre opción, contando asimismo con el trabajo y empuje de otros colectivos (de jueces, profesores o, por ejemplo, del Instituto Internacional de Sociología Jurídica, con sede en Oñati), se pueda pronto llegar a su definitiva incorporación a nuestra Universidad: o sea, con dotación y provisión de puestos docentes para gentes y equipos con preparación y entrenamiento en investigaciones empíricas y, a la vez, con adecuada formación jurídica, teórica y práctica.

20. Junto a El Derecho como lenguaje *de Juan Ramón Capella, que es en sentido estricto el primer libro de filosofía analítica del Derecho escrito por un español, ha sido tu libro el que ha constituido la primera motivación hacia la filosofía analítica de toda una generación posterior. Y sin embargo ni Juan Ramón Capella ni tú parecéis defender hoy la filosofía analítica. ¿Puedes explicar esto?*

Tal vez estemos, y esté también yo, utilizando aquí el rótulo «filosofía analítica» de manera no siempre bien precisa -acusará alguien- dando lugar a equívocos o ambigüedades que pudieran hacer confusa la necesaria claridad. Seamos conscientes de ello, introduzcamos prudentes cautelas y esperemos evitarlo así. Pero tampoco se trata de intentar formular en estas líneas el concepto exacto, exhaustivo e incontrovertible de lo que por filosofía analítica debamos entender: muchos y buenos libros hay sobre todo ello que nos podrán ayudar. Análisis es examen, estudio riguroso, incluso -reza el Diccionario de la Real Academia- «distinción y separación de las partes de un todo hasta llegar a conocer sus principios o elementos». Hay que partir, pues, del análisis y hay que practicarlo en profundidad, evitando suplantaciones y distorsiones de la realidad y de la racionalidad.

Quisiera pensar que ésa era la filosofía analítica para la que generosamente

los encuestadores encuentran motivación en mi libro, junto al del buen amigo y colega Juan Ramón Capella. El análisis y la analítica, con estudio serio y riguroso de los problemas, con lenguaje y métodos coherentes y comprensibles, implican eficaz disolución -así lo veía y lo veo yo- de míticas irracionalidades y arbitrariedades sin fin. Pero me parece, a su vez, que el análisis para ser creador necesita también de la síntesis, siempre abierta y en revisión, de la antítesis y de la interrelación (¿dialéctica?) de elementos y factores; que, por tanto, esa distinción y separación de las partes no debiera nunca conducir al fraccionamiento y al aislamiento de los diferentes materiales y componentes de la total realidad, ni obviar o negar el necesario juicio ético crítico sobre ella.

Y, con alguna frecuencia, la filosofía analítica ha practicado y practica -pienso- ese reduccionismo, ese aislamiento formalista que incluso genera a veces una cierta nueva escolástica: como hubo, y hay, escolásticas tomistas e, incluso, marxistas. Ésas son, pues, aquí mis principales reservas y advertencias: la no escisión, en definitiva, con las condiciones históricas y sociológicas (y políticas), la no exclusión desde ahí de los racionales y críticos juicios de valor.

21. En 1973 aparece en forma de libro el grueso de tus investigaciones sobre el krausismo. Creemos que a pesar de tus constantes advertencias respecto de las insuficiencias del pensamiento krausista e institucionista, figuras como Giner Azcárate o Costa han dejado una huella en tus convicciones muy notable. Incluso tu conocida preferencia por un socialismo cercano al de Besteiro o Fernando de los Ríos denota esa huella. ¿Podrías explicitar en qué consiste?

Como ya señalé antes -en el punto sexto-, una de las acuciantes necesidades para la identidad personal y colectiva en aquellos años (así lo viví yo, concretamente, en los cincuenta y sesenta) fue la recuperación de ese pensamiento heterodoxo, ilustrado, liberal, democrático, socialista, que -proscrito y perseguido- en gran parte parecía perdido y olvidado tras la victoria de la España negra en la guerra civil. Y, ahí, para empezar con buen fundamento, un capítulo importante, imprescindible, era la Institución Libre de Enseñanza y sus precedentes en la recepción de la filosofía krausista e idealista alemana.

De ese racionalismo (armónico) y de ese liberalismo (progresista) derivarían después, en efecto, mis preferencias no exclusivistas por el socialismo democrático de Julián Besteiro y de Fernando de los Ríos. En ese contexto y trabajo común habrían de producirse, además de mi libro de 1973 sobre *La filosofía social del krausismo español*, las tesis doctorales de Francisco Laporta sobre Adolfo

Posada y de Emilio Lamo y Virgilio Zapatero sobre los mencionados Besteiro y De los Ríos, así como de manera menos directa las de Manuel Núñez Encabo sobre Salés i Ferre y de Eusebio Fernández sobre marxismo y positivismo en el socialismo español. Todas ellas han sido después publicadas, con muy favorable influencia, si bien haya que reconocer que no adecuadamente continuadas para esa tarea de recuperación, contra el olvido y la ignorancia, pero que no es de casticista autoidentificación, por los discípulos comunes en el gremio iusfilosófico (algo, no obstante, comienza a cambiar de nuevo en este campo entre los más jóvenes), aunque sí con desigual fortuna por otros historiadores e investigadores. Yo también reenviaría a algunos capítulos de posteriores libros míos como *Socialismo en España: El partido y el Estado*, de 1982, o el de 1994, ya citado antes en el mencionado punto sexto de estas mismas contestaciones.

Para no reinsistir, ni siquiera de manera resumida, en lo ya dicho en tales escritos, sólo aludo ahora, a propósito de estas cuestiones, a dos aspectos que me siguen pareciendo de interés: uno se refiere, por separado, a la creciente consideración que está adquiriendo hoy la filosofía de Krause también entre los alemanes (aquí las investigaciones de Enrique M. Ureña y su equipo) y, a su vez, al estudio de las plurales manifestaciones en el pensamiento español contemporáneo (aquí las obras de José Luis Abellán y sus discípulos); otro remarcaría la importancia que precisamente para la España actual -en la que se dan muchas cosas positivas junto a también graves deficiencias, corrupciones y confusiones- puede y debe tener un pensamiento como el de esos nuestros clásicos Julián Besteiro y Fernando de los Ríos, pero no solamente ellos, que propugnaron un socialismo democrático, un socialismo humanista basado justamente en la ciencia y en la ética, en la ciencia y en la conciencia.

22. Y luego están las Notas *que se publicaron después como* Pensamiento español en la era de Franco. *Aquel fue un libro de gran éxito, pero parece un poco contradictorio. La denuncia de la represión y de los tiempos oscuros se compatibiliza en él con una defensa de lo que se hizo entonces con un criterio que alguien se atrevería a calificar de «benevolente» cuando menos. Dejando a un lado el excelente trabajo informativo que representa el libro, uno podría dudar de tanto afán de salvar cosas que no tendrían tanto valor objetivo. Es posible que eso se conecte con un afán muy tuyo pero que no se entiende muy fácilmente por vindicar el pensamiento español. ¿Te animarías a justificar esta especie de defensa de las cosas españolas? Porque no se te oculta que muchos no acaban de entenderla del todo. ¿Hay alguna aportación intelectual española de esos años que tú destacarías especialmente?*

Éste es quizás el libro mío que algunos han entendido peor, es decir más anacrónicamente: se escribió entre 1969-1973 y se publicó en 1974, es decir en la fase dura del final del franquismo. Hoy parece, y es, «benevolente» y tal vez excesivamente comprensivo hacia los aperturistas del sistema; pero tengo recortes de prensa de aquellos días en que el «bunker» y sus ideólogos se revolvieron furiosos e indignados contra la publicación de esas pacíficas páginas, exigiendo que se tomasen medidas contra su autor. Y eso no eran, no fueron, bromas. Sin embargo, muchos -es lógico- lo citan hoy en sus posteriores ediciones de 1983 o de 1992 yo creo que sin saber en absoluto de cuando es su primera, inalterada, edición, obviando además lo que de verdad pasaba en este país en aquellas circunstancias.

Yo no oculto que con ese libro, a la vez de informar -objetivo preferente- acerca de lo que se estaba haciendo desde tiempo atrás en filosofía y ciencias sociales en el campo democrático (Tierno, Aranguren, etc.), se trataba también de «animar» y de «rehabilitar» a los que procediendo del franquismo quisieron evolucionar (por ejemplo, Ridruejo, Ruiz-Gimenez, Laín y otros) para de hecho ayudar, con nosotros, a lo que enseguida sería la transición a la democracia. Tengo comprobado, con agrado, claro está, que por lo general quienes desde la oposición vivieron y sufrieron aquellas dificultades aprecian mi libro en mucho mayor medida, sin perjuicio de mil discrepancias y críticas concretas, que quienes lo leyeron después, o ahora, con todo aparentemente regalado. De todos modos, prefiero haber pecado por exceso, por comprensiva generosidad, que por defecto, por espíritu de revancha inquisitorial.

Otro tema, planteado en la pregunta, es si esas aportaciones hispánicas tienen mayor o menor valor objetivo. En esto soy realista y sé bien que lo mío tampoco está a más alto nivel que mucho de lo que yo reseño allí; puede que de algunas cosas sí, pero tampoco está prohibido hablar de lo que, en esa zona media, hacen los demás si lo intentan con respeto, trabajo y buena fe. No hay tanto, ni acá ni allá, que pueda situarse en ese nivel máximo de la gran excelencia y la suprema excelsitud. Y respecto de la «españolidad» -eso lo tengo claro-, por el momento sólo decir que ni casticismo patriotero ni cosmopolitismo de Gran Hotel, ni necio triunfalismo, ni masoquista autoflagelación. Todos los hombres y mujeres con espíritu universal que he conocido (o leído) están siempre primero y, a la vez, en su pueblo, con sus gentes, con su historia y su realidad: no para aislarse sino para tener cosas que comunicarse. Sólo desde lo singular y local -así lo creo- se accede a lo general y universal.

23. Por aquellas fechas una derivación de tu fijeza en temas relacionados con España fue tu insistencia en que trabáramos conocimiento

con la filosofía jurídica que se hacía en América Latina. Te recordamos repitiendo que nuestra ignorancia era una vergüenza. De ahí salió directamente la tesis doctoral de Manuel Atienza. Pero el resultado fue un poco perverso: más y mejor filosofía analítica. Se entablaron, efectivamente, unas entrañables relaciones intelectuales con algunos países latinoamericanos, pero sobre unas bases que, aunque en lo personal sean muy gratificantes, en lo intelectual seguramente no te satisfacen tanto. Seguramente es difícil, pero nos gustaría que dijeras si eso es así y por qué.

Aplicación práctica y dinámica de la anterior teoría de la universalidad: unido en este caso a que la lengua, común, es (Unamuno) el «tuétano del alma» y un montón de cosas más. Cuando yo le insté -en 1974, creo que fue- al entonces muy joven Manuel Atienza a hacer su tesis doctoral sobre la filosofía jurídica en América Latina era porque, mientras conocíamos las ultimísimas publicaciones, libros y artículos de revistas, de autores alemanes, ingleses (también norteamericanos), franceses o italianos («más lejos», los portugueses), allí nos habíamos quedado en Carlos Cossio (Argentina), Eduardo García Maynez (México), Miguel Reale (Brasil) y me parece que muy poco más: Genaro Carrió, y sobre todo por su relación con Hart. Yo intuía -bueno, algo, algunos nuevos nombres como el de Ernesto Garzón ya había empezado a oír- que allí tenía que haber gente de interés. Y así fue. Acerté. ¡Y que lindo, viejos, lo que salió de aquella tesis del pibe Atienza!

A la cabeza de todos -puente de unión también entre España y Alemania-, nuestro hermano mayor, el mencionado Ernesto Garzón Valdés que incluso, sin saberlo yo y para más «inri», se había doctorado aquí, en Madrid, y a quien tanto tenemos que agradecer. Un recuerdo asimismo muy especial para Carlos Nino, reciente y muy prematuramente desaparecido cuando tanto quedaba que discutir con él: lo conocí en Oxford a la sombra de Hart y Dworkin. Y, después, sin incluir a filósofos de otras áreas, Carlos Alchourron, Eugenio Bulygin, Diego Martín Farrell, Juan Carlos Gardella, Ricardo Guibourg, Enrique Marí, Eduardo Rabossi, Roberto Vernengo... por referirme únicamente -hay más- a algunos de los que más he tratado y/o leído, siempre con provecho para mí. Aunque ahora, con manifiesta perversidad, los fautores de esta entrevista -analíticos confesos y, si siguen así, un día incluso probablemente mártires- me quieran enzarzar con buena parte de ellos -¡no lo conseguirán!-, vaya para todos de verdad mi aprecio, crítico reconocimiento y amistad. Por lo demás, nadie es perfecto. ¡Ni siquiera los iusfilósofos argentinos!

Pero hablando de Latinoamérica no tendríamos que olvidar tampoco a los colegas de países, entre otros, como México (Óscar

Correas, Rolando Tamayo, Rodolfo Vázquez), Venezuela (Lino Rodríguez Arias, Roque Carrión), Chile (Agustín Squella, Eduardo Novoa Monreal), Brasil (José Eduardo Faria, José Gerardo de Souza, Celso Lafer, Antonio Carlos Wolkmer, Celso Fernandes Campilongo); y en la Europa más cercana, Portugal, el valioso y activo amigo Boaventura de Sousa Santos. Todo ello y lo que falta configura, como se ve, un panorama bastante rico, no monolítico sino diverso y plural. Haría falta, acá o allá, un nuevo Atienza -ya sé que no es fácil- que con talante crítico y autocrítico se pusiera a remover y a estudiar todo eso otra vez. Pero ya no lo encuentro, ni siquiera apenas para nuestro propio país: en las jóvenes generaciones -ni así les hago reaccionar- están todos (bueno, casi todos) vendidos al dólar yanqui, al oro de Washington; sólo atienden a los créditos -pocos, la verdad- que les conceden desde allí. De todos modos, como ya señalé antes, entre los novísimos doctorandos parece que comienza a advertirse algún mayor interés hacia esa historia de la filosofía jurídica, ética y política de la España contemporánea. Es, creo, muy positivo que así ocurra, hasta -como vengo repitiendo aquí- para una mayor y mejor universalidad de nuestra vida intelectual.

24. Los años 76, 77 y 78 no pueden dejarse pasar así como así. La transición y la Constitución son acontecimientos históricos que se reflejan por fuerza en la tarea intelectual. Y más en un caso como el tuyo, claramente comprometido con el proceso. No nos interesa tanto el aspecto histórico como el aspecto institucional. ¿Cuál sería hoy tu opinión global sobre ese proceso?

Esos (1976-1978) son años muy importantes y entrañables: era, ante todo, el final de la dictadura. Parecía imposible, pero Franco, al fin, había muerto aquella inolvidable madrugada del 20 de noviembre de 1975: se abría así el tiempo para intentar realizar esas esperanzas, esas utopías políticas y sociales de libertad y democracia que afectaban también muy profundamente a nuestras vidas individuales. Es muy difícil que las generaciones actuales puedan comprender del todo lo que significaba para nosotros esa liberación de casi cuarenta años de dictadura -¡toda nuestra existencia!-, días, miles de días, que para muchos en los primeros tiempos lo fueron de muertos a recordar y de infame persecución, y que para todos en la vida cotidiana lo eran -se reconociera o no- de continua humillación, de privación de libertad, de mentiras e injurias sin opción alguna para poder responder, de negación de la dignidad humana. Contra todo ello se luchaba como se podía, se construían además espacios privados donde hacer posible el trabajo y algún grado de libertad, y eso era lo que personalmente permitía seguir en pie, compartiendo tantos

años con tantas gentes aquellas utópicas esperanzas simbolizadas en la recuperación de la democracia.

Estuvo bien, a pesar de todo, la ruptura pactada, las reformas que llevaron a la ruptura de la dictadura y a la transición a la democracia y a la Constitución. No se podía, ni tal vez se debía, haber hecho, en lo sustancial, otra cosa muy diferente. Reenvío, por si parezco aquí, en estos juicios, un poco terminante o dogmático, al capítulo «Las ideologías de (sobre) la transición» de mi ya citado libro *Ética contra política*. Reconozcamos, como han hecho la casi totalidad de los analistas extranjeros, que las cosas salieron bastante bien, lo cual no quiere decir, claro está, que se resolvieran por arte de magia todos los problemas tradicionales de centralismo, desigualdad, enfrentamientos y violencia, que -junto a otros nuevos problemas- se empezaron no obstante a plantear por entonces con mucha mayor participación, eficacia y seriedad.

He insistido en otros escritos míos en que, desde un punto de vista histórico, la transición fue fundamentalmente impulsada y demandada desde siempre por aquellos sectores, individuos y fuerzas sociales que componían, en sentido amplio, la oposición democrática a la dictadura. Pero fue, tuvo que ser, y repito que estuvo bien, una transición vía transacción, con entendimiento (en los dos sentidos de la palabra), negociación, consenso, pacto con los sectores aperturistas del régimen anterior que representaban intereses, también económicos, que precisaban adaptarse e integrarse en la nueva situación. A partir de ahí, decir -como están diciendo algunos contumaces y simplistas intérpretes- que la transición la hicieron los no demócratas es, en mi opinión, no querer, o no poder, entender lo que de verdad, y no sólo en la aparente superficie, acaeció.

Y desde un punto de vista institucional, por diferenciar, como se hace en la encuesta, esa doble entrelazada perspectiva, lo decisivo, claro está, fue el paso -ruptura- desde un Estado dictatorial (que lo fue siempre, aún con diferencias, tanto en su fase totalitaria como en la denominada autoritaria, con negación de derechos básicos y libertades políticas) a un Estado de Derecho que se configura más precisamente en la Constitución, y con serias potencialidades, como Estado social y democrático de Derecho. Aquel Estado dictatorial del franquismo -debiera ser obvio volver a señalarlo- significó siempre la real y formal negación de las instituciones, garantías y libertades imprescindibles y básicas de todo Estado de Derecho.

25. Desde antes de esos años tu militancia en el Partido Socialista Obrero Español es conocida. Entonces parecía natural que un intelectual asumiera un compromiso político. Vamos a hacerte

dos preguntas al respecto. La primera: Desde la teoría política. ¿Cómo ves la función del partido político en la sociedad democrática? La segunda: ¿Es tan claro el vínculo entre actividad intelectual y militancia política como parecía entonces?

Fue en el grupo socialista de Tierno Galván, impulsado muy activamente por Raúl Morodo, donde -finales de los cincuenta, comienzos de los sesenta- yo comencé con algún tipo de actividad política en la oposición ilegal al régimen del general. Allí estuve casi diez años haciendo lo que cabía hacer. Después me distancié, cuando en 1968, aquél fundó un PSI conflictivo con el PSOE (de ello he hablado en mi libro *Socialismo en España*), y en 1974 en Asturias, donde había ido como catedrático de la Universidad, se inició ya mi acercamiento y colaboración más o menos formal con el clandestino Partido Socialista Obrero Español. Aunque yo tenía firmemente decidido no dedicarme de manera, digamos, profesional u oficial a la política, es decir no optar ni aceptar cargos políticos, pensé, no obstante, algo después que inscribiéndome como militante de base podía ayudar más a la causa común y a la necesaria extensión y aceptación (legitimación) de los partidos y, en concreto, del partido socialista: el empujón final me lo dio Peces-Barba emplazándome a ello en conversación, los dos, con Felipe González. Estábamos, recuérdese, en una España que salía en aquellos momentos de un régimen como el franquista que desde siempre había puesto todo su máximo empeño, su mayor insistencia y prepotencia propagandística y hasta policial, en el objetivo precisamente de desprestigiar y perseguir a toda costa y por todos los medios a los partidos políticos, el mal absoluto -no se olvide hoy- para todos los jerarcas, corifeos, seguidores y escribidores de aquel monolítico Estado dictatorial.

¡Como han cambiado los tiempos! Entonces la decisión de trabajar (nunca me gustó el verbo «militar») en un partido, sobre todo de izquierdas, se veía -¡con perdón!- como un acto de generosidad, de dignidad, de ética democrática, incluso de estar dispuesto a asumir un cierto mayor riesgo ante lo que todavía pudiera pasar; el 23-F del 81 hubo ya «milicos» que empezaron a solicitar y a buscar las listas y archivos de los partidos: muchos de los que hoy más blasonan de «independientes» sólo fueron entonces, quedándose fuera, muy cautos y prudentes; también es verdad que en medio entró, junto a mucha gente sana, más de un aventajado oportunista. De todos modos, querría dejar bien claro que, lo mismo que no identifico en absoluto al llamado «independiente» con la objetividad y la imparcialidad (hay muy diferentes tipos de «dependencias» y todos somos de un modo u otro «interdependientes»), por otro lado, tampoco pienso que el compromiso ético y político con la sociedad -del intelectual

o del manual- tenga necesariamente que concretarse y formalizarse en militancia política -para nada fanática ni sectaria- en uno u otro partido. Se puede trabajar, y bien, por la democracia de muy diferentes maneras y en muy diversos ámbitos.

Pero los partidos políticos me parecen, eso sí, necesarias organizaciones con coherencia interna y externa que pueden y deben contribuir a vertebrar la colectividad, junto a los movimientos sociales y otras formas de asociación, ayudando a formar, canalizar y expresar la opinión pública, piezas institucionales absolutamente imprescindibles en un sistema político democrático. Obvio también -y en esto se insiste justamente hoy- que la democracia no debe de ningún modo reducirse a excluyente partitocracia (García Pelayo) y que, a su vez, los propios partidos deben constituirse y funcionar de manera plena y abiertamente democrática.

26. Una pregunta comprometida: Desde tu perspectiva teórica ¿qué añadirías y qué suprimirías de la Constitución Española de 1978?

Renuncio aquí, por razones obvias de tiempo y espacio, a la práctica pormenorizada, ni siquiera seleccionada, del juego del «quita y pon» en relación con nuestra Constitución. Hay sin duda en ella términos concretos que se podrían cambiar, artículos que habría que redactar mejor, conceptos que se necesitarían aclarar para su mayor coherencia y sistematicidad, muchas cosas a conectar de modo más directo con una realidad social que se quiera progresivamente transformar. En los numerosos comentarios publicados existe ya base suficiente, incluso artículo por artículo, parágrafo por parágrafo, para semejantes propuestas de técnica -y política- revisión, la cual daría lugar a debates, con toda seguridad, difíciles en muchos casos de solventar.

Pero me parece que nuestros problemas no derivan hoy en forma alguna de esas hipotéticas deficiencias e insuficiencias del texto constitucional. De todos modos, y sin ser yo especialista en el tema, desde el principio he echado de menos que en el complicado, delicado e inestable Título VIII no se hubiera podido configurar, identificar y nombrar sin más al Estado de las autonomías como claro y explícito Estado federal. Por ello estoy también ahora de acuerdo con quienes propugnan la reforma legal (art. 69) que haga del Senado una verdadera y operativa Cámara de representación territorial. Sería, me parece, lo único que en las actuales circunstancias convendría tocar y modificar (tras las dos palabras añadidas, por imperativo europeo, al art. 13 en 1992).

En la Constitución tenemos así un válido, fuerte y legítimo fundamento

para la convivencia pacífica y democrática de los españoles, convivencia institucional y también plurinacional en el Estado común; y todo esto es, por supuesto, lo esencial. Pero, junto a ello y sobre ello, existe también -quisiera remarcarlo en estas páginas de manera muy especial- base y potencialidad para su aplicación y realización en coincidencia con las políticas de progreso que pueden y deben impulsarse (¡incluso en nuestros días!) desde las posiciones propias del socialismo democrático. Reenvío para la ampliación acerca de esas potencialidades a mi trabajo «El Estado democrático de Derecho en la Constitución española de 1978», incluido en mi ya citado libro *Socialismo en España: el partido y el Estado*.

Solamente recordaré aquí para olvidadizos y frente a quienes, vía conservadora, se empecinan en su unilateral y restrictiva interpretación, un muy breve sumario de algunos de los preceptos que, en coherencia con la totalidad, pueden servir de puntos más concretos de apoyo para esa progresiva lectura y realización: así, desde el Preámbulo, donde se proclama ya la voluntad de «establecer una sociedad democrática avanzada», o el art. 1 por el que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho», hasta todo el capítulo segundo con el establecimiento, no retórico, de los «derechos y libertades de los ciudadanos», pasando por el art. 9 que encomienda «a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas». O -por resumir al máximo- todo el título VII sobre Economía y Hacienda donde se dice (art. 128) que «toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general»; o (art. 129) donde se señala que los poderes públicos «establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción»; o el ya citado art. 131, en el que se dispone que «el Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución».

27. Desde aquel momento siempre te has mostrado como un infatigable «componedor» de las posibles fracturas y dispersiones del socialismo español. Participaste en la incorporación del PSP, clamaste contra la división latente en el famoso XXVIII Congreso, nunca te has identificado ni has querido jugar a eso de las etiquetas. No queremos una definición personal, sino una reflexión teórica para responder a esta pregunta ¿Cuál es la razón por la que tiendes a optar siempre por la unidad? ¿Por qué no la fragmentación si obedece a posiciones de fondo?

Aunque entre hispanos casi parezca peyorativo, «componedor», quien compone, así pues también «compositor», es la persona que tiende a formar un todo juntando o disponiendo cosas o partes diversas (como se ve, he tenido siempre muy a mano el Diccionario de la Lengua Española: no en vano conozco bien a mis metódicos interrogadores). Sí, estoy de acuerdo como rasgo más general en que a la postre yo prefiero componer a, sólo, descomponer; prefiero lo que es y está compuesto -las cosas no son nada simples- a aquello o aquel que siempre está o anda descompuesto, incluso mentalmente. Enlazando con lo que ha vuelto a recordar Norberto Bobbio en un reciente libro, yo subrayaría que la función intelectual es, en muy amplia medida, una función crítica, desde luego, ejercida desde convicciones pero por ello mismo también, responsablemente, una función de «mediación» entre gentes o posiciones (no todas, no cualesquiera) que se empeñan, a veces irracionalmente, en no entenderse -ni a sí mismos ni a los demás-, en no buscar más lo que une que lo que separa con consecuencias a veces muy negativas para todos.

Ya sé que aquí sólo se me pregunta estricta y exclusivamente y con toda claridad por esa actitud mía en relación con el socialismo español de esos años: aprovecharía, sin embargo, para advertir con carácter más general y también sobre esa tarea de «mediación» intelectual, que no habría que malinterpretar y desorbitar ese talante de entendimiento y composición desde esa propia tendencia «a optar siempre por la unidad». Jamás, por ejemplo, se me ocurrió nunca unificarme con los que en el anterior régimen querían unificarnos a todos a la fuerza. Y así en otras muchas ocasiones. Junto a la unidad -incluso en el socialismo español- he defendido siempre asimismo la pluralidad, el pluralismo, la diferencia y el derecho a ser diferente.

Lo que también en este ámbito he observado con frecuencia, y lo que se puede por desgracia seguir observando en demasiadas ocasiones, es que la fragmentación, la desunión e, incluso, el enfrentamiento mordaz entre unos y otros no obedece siempre a posiciones de fondo, a actitudes serias no compaginables objetivamente sino más bien a personalismos o amiguismos en competición por parcelas de poder; es decir, a apriorismos o -por el contrario- a hechos consumados que, por lógicos y respetables que a veces sean, no tienen tampoco derecho ni justificación para arrastrar a los demás y producir rupturas que, como digo, pueden acabar siendo muy negativas para intereses, valores y metas desde luego de muchísima mayor trascendencia pública y general. Diferencias, pues, y pluralidad (eso es la democracia) pero no, sin más, sacralización de la fragmentación. En concreto en los dos casos que ahí se citan creo que tenía plena razón aquella invocación a la unidad: ni PSI-PSP era, ni tenía porque ser, tan diferente al PSOE, ni -dentro de este- en 1979 hubiese sido mejor la ruptura (ni los críticos

ni los oficialistas la deseaban) que, con discrepancias, la prosecución de la historia y el trabajo común. Tampoco hoy me parece que debamos resignarnos a aceptar la reducción del pluralismo a ese tan rígido modelo binario -obsesivamente potenciado por algunos medios de comunicación- entre «guerristas» y «renovadores», apenas aliviado por la buena utopía de «izquierda socialista», como etiquetas únicas y fijas en el seno del actual socialismo español. Yo soy más bien pluralista e integrador: creo posible el entendimiento a pesar de las discrepancias reales y de las distancias personales.

28. Tu nunca has sido comunista, pero hay que reconocer que incluso para los que no lo han sido, el derrumbamiento de la URSS y sus «satélites» ha sido algo insólito. ¿Ha afectado a tu pensamiento? ¿Qué consideras vivo y qué consideras muerto en el marxismo?

El derrumbamiento de los sistemas comunistas ha sorprendido, en efecto, a propios y extraños: incluso, en Estados Unidos y otros países, a prestigiosos Institutos de Sovietología y a tantos y tantos de sus sesudos y documentados especialistas. No es que ya, en los años ochenta (o antes), se creyera mucho en sus virtudes o en su eficacia pero me parece que nadie esperaba un hundimiento tan rápido, tan absoluto y espectacular y unos escombros tan pobres, tan vergonzantes, impúdicos y desorbitados en sentido contrario. Esperemos, de todos modos, que todo este caos se pueda reorientar debidamente en los próximos años: algo ya se empieza a advertir tras el capitalismo mafioso y salvaje de los primeros momentos.

En este sentido es verdad que, en los viejos tiempos, alguna esperanza voluntarista tuvimos los no comunistas (pero también otros, los mejores de ellos, desde dentro) en que se pudiera un día acabar saliendo de aquellos regímenes totalitarios hacia convergencias democráticas y socialistas con los sistemas pluralistas y parlamentarios occidentales. Y ello a pesar de la mala herencia del Lenin de la disolución de la Asamblea Constituyente en enero de 1918 y a pesar, sobre todo, de la larga y sanguinaria dictadura del padrecito Stalin que -muerto en 1953- veíamos ya, en cualquier caso, como un negro y lejano pasado que aquellos regímenes tendrían que superar. Sin duda que las represiones en Hungría en 1956, Berlín en 1961 (yo estuve allí) o Praga en 1968 no eran precisamente impulsos en esa democrática dirección, como no lo era tampoco la situación general en la URSS. De todos modos, todavía Gorbachov, aclamado en el amplio mundo, se nos aparecía como aquella última buena (im)posibilidad. Pero ha hecho falta, ya se ve, el completo hundimiento de ese totalitarismo para que puedan volver a tener allí espacio algunas de aquellas viejas esperanzas de mayor igualdad y libertad.

Incluso a los que nunca fuimos comunistas pero colaboramos con ellos, o ellos con nosotros, sin confusión, bajo y contra la dictadura franquista, por supuesto que nos ha afectado, teórica y prácticamente, ese proceso de final aniquilación y degradación. En todos ha influido esta historia. Pero es la más reaccionaria e increíble derecha la que, en estos primeros momentos, ha sacado el máximo provecho de tal situación. Y aunque se diferencie con claridad, también todo ello repercute sobre filosofías y pensamientos, como es el de Marx, de los que con tanta frecuencia se usó y, a mi juicio, ilegítimamente se abusó en aquellos regímenes.

Para ese elenco que se me pide sobre «lo vivo y lo muerto» en el marxismo, reenvío -¡que lo lea quien lo quiera saber!- al capítulo tercero sobre «Marx y la teoría marxiana del Derecho y del Estado» de mi libro *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Sólo añadiré aquí que estoy por la lectura no (unilateral y reductivamente) mecanicista, determinista y totalitaria de la obra de aquel y a favor de su (posible) interpretación como filosofía humanista (humanismo real), dialéctica (pluralidad de factores en la producción de la realidad) y democrática (con libertad y sufragio universal). Recordemos, por ejemplo, aquel texto de Marx, de 1852: «Pero el sufragio universal equivale al poder político para la clase obrera de Inglaterra, donde el proletariado constituye la gran mayoría de la población [...] Imponer el sufragio universal en Inglaterra -concluía aquél- sería, pues, una medida mucho más socialista que todas las que se han honrado con este nombre en el continente». Y así, casi al final, en 1880 (Marx murió en 1883), insistirá en la necesidad de transformar el sufragio universal «de medio de engaño que ha sido hasta aquí en instrumento de emancipación». Desde luego -¡lo siento!-, hay que seguir leyendo a Marx.

29. No parece ser ir muy contracorriente que en plenos años ochenta te plantees una defensa del Estado contra sus críticos izquierdistas. Se diría más bien que a partir de esos años se necesitaba una defensa contra sus críticos derechistas. No te vamos a preguntar cuál es el papel del Estado porque eso sería encargarte otro libro, pero quizás puedas arriesgar una respuesta sobre la diferencia entre unos y otros atacantes.

En cuanto a quien sea el principal destinatario de mis posiciones críticas, podría -creo- diferenciar en mis escritos y argumentaciones dos (y hasta tres) muy diferentes, sucesivas, etapas: bajo la dictadura el adversario era la derecha, especialmente la que apoyaba dicho régimen, tanto en sus concepciones ideológicas (por ejemplo el iusnaturalismo) como, más tarde y a la vez, en sus reducciones cientificistas

(por ejemplo el tecnocratismo); pero después de 1975-76, en retroceso esa derecha totalitaria, es verdad que en las primeras fases de la transición a la democracia, mi diálogo crítico -muy distinto, claro está del anterior- se entabla más bien en el seno de la izquierda con algunos sectores radicales y extremosos de ella: este es, a pesar de todo, así lo veo yo, un diálogo interno, mientras que aquél -frente a la dictadura- lo era totalmente externo.

En esa perspectiva interna habría, pues, que situar el trabajo, de 1977, sobre precisamente «El Estado democrático de Derecho y sus críticos izquierdistas» incluido en mi libro *Legalidad-legitimidad* en el socialismo democrático y, después (a ello, creo, es a lo que se alude en la pregunta), la obra de 1984, ya mencionada en la nota anterior, *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Pero no creo en modo alguno que ese diálogo crítico con la izquierda radical carezca, por la otra banda, de consecuencias e implicaciones de rechazo para el destinatario, principal postrer adversario, que es esa derecha liberal conservadora tan prevalente y prepotente en estos últimos tiempos. No hay nada mejor que una mala izquierda para que triunfe la peor derecha. En el fondo, y esto se advierte ya con mayor claridad en mi libro *Ética contra política*, de 1990 -ésta sería la mencionada tercera etapa crítica-, el oponente era dual o, incluso mejor, lo era esa desigual amalgama, esa confusa y ambigua pero nada irreal conjunción, que allí se calificaba como «liberal-libertaria».

Es en ella donde se produce esa ideología de la maldad estatal, la casi total demonización y culpabilización de las instituciones políticas, la casi absoluta deificación (y reificación) de la sociedad civil. El resultado, con total ventaja del más astuto y poderoso liberalismo conservador sobre el más ingenuo y débil libertarismo radical, era la reducción cuantitativa y cualitativa del Estado social, la imposición de la ideología del «Estado mínimo» y la ampliación aún mayor de poderes para las grandes corporaciones y las redes de agencias transnacionales de la sociedad civil (más bien, mercantil). Se trataba y se trata, por tanto, de liberar a los buenos libertarios (gentes de izquierda) del maléfico influjo y poderío de esos liberales (gentes de derecha). Y, en cambio, de dar paso al nuevo «pacto social», Estado democrático de Derecho, a construir progresivamente a través de la no imposible colaboración entre las instituciones políticas de la socialdemocracia y los movimientos sociales (ecologistas, pacifistas, feministas) herederos del mejor libertarismo.

30. Un postulado teórico que va adquiriendo más y más importancia en tu pensamiento es el de la justificación o legitimidad del sistema político en torno al principio de mayorías. Hasta el punto de que hay quien puede suponer que le das un alcance que llega a invadir

otros criterios de legitimidad, como el de los derechos humanos. Dinos si hay en tu pensamiento una marcada tendencia al «monismo» valorativo o si en este tema admitirías un pluralismo de criterios, con todos los problemas que ello implica?

Este tan grave problema se conecta incluso con el de la tensión entre las denominadas *Gesinnungsethik*, ética de convicciones, de principios, de intenciones, ética deontológica (Kant) y *Verantwortungsethik*, ética de la responsabilidad, de las consecuencias, utilidades, ética teleológica (Mill), si se me permiten además todas estas aproximativas equivalencias internas. Yo estaría, creo que con Weber, por un -desde luego, todo menos que fácil- intento de compatibilizar y tratar de dar solución a los conflictos entre ambas dimensiones: una ética de principios consecuentemente responsable; responsabilidad también en términos reales, económicos, sociales, políticos, culturales, incluso de identidad personal y moral. No, pues, una ética apolítica, fundamentalismo «justiciero» aunque perezca el mundo, ni una política amoral, inapelable oportunismo facticista y eficientista. ¿Es eso «monismo» o «pluralismo» valorativo?

Sobre esas bases (sólo orientativas con carácter muy general pero pienso que nada inútiles) vayamos al punto en cuestión sobre el que se produce, es lógico, bastante perplejidad y, en ocasiones, no poca ambigüedad. Por un lado se suele y se quiere afirmar y definir -y me parece bien- que la legitimidad de un sistema político democrático depende de la participación libre y universal en la toma de decisiones; y no de que alguien o algunos consideren que, a pesar de ello (a pesar de la que denominaban peyorativamente en otros tiempos como mera «democracia formal»), no se da suficiente participación en resultados medidos en mayores cotas de igualdad, necesidades, bienestar, justicia, o sea, «democracia material o real»: desde ahí se descalificaba la primera, e incluso toda la democracia sin más, si esta segunda no era lo que desde esos sectores (radicales de izquierda) se propugnaba -y, con frecuencia, no injustamente- que debía ser. Pero, por otro lado -y ello puede aparecer como contradictorio con la anterior reivindicación y definición de la legitimidad democrática como libre proceso de decisión-, se pone también en guardia por otros sectores (más de derecha, liberales y conservadores), y esto es lo prevalente hoy en la mal denominada teoría de los derechos (morales), que esas decisiones democráticas expresión de la libertad positiva carecen de legitimidad para intervenir e interferir en ciertas zonas de la acción o condición humana (libertad negativa). En ambas perspectivas lo que está en juego es la correcta relación entre el origen y el contenido de la democracia, es decir la doble participación -en decisiones y en resultados- que define a ésta.

El problema radicaría, claro está, en determinar que es lo que en concreto no se puede, justa y legítimamente, hacer: los obispos dicen, invocando a Dios, que el Estado democrático, o sea con la mayoría de la sociedad y de la gente detrás, no puede bajo ninguna circunstancia o condición legalizar, ni legitimar, el aborto, la eutanasia o el simple uso de anticonceptivos como control «artificial» de la natalidad; muchos de los grandes propietarios, banqueros y especuladores, por su parte, también consideran realmente sus fincas, mercados y capitales como de Derecho natural -tengo textos preciosos de uno de ellos, hombre culto, alto cargo del Opus y de la Banca-, bienes que, por tanto, en lo «esencial» el Derecho positivo no puede tocar; y así sucesivamente. ¿Cuál es el (auto)límite? Porque haberlo lo hay: adelanto que para mí lo es la básica libertad.

Resulta, por lo demás, curioso e interesante de constatar y de resaltar -bajando ahora a circunstancias históricas concretas- cómo el gran miedo y la delicada prevención de ciertos teólogos, moralistas y iusfilósofos así como de otros escribas y periodistas, frente a decisiones políticas y legislativas que pudieran afectar a valores éticos y derechos humanos -objetivo sin duda imprescindible y fundamental- se produce y cobra gran auge en nuestro país precisamente y de modo muy preferente sólo después de 1975-1976 con la llegada de la democracia y, todavía aun más, después del 82 ¡con mayoría absoluta de los socialistas! Pero para nada se autoexigían la mayor parte de aquellos tales denuncias cuando en aquella pobre y sufrida España quienes decidían, es decir quienes hacían y deshacían, de manera absolutamente despótica y dictatorial, eran muy reducidas y poderosas minorías totalmente concordes con los dogmas del integrismo católico tradicional. Entonces eran sólo los demócratas quienes luchaban, teórica y prácticamente, por la libertad, por los derechos humanos, la vida, la ética, la igualdad y la dignidad personal.

Y, precisamente, estos son los grandes valores que configuran con coherencia interna el ámbito ético en que se produce, se fundamenta y se enjuicia críticamente la legitimidad, y la legalidad, democráticas: así, la participación en las decisiones implica allí, como base imprescindible para la formación del criterio de las mayorías, el respeto a la libre voluntad de todos, individuos y minorías, el debate común más racional e ilustrado posible y, también, la formación de posibles consensos, pactos y acuerdos; por su lado, la participación en los resultados -recuérdese, la doble participación- exige para todos cobertura, protección y realización de las necesidades básicas (sanidad, educación, seguridad social...) y de los derechos fundamentales, igualdad real de oportunidades, reconocimiento del derecho a la diferencia y, asimismo, del esfuerzo, la capacidad y el mérito, todo ello con políticas de redistribución para una mayor igualdad...

Con estos criterios no se tiene ya en la mano, por supuesto, la receta mágica, la fórmula exacta e infalible para resolver absolutamente todos los supuestos de la casuística moral y, ni siquiera, de la vida real; la tal fórmula yo, desde luego, no la sé ni -como suele decirse- sé de nadie que la sepa. Las discrepancias concretas, con diverso reconocimiento de tales criterios, van sin duda a continuar; pero constituyen, así lo creo, materiales muy válidos, imprescindibles, para mejor orientarlos y tratar de darles la más justa y adecuada solución, en un sistema político democrático y en una sociedad adulta, libre, ilustrada, éticamente responsable.

31. Tiene relación con lo anterior. Has asumido muy decididamente el valor democrático de los llamados «nuevos movimientos sociales». ¿No crees que son movimientos que tienden a interceptar el proceso electoral, a modificar desde fuera de las elecciones los programas de gobierno?

No, nada, en modo alguno. En este punto, por decirlo suavemente, veo a los encuestadores bastante fuera de la realidad, o de lo que -también para ellos- debiera ser la realidad. ¡Hombre, todo, absolutamente todo, tiene sus riesgos y sus exageraciones y no iban a ser menos los nuevos movimientos sociales! Pero ¡ojalá que las principales necesidades ecológicas y aspiraciones ecologistas, o las exigencias de las asociaciones de usuarios y consumidores, pongo por caso, tendieran a modificar aún más los programas de gobierno! Habría -sin milagros- muchos menos incendios de bosques, una lucha mucho más eficaz y decidida contra la desertización de nuestro territorio, menor contaminación en las ciudades, mejor política hidrológica tanto en las regiones húmedas como en las secas, mayor control en la sanidad o en la alimentación, etc., etc. Y todo ello, esa recepción crítica y selectiva, para nada tiene por qué «interceptar el proceso electoral».

De esto es de lo que se trata: también de que la gente que, por lo que sea, no quiere trabajar en las instituciones, en los partidos, ayuntamientos, sindicatos, etc., lo haga en esos movimientos progresistas de la sociedad civil o en otras importantes organizaciones no gubernamentales que hacen más denso y tupido el tejido social. Como ya se indicó aquí, en el final del punto veintinueve, lo importante es el pacto, proceso siempre abierto, la colaboración no exenta -desde luego- de problemas y conflictos entre instituciones políticas y movimientos sociales: que aquellas no se enquisten y se aíslen de la sociedad, tampoco de estos sectores nuevos de ella, que estos no se sitúen necesaria y aprioristamente en ruptura y siempre en actitud de no negociación con la Administración, Parlamentos, partidos y

demás. Reléase, por favor, sobre ello -y en relación con las actitudes de Claus Offe- el epígrafe VI, 3, de mi libro *Ética contra política*, titulado precisamente «El nuevo pacto social: instituciones políticas y movimientos sociales»; allí hay también buena bibliografía para proseguir y progresar en este central tema de nuestro tiempo.

La democracia es participación, doble participación, en las decisiones y en los resultados, o sea, preferentemente participación institucional y social, aunque con fundamentales entrecruces e interferencias mutuas. El criterio básico e insuprimible para la legitimidad democrática -queden tranquilos de nuevo mis interlocutores, no tenían porque no estarlo- es, ya se ha dicho, la participación libre y universal en ese proceso de decisión; pero -véase el punto anterior tampoco podemos negar, ni ellos ni yo, que, por un lado, la ética digamos racional y, por otro, la fáctica, sociológica, legitimación (y deslegitimación), sobre la que pesa de manera poderosa la segunda participación (resultados, necesidades, bienes, otros derechos y libertades), tienen también fuerte influencia sobre aquella, primera y primordial, legitimidad.

32. ¿A qué no te atreves a hablarnos del famoso «mercado»?

¿Cómo no? Lo que ustedes manden. A estas alturas de tan fornido y exigente cuestionario, uno -pero no querría aparecer tampoco como un irresponsable- ya se atreve con todo. Además, con tanto como ya llevo escrito hasta aquí, no voy a dejar ahora en blanco precisamente este crucial punto treinta y dos. Estoy acabando -¡qué remedio!- tomándome esta entrevista como un examen -¡con libros!- y, aunque no soy economista, algo tendré que contestar también sobre ello. Me disculpo de antemano, pues.

Se me pregunta por el «famoso mercado» ¿Por cuál? Maite y yo, siempre que viajamos juntos, solemos invariablemente visitar el mercado de la villa o ciudad: sobre todo cuando llevamos nuestro propio coche para poder «cargar» con productos autóctonos y de buena calidad sacados de la huerta, la montaña o el mar. Y lo mismo hacemos en el extranjero, Inglaterra y Alemania en especial. Nosotros siempre visitamos antes las calles y los mercados que las librerías y los museos (después). Y es que es verdad, y así hay que señalarlo, que el mercado sirve muy bien para conocer más de cerca la vida de la ciudad y del país donde uno está, qué producen y qué consumen sus gentes, hasta los distintos modos de vender y de comprar. Claro que en nuestro tiempo la monolítica uniformidad -lo mismo nacional que trasnacional- va suplantando cada vez más la diversidad de esa originaria competitividad; comprendo, de todos modos -no hay que ser retrógrado-, que la organización a escala

más amplia del comercio y del intercambio es inevitable y tiene también sus grandes ventajas pero debería siempre preservarse ese espacio rural, regional y local. El problema, uno de los problemas, es quien controla al final esa creciente organización: si los propios participantes a través de una u otra forma de provechosa cooperación o algún más poderoso monopolio (u oligopolio) exterior que indefectiblemente acaba siempre imponiendo su ley.

Vinculados a todo ese tinglado hay otros más fuertes mercados, que para mí -sin duda que por falta de posibles para entrar en ellos- resultan más opacos, impenetrables y antipáticos (me temo que, con esto, los grandes rentistas y agiotistas me van a tachar hasta de agrarista y preindustrial): son ellos los mercados de valores y capitales, mercados financieros, y los mercados de divisas, mercados monetarios, donde los pudientes pueden ganar (o perder) muchísimo dinero sin salir de casa y sin dar un solo palo al agua. En concreto en las especulaciones monetarias internacionales, cualquier canalla de alto nivel le puede despojar a todo un pueblo de miles de millones de sus reservas de dólares o marcos en un abrir y cerrar de mercado y ordenador. Para aminorar esto -que ya sé que pasa porque algo no va bien- se han inventado, desde luego algunas formas de regulación. Y también sé que la acumulación es productiva y que se fomenta la riqueza con los rendimientos del capital: el problema, otro de los problemas -junto al de la pobreza y la gran desigualdad social, salvo pues al pequeño y medio ahorrador, no al gran especulador- es quien controla en última instancia tal acumulación y quién y hacia dónde se orientan los excedentes y el volumen de inversión; es decir, en definitiva, al servicio de quien está una economía y como se hace más legítima y concorde con la justicia. En cualquier caso, mi opción es por una economía real, industrial y productiva, y no por una economía ficticia y meramente especulativa.

Desde luego que nadie en su sano juicio lo deja todo -especialmente todo lo que de verdad le interesa- en manos del mercado, de esa tiranía y/o de esa anarquía por tantos denunciada: no todo es, ni debe ser, mercancía, ni en lo privado e individual ni -menos- en lo público y social. Por lo demás, en el mercado si no llevas dinero, o llevas poco, no te venden nada, ni sanidad, ni educación, ni jubilación, o te la dan de bajísima calidad; ahora algunos quieren -es verdad que todo cuesta dinero- que el Estado se evada también de esa responsabilidad. Hasta el Estado intentarán privatizar; siempre lo ha estado (el Estado) y siempre lo estará, privatizado, acusará indomable algún rojo terminal. Para ampliar en torno a ello reenvío a lo aquí antes ya dicho, en los puntos doce y trece, sobre la necesidad de que un sector público social y un sector público estatal vengan a reequilibrar y planificar en beneficio de los intereses de todos y contando

también con el mercado (economía mixta) la buena y justa organización de la sociedad democrática actual. No digo, repito una vez más, que sea fácil de lograr: sobre todo a escala transnacional.

Frente a los que están por la deificación del mercado (el elemental quiasmo, lleva así a la consiguiente mercantilización de los dioses) y por la absoluta y obsesiva imposición de una competitividad a veces muy poco o nada competente, habrá en todo momento que insistir -tal haría aquí yo- en que la llamada economía de mercado no agota ni satisface en modo alguno las exigencias principales de una sociedad democrática actual. Que, en definitiva, mercado y democracia no se identifican ni deben identificarse sin más entre sí; respecto de ello y aunque haya también su buena relación, de lo que debe hablarse -yo ya lo hice- es más bien de la «falacia de la identidad». Desde ahí y como, insisto, yo no soy economista, querría finalizar este ya largo apartado recordando palabras textuales de precisamente un economista y escritor a quien aprecio y respeto, John Kenneth Galbraith: «La corrupción -señala éste- es inherente al sistema capitalista porque la gente confunde la ética del mercado con la ética propiamente dicha». Y se pregunta buscando, como aquí, una conclusión: «¿Recetas para curar sus agravios? Una muy concreta: combinar la acción del mercado y la acción del Estado para corregir las grandes diferencias que hay entre los ricos y los pobres, para eliminar las deficiencias tremendas que hay en las ciudades, para luchar contra la pobreza, el crimen y el desorden. Para hacer que la sociedad sea más humana». ¿Vale así?

33. Pareces desde el principio más filósofo político que filósofo jurídico. ¿No comporta eso un cierto desapego a lo jurídico? Y al final «Ética contra política», es decir, más ético que político. ¿Cómo conjugas esas cosas?

Aunque no se deben confundir, tampoco se deben -creo- escindir esas mencionadas dimensiones -ética, política, jurídica- de los problemas sociales; tampoco otras, como la cultura, la economía, que se articulan en abierta totalidad. En ese contexto, y todo sumado, quizás a mí me ha interesado más la filosofía política que se propondría una doble función: una, digámoslo así, más sustancial y específica, de clarificación y debate sobre pros y contras de los diferentes regímenes y sistemas de organización pública de los poderes y la convivencia social; otra, de interrelación -pero desde esa perspectiva- con esos plurales factores y dimensiones, ética, jurídica, económica, cultural, de la entera realidad (totalidad) social.

Mis orientaciones y preferencias van, pues, hacia esa filosofía política que tiene mucho que ver con la filosofía ética (legitimidad-justicia)

pero también con la filosofía jurídica (legitimidad-legalidad). No sé si todo esto se logra siempre «conjugar» bien -habría que añadir además la historia y la sociología- pero al menos ese es mi propósito y mi punto de vista. Desde luego que me interesa y me preocupa más esa filosofía política (ética y jurídica) que otro tipo de tratamientos, por supuesto que imprescindibles y del todo respetables: así, de tejas abajo, una estricta teoría jurídica y una dogmática jurídica, pero, como digo, tienen mi completo reconocimiento quienes la hacen, lo mismo que otras artes y ciencias; y, de tejas arriba, una teoría moral que se ocupa de otros temas más alejados de esa filosofía política y social; otra cosa es cuando ese alejamiento es falso (ideológico, ocultador) y carente incluso de justificación ética; pero, otra vez, claro que aprecio la lógica deóntica y la meta-ética aunque no sean mi especialidad. Hay sitio -creo- para todos, o casi todos, en la comunidad científica e intelectual, y cuando las cosas se hacen bien todo contribuye a entender y entendernos mejor.

No sé si tendría incluso que añadir que reconozco que esas preferencias y dedicaciones profesionales, docentes e investigadoras, derivan también muchas veces de limitaciones propias, personales y circunstanciales, que a la postre resultan difíciles de superar. Lo que quiero decir es que «en abstracto», y puesto a elegir, yo hubiera preferido ser, por ejemplo, un buen matemático o un destacado violoncelista, o también un físico o un biólogo que hubiera podido trabajar en los límites mismos del origen de la vida y de la materia... Me he tenido que conformar -en los dos sentidos de la expresión- con estos, no inútiles, trabajos de filosofía jurídica, política y social.

34. En otro orden de cosas no podía faltar aquí tu especial protagonismo en la revista «Sistema». Más de cien números autorizan a cualquiera a considerarte una especie de termómetro o sensor de la actividad intelectual de este país. ¿Cómo la has visto evolucionar desde ese observatorio?

El primer número de «Sistema» se publicó en enero de 1973, todavía bajo el régimen anterior: son ya, pues, más de veinte años de existencia y, cuando escribo estas líneas -verano del 94-, el último volumen aparecido es el capicúa 121. Ahí seguimos, aunque confieso que en medio de no pocas, muy diversas y hasta contradictorias, dificultades. A pesar de todo, «Sistema» ha sido y es una revista que, de manera fría y objetiva, creo que podría calificarse de importante. Está mal que yo lo diga, como director desde siempre de ella (con José Félix Tezanos como eficaz «editor» y Alfonso Guerra como presidente de la Fundación), pero es obvio que el mérito corresponde muy principal y esencialmente a los cientos de tan relevantes colaboradores

que durante todos estos años han publicado allí sus artículos, notas y críticas.

En diferentes momentos de la vida de la revista hemos editado números monográficos y conmemorativos que, de un modo u otro, nos han dado pretexto y ocasión para un detallado ejercicio de revisión -creo que ni autocomplaciente ni autoflagelante- tanto en relación, punto de vista interno, con el propio significado y repercusión de sus páginas como, punto de vista externo, sobre las dimensiones, cambios y aportaciones de carácter político, social, cultural que han tenido lugar en todo este tiempo tan decisivo en la historia de nuestro país. Reenvío, de manera muy especial, a la revisión crítica y autocrítica llevada a cabo en el monográfico número cien, aparecido en enero de 1991, donde, por cierto, también escriben mis entrevistadores de hoy y donde yo mismo abro el tema con unas «Breves notas para la prehistoria y la intrahistoria de Sistema» que -como el resto de los trabajos- contienen datos y observaciones que pueden resultar de interés en relación con las cuestiones, más internas o más externas, aquí planteadas.

En este contexto, y puesto que se me inquiere, ¿qué decir yo personalmente, y con brevedad, acerca de la evolución de la actividad intelectual en España durante estos veinte años (1973-1993) de y desde «Sistema»? Por de pronto, aconsejar sin falta la lectura ahí de los bien documentados y construidos resúmenes y panoramas de ese tiempo, en diferentes áreas científicas y culturales, escritos por muy destacados especialistas. Me parece que, sobre estos y otros parangonables estudios, hay base para constatar en todos estos años el fortalecimiento y extensión de un pensamiento crítico y pluralista frente a la doctrina oficial de la postrera dictadura tecnocrática, con todo lo que esto implica y significa, y el paso enseguida -cabe sintetizar- desde una cultura de la oposición a una cultura de la transición, primero, y de la consolidación de la democracia, después. Ha habido, puede también decirse, a lo largo de todo este proceso un paso correlativo desde aquellas primeras actitudes intelectuales de una mayor y gran politización, preferentemente de izquierda, hacia posturas actuales más despolitizadas: algunas de estas lo son sólo para reclamar, innecesariamente, el cultivo del propio jardín (arte o ciencia), lo cual puede resultar perfectamente legítimo y eficaz; pero otras lo que expresan o encubren, es sin más una cierta, evidente, derechización del pensamiento, un conservadurismo vergonzante.

Tratando de estos temas, o de cualquiera otro, está bien evitar la «obsesión politicista», pero asimismo -yo diría- la «asepsia neoformalista» que huye como de la peste de toda, calificada de obsoleta, implicación social del pensamiento. Teorías, metodologías, filosofías, incluso meta-teorías tienen también que ver, sobre todo en este

campo de las ciencias no naturales, con unas u otras concepciones o prácticas de la política (con mayúscula si se quiere). No me resisto en todo caso a finalizar estas observaciones sobre la España de estos años sin reenviar otra vez a mi escrito «Las ideologías de (sobre) la transición».

35. ¿Por qué los filósofos del derecho más jóvenes de tu círculo manifiestan ese desinterés por la historia del pensamiento español? No será, desde luego, porque tú no hayas insistido en ello.

O tal vez sí, tal vez sea precisamente porque yo he insistido -¡y bastante!- en ello: ya se sabe, primero intentar matar al padre o luego, al menos, funcionar con su tarjeta de crédito (intelectual). Pero, si no me hacen caso, yo me resisto ser o no su padre: ni me dejo matar, ni les dejo la tarjeta sin rechistar. ¡Que se las arreglen como puedan, que ya lo hacen y bien! Además ¿por qué me preguntan a mí sobre eso los encuestadores, sobre ese «desinterés» de los «más jóvenes»? Doctores -y algunos todavía doctorandos- tiene la Santa Madre Analítica que os lo sabrán responder. Como suele contestarse en las entrevistas a ministros de quienes se inquiere por sus colegas del gobierno, es directamente a ellos a quienes habría que interrogar; y en este caso, habría a su vez, que escudriñar a fondo -¿no hay a mano algún psicoanalista argentino?- acerca de esa sospechosa fobia suya hacia la «historia del pensamiento español». ¡Vaya usted a saber lo que aparecería por ahí!

Bueno, ahora en serio (lo anterior tampoco lo es): yo creo que sigue influyendo entre no pocos hispanos el famoso complejo de inferioridad, justificado en ciertos casos por lo demás, también están las provechosas e inviolables leyes del mercado internacional y los rigorosos *standards* para poder llegar a ser hoy un correcto y perfecto *scholar*. Todo esto se refería exclusivamente -no se olvide- a nuestros jóvenes iusfilósofos. Por supuesto que los historiadores nativos y extranjeros, también algunos *seniors* de nuestro gremio, están desde siempre trabajando y bien (lo cual no excluye, desde luego, discrepancias) acerca de ese pensamiento contemporáneo español. Me parece, sin embargo, un grave error que las ciencias sectoriales y las filosofías especiales prescindan de ese enfoque histórico -universal y, en este caso, local- y abandonen su sistemática investigación. Si no hacen ellos (y, tratándose de iusfilósofos, los aludidos en ese «círculo») la historia de su parcela, de su área, incluso de su propia historia, otros vendrán, de fuera o de dentro, que la harán y después, para bien (con envidia) o para mal (con furor), ya no nos podremos quejar. De todos modos, que quede bien claro -ya no tengo tiempo para batallas inútiles- que mi planteamiento es

metodológicamente pluralista y para nada casticista ni, contra la razón, historicista o «comunitarista».

Termino este punto con un par de maldades más: una, para recordar a esos «más jóvenes» reacios a lo español que -como ocurría ante el espejo del cuento- «¡ya no lo son!»; aunque les parezca increíble, ya hay otros más jóvenes que ellos y, lo que es peor, a estos ya no les da repelús (ni corte) ese tipo de investigación con tesis doctorales sobre Tierno, Aranguren, Legaz, González Vicén e, incluso, gente posterior; la segunda, relativa a los encubridores y cómplices encuestadores, a quienes también acuso de un nuevo delito de hispánica ahistoricidad, al darme cuenta ahora de la no inclusión en éste, por lo demás casi exhaustivo, cuestionario de la más mínima referencia, dentro de la historia del gremio, al largo y negro capítulo de aquella serie de siniestras oposiciones universitarias que, como víctimas, yo y algunos más, tuvimos en aquellos tiempos que sufrir y soportar: significativo olvido sobre el cual, sin embargo -ya advertí que era una maldad-, no voy a admitir aquí remodelar preguntas ni para nada una nueva oportunidad, aun a costa de que ello me prive de hablar, bien, de los profesores González Vicén, Delgado Pinto y López Calera.

36. Una pregunta más personal. ¿Por qué has tendido siempre a rehusar los cargos públicos? Suponemos que el compromiso político tendría que haber implicado también que estuvieras dispuesto a asumirlos.

Pues, no; con perdón, suponen mal mis también comprometidos entrevistadores (me refiero a la segunda parte de la cuestión). El compromiso político del intelectual, tanto si se concreta o no en un partido, no tiene porqué llevarle de modo necesario a asumir, ni siquiera transitoriamente, el desempeño directo de cargos públicos; tampoco, por supuesto, a tener por fuerza que rehusarlos. Si todo intelectual con preocupación o compromiso político tuviera sin más que aceptar cargos públicos, se produciría paradójicamente la desaparición, o casi, del intelectual comprometido: lo que quedaría sería, por un lado, intelectuales no comprometidos -también en una variada gama desde la difusa politización al aparente apoliticismo- y, por otro, políticos comprometidos. Me parece, por el contrario, que tal distanciamiento, o incluso tal vacío, no es bueno y que precisamente aquel, el intelectual que mira con más atención hacia la política (en el sentido más noble y, hondo del término, como polis, ciudad, convivencia social y comunidad universal), puede, en sus diferentes graduaciones, servir como vínculo problemático de unión y conexión. Por lo demás, el tal compromiso debe ser siempre crítico, relativo y, en todo momento, revisable.

En mi caso concreto, tal vez también influyó en esa negativa al cargo público lo que señalaba como olvido al final del punto anterior: ya se ve que no era arbitrario que lo echara de menos aquí. En el pasado tuve que dedicar no poco tiempo y esfuerzo (en esos diez años, entre 1964 y 1974) a las famosas agonísticas oposiciones para lograr un puesto de profesor en la Universidad; pero en medio hice otras cosas: libros y «conspiraciones»; fueron años, suelo así decir, de oposiciones y de oposición. Lograda al fin la cátedra, más bien tarde (a los cuarenta años), muy poco antes de la llegada de la democracia, necesitaba esa mayor estabilidad profesional, docente e investigadora, para recuperar lecturas y reorganizar mis tareas allí (cursos, tesis, etc.), así como para revisar y escribir una serie de papeles y trabajos que hasta entonces no había tenido ocasión ni tranquilidad para llevar del todo a buen término. Cuando en el 76-77 surgieron las primeras incitantes propuestas para pasar práctica y profesionalmente a la política, yo me encontraba, pues, metido de hoz y coz en aquella casi recién estrenada actividad, incrementada además con mi retorno definitivo por aquellas fechas a la Universidad Autónoma de Madrid. Luego, en el 82, ante otras muy generosas ofertas que siempre agradeceré, ya tenía plenamente decidido continuar en aquella misma universitaria dirección. De todos modos, he colaborado y ayudado lo que he podido participando, por ejemplo, en campañas electorales de amigos que así me lo pedían o en Comisiones asesoras de todo tipo (empezando por la redactora de la Constitución) y hasta fui varios meses director del «Centro de Estudios Constitucionales», donde cesé a petición propia por incompatibilidad legal (y real) con mi trabajo en la Universidad.

A pesar de todas estas anteriores «racionalizaciones», tengo en seguida que reconocer y señalar que esa mi opción fundamental no ha sido sin embargo tomada desde ningún abstracto y superior sentido del «deber» (¡como si el trabajo político fuese de menor importancia y entidad que el trabajo intelectual!) sino desde instancias más inmediatas y personales y desde condicionantes hasta más biológicos y psicológicos. O sea, que me parece que mis aptitudes, capacidades y posibilidades, mis aficiones y vocaciones (y, a su vez, las carencias de ellas o de otras), así como también el mayor entrenamiento y dedicación empleados en el pasado, van más y con mayor persistencia hacia esas tareas derivadas del estudio, la enseñanza, la escritura y la investigación. Pero, por otro lado, tampoco está tan claro que me interese sólo influir o sugerir y para nada dirigir a organizar: quizás por, eso me sentí, hace tantos años, bastante identificado con aquella tesis que aunaba entender (eso lo primero y, a su vez, después) transformar la realidad.

37. La palabra «discípulo» tiene unas curiosas reglas de uso. En general no la utiliza el verdadero maestro. Son los que han aprendido con él los que se la atribuyen, porque son los únicos que reconocen al maestro. Pero tu caso suele ir más alla. No solo no te reconoces como maestro, sino que mantienes una relación intelectual «incesantemente crítica» con los que se consideran tus discípulos. No hay ocasión en que nos reunamos unos cuantos que no acabe en un debate teórico en el que tú pones de manifiesto tus desacuerdos. ¿Podrías explicar esta actitud intelectual?

¿Qué otra relación intelectual sino esa «incesantemente crítica», del «desacuerdo» y el «debate teórico», se puede mantener con quienes -¡allá ellos!- se consideran, o no, discípulos? Sobre todo cuando tal crítica no implica, en modo alguno, desconocimiento de lo positivo y válido de sus aportaciones; más bien todo lo contrario. Ya he dicho que me gustaría haber escrito yo algunos de sus libros y artículos y saber mucho de lo que ellos saben. Lo que en el fondo creo que persigo con mi actitud no es sólo la movilización y corrección de las posiciones del interlocutor, aunque eso también, sino, de manera más inmediata, provocar su respuesta y, así, avanzar yo mismo. Trato mal a los discípulos, ya lo sé, pero es porque los considero desde el principio como mayores de edad, que lo son, también desde el punto de vista intelectual: gentes sabias y orgullosas -y, encima, jóvenes- con quienes no se debe tener ninguna piedad.

Me parece que los mayores riesgos de esa supuesta y dinámica relación maestro-discípulo y, en definitiva, de todo grupo de trabajo son, precisamente y a la vez, la escolástica (repetición y seguidismo formal) y el autismo (incomunicación y aislamiento sectorial): para los dos, pienso que esa «incesante crítica» sea la mejor solución. De todos modos -esto lo digo absolutamente de verdad- nunca he visto ni practicado la relación intelectual como algo sólo bilateral y, menos aún, unilateralmente vertical (tampoco con los que yo considero -Bobbio, Tierno y demás- como mis propios buenos maestros), sino mucho mejor como una «totalidad» de plurales interrelaciones en una, mayor o menor, abierta comunidad: allí todo el mundo -¡aunque no por igual!- tiene algo que aportar. Así, por lo menos, es como a mí me gusta funcionar y trabajar.

En realidad, todos somos discípulos -la muerte o la vejez es dejar de aprender, o de tener interés por saber- y, a la vez, irremediablemente maestros: alguien habrá, o podrá haber, que se fije en algo que uno ha dicho, hecho o escrito. Los mayores aprendemos de esos odiosos jóvenes que, como uno *in illo tempore*, todo lo saben y todo lo leen: y luego están, por edad, esos seres extraños, bifrontes e intermedios, como mis dos catedráticos entrevistadores, que a toda

costa quieren prolongar su juventud atacándome a mí como maestro y echándome encima -en los dos sentidos de la expresión- a quienes en verdad (en falsedad) son ya sus propios, inevitables, discípulos. Pero todo eso, y mucho más, cabe dentro de nuestra plural y no «comunitarista» comunidad.

38. Uno de esos desacuerdos podría ser el del pensamiento anglosajón. La mayoría de tus discípulos asumimos hoy que la filosofía jurídica, moral y política anglosajona contemporánea no sólo es ineludible, sino que es el núcleo más válido de ese pensamiento. Tú, sin embargo, pareces siempre reticente ante eso. ¿Cuál es la razón?

Absolutely not! Antes de cualquier razón o explicación acerca de esas supuestas reticencias mías, que no son sino pura calumnia y difamación imagino que de algunos de mis colegas con el deliberado propósito de arruinar mi reputación dentro y fuera de la filosofía jurídica, política y moral (e incluso social) tanto a nivel nacional como internacional, quisiera hacer constar aquí, con mi total e inquebrantable adhesión, que -lo diré en la lengua del Imperio (así me entenderán allá)- *my faith in North American Philosophy is, and has always been, devout and utterly unquestionable!*

A su vez, tengo que hacer aquí, sin embargo, mi propia autocrítica: al menos, en tres cuestiones fundamentales. Confieso para empezar que entre esos alegados discípulos, y aunque sin atentar nunca a los serios derechos de tal supuesta «mayoría» (natural o moral), he procurado introducir y potenciar también perspectivas plurales frente a cualquier intento de monocorde absolutización, así, con la realización de tesis doctorales -sería larga la lista de sus autores- sobre filósofos alemanes, franceses, italianos, incluso latinoamericanos y -¡perdóneseme!- hasta españoles: Gadamer, recuerdo, ha señalado que esto último es lo que prioritariamente nos correspondería hacer. Reconozco igualmente, en segundo lugar, que en algunos momentos he subrayado con insistencia, y con razones y documentaciones, la necesidad de no desconocer los orígenes, antecedentes, conexiones e implicaciones que tal o cual nueva tendencia o polémica del panorama norteamericano actual haya podido tener en la historia intelectual o política de estos o aquellos países europeos o de otras diferentes culturas. Finalmente, dentro de esa genérica metodología por la contextualización, también tendría que acusarme de mi propensión a no aislar el pensamiento, y la teoría, de la realidad, de la práctica política y social; pero admito que esto puede llevar a no igualar, ni confundir, desde la neutralidad formal a todas esas teorías, ni tampoco a irresponsabilizar a algunas de ellas por su relación e, incluso, coherencia

con el conjunto de aquel «establecimiento», tanto en sus repercusiones internas como de política exterior.

Siendo esto así, ¿se me podrá disculpar que, acá o allá, de ese pensamiento anglosajón yo me haya críticamente inspirado en gentes, pongo por caso, como Russell o Keynes, Wright Mills o Chomsky, y que en filosofía ética y jurídica tenga también en cuenta a Hart, Dworkin o Rawls? Hace tiempo, yo fui durante un curso (1969-1970) profesor en la Universidad de Pittsburgh; de esos meses, y de otras más breves visitas allá, guardo recuerdos muy entrañables y esperanzados sobre personas y cosas de esa otra América común, de un pensamiento más de izquierdas que el tópico oficial, de un país más liberal y democrático de verdad.

39. Y por último, un componente evidente de tu personalidad intelectual. Tienes la misma inclinación en favor de la crítica que en contra de las rupturas. En el debate intelectual eres siempre un rival muy poco acomodaticio y muy poco incómodo. ¿De dónde viene esta rara virtud?

Contesto a esto -por ser ya la anteúltima introspección-, saludo con sincera y profunda gratitud a los eminentes doctores Laporta y Ruiz Miguel y me levanto (¿definitivamente?) del psicoanalítico y agotador diván. «En favor de la crítica, en contra de las rupturas»: me parece bien, si por ruptura se entiende violencia y agresividad, pero recuerdo que personalmente yo también rompí desde el principio con la dictadura (y sus acólitos en la Universidad) y me fui a colaborar con la democrática oposición: nada, pues, de pactos, mediación y acomodación con quienes en aquellos tiempos nos negaban, por lo demás, el pan y la sal (de la vida intelectual). Añadiré, para presumir de duro y feroz, que tampoco en la democracia me llevo con todos absolutamente bien.

También acepto -¿cómo no?- ese ingenioso y elegante juego de palabras de los entrevistadores de ser yo «un rival muy poco acomodaticio y muy poco incómodo». Que «¿de dónde viene esta rara virtud?». Esto sí que no lo sé: supongo que, como todo, de la química y de la voluntad; pero ni sé si es virtud, ni sé si aquello es del todo verdad. En no pocas ocasiones me he encontrado con que los no extremosos moderados somos en el fondo los más odiados; hay gente que se enfurece ante la contención, el matiz y la comprensión: «esos son los peores», se les oye con frecuencia gritar. Pero yo, desde luego, no me encuentro nada cómodo ni feliz ante esa, a veces, insospechada enemistad que ahora o explota cuando uno menos se lo espera.

En un plano por fortuna mucho menos dramático, ahora sé, por ejemplo, que algunos colegas iusfilósofos están incomodados o enfadados

conmigo por un papel, un folio no más, que escribí y difundí internamente entre gentes del gremio hace algún tiempo y en el que (medio en broma, medio en serio) sintetizaba y diferenciaba una serie de tendencias teórico-políticas en el seno de la Filosofía del Derecho española actual. Cómo circularon versiones apócrifas y con adscripción de nombres propios -cosa que yo nunca hice-, cómo además ya se ha aludido a él de forma simpática pero maniquea en un libro serio, con introducción irreflexiva, del amigo Luis García San Miguel, creo que lo mejor es aprovechar estas contestaciones informales para darlo a la imprenta por primera vez. Las tales escuelas y tendencias, a las que se ha incorporado alguna pequeña modificación a la primera versión -así la apertura del grupo cuatro en el que, constato, casi todos se quieren meter- e, insisto, sin pretender a nadie etiquetar ni ofender, eran, son, las que van recogidas en el cuadro que figura al final de estas contestaciones, en página especial (no se olvide, por favor, el componente lúdico que, espero, los graves y severos iusfilósofos me sabrán perdonar).

40. Una última pregunta. La puedes tomar a beneficio de inventario. ¿Que es hoy ser de izquierdas?

¿Cómo qué «a beneficio de inventario»? ¿Para qué, entonces, todo lo anterior? Tampoco pretendo escindir y repartir el mundo en dos, derechas e izquierdas, de manera esencialista, binaria y maniquea: malos y buenos, absolutamente incomunicados entre sí, inconfundibles -como ocurría antes con los arquetipos del «rojo» y el «carca»- al primer golpe de vista. Todas estas calificaciones se dan siempre dentro de un proceso histórico-real incluso de expresión cuantitativa pero no inamovible ni unidimensional. En nuestros días los conflictos sociales se han hecho más complejos, no encierran sólo diferencias económicas y de clase sino también de etnias, de sexo, de edad, de cultura, de minorías marginadas por otras muy diversas, y hasta opuestas, sinrazones. Por otro lado, en ciertas áreas geográficas (España, incluida) algunos de esos conflictos tradicionales han visto reducidas sus distancias, sus tensiones y su dramatismo, aunque otros más o menos nuevos enfrentamientos hayan aparecido o reforzado su presencia.

Todo es hoy más difícil, mucho más difícil. Pero nada de eso autoriza el simplismo de unir, fundir y confundir a la derecha y a la izquierda, a las filosofías reaccionarias (ni a las conservadoras), más defensoras de viejos órdenes, con las filosofías de la razón crítica, más impulsoras de los derechos humanos -libertad, igualdad, solidaridad- y de las éticas laicas, más identificadas con los avances científicos y las propuestas de transformación social. Y lo mismo, *mutatis*

mutandis, ocurre con la política. Por lo general es la derecha quien niega la diferencia, quien tiene más interés en indefinir, ocultar y contaminar tales plurales y graduales dimensiones, quien se empecina, en definitiva, en hacer creer que ya no existen derechas e izquierdas. Pero, a pesar de aquellas mayores dificultades actuales para diferenciar, a pesar del «achique de espacios», e incluso, en los últimos tiempos, de una cierta derechización de la izquierda, sigue siendo verdad que no todo es igual, desde luego, ni todo vale por igual: aunque repito que habrá siempre que esforzarse por la no demonización de lo ajeno ni la deificación de lo propio. Las menores o aparentes pequeñas diferencias pueden ser, de hecho son, en muchos casos, absolutamente decisivas *(small is beautifull)*. Hay y debe haber, también, diferencias en el enfoque de la economía y de la macroeconomía a escala mundial entre las políticas de la izquierda y de la derecha, como -en un plano tal vez más inmediato- las hay y debe haberlas, sin duda, ante problemas sociales, culturales, de libertades personales que son de la máxima importancia hoy para una convivencia plural, laica, con respeto a las minorías, con solidaridad e igual atención a las necesidades básicas y a los derechos fundamentales de todos.

Derechas e izquierdas fue el título precisamente de un artículo mío publicado en el diario «El Sol» de Madrid en abril de 1991, artículo que por cierto ha tenido el muy alto honor de ser citado y resumido por Norberto Bobbio en su último libro *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*. Allí, en aquel escrito, complementando cosas similares a las aquí resumidas, venía a indicar yo -con talante, creo, bastante realista y moderado- algunas no fijas ni exhaustivas señas de identidad de la izquierda que, revisadas, quizás valga la pena volver ahora a reconsiderar: así entre otras -comenzando por las que derivan de la «participación en los resultados»-, una mayor predisposición para políticas económicas redistributivas y de nivelación proporcional, basadas más -y más de lo que ha sido habitual- en el trabajo que en el capital; de modo similar, un mayor aprecio en la organización social hacia lo público y común y no sólo, egoísta o elitistamente, hacia lo privado e individual; más alta prevalencia de los valores de cooperación y colaboración sobre los de confrontación y competición, sin negar tampoco a éstos su legitimidad; más atención al diálogo con los sindicatos y los nuevos movimientos sociales, éstos con sus demandas ecologistas, pacifistas, feministas, antirracistas, etcétera; preocupación por la efectiva realización, y no la sola declaración, de los derechos humanos, muy en especial de grupos marginados y más desfavorecidos, infancia, tercera edad, inmigrantes, etcétera; insistencia en la prioridad de dar cumplida satisfacción para todos a necesidades básicas como son las

de buena sanidad, escuela, vivienda, trabajo, jubilación, etcétera; mayor sensibilidad y amistad internacional hacia los pueblos de las áreas pobres, dependientes y deprimidas; autonomía de la libre voluntad y del debate racional -pasando ya a la «participación en las decisiones»- tanto para establecer políticas mayoritarias y democráticas como para construir éticas críticas y en transformación, no impuestas por argumentos de autoridad o por dogmas de organizaciones religiosas dotadas además de un carácter carismático y/o tradicional. Como se ve, igual libertad y liberación real.

Alguien, sin duda, me discutirá o me negará que esa sea la izquierda «de verdad». Antonio García Santesmases -espero- me defenderá. En cualquier caso, yo no he pretendido el monopolio de tal verdad, ni siquiera el *copyright* de originalidad, al enunciar ahora estas plurales y revisables señas de identidad. Lo que quería era más bien poder contribuir con alguna idea o aportación válida al debate abierto precisamente en el seno hoy de tal izquierda. Yo veo a ésta -ya se habló de ello aquí con anterioridad- como síntesis constructiva de la socialdemocracia, y su trabajo en las instituciones del Estado social y democrático de Derecho, con las mejores aportaciones libertarias, en nuestros días representadas por esos nuevos movimientos sociales y sus demandas de fondo para una mayor, real, autonomía moral, universal, contando con el entorno físico, material, y con la libre ilustrada autodeterminación personal. De esa izquierda es de la que he dicho -y así lo creo- que tiene más futuro que pasado (con ser éste ya muy importante), que, contra el tópico de moda, aquella posee en definitiva mucho más potencial, teórico y práctico, que la derecha para afrontar con buen futuro, justo y eficaz, los problemas planteados en el mundo actual. Por ahí, al menos, es por donde yo querría poder seguir trabajando algunos, muchos, años más.

UNA CLASIFICACIÓN DESENFADADA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN ESPAÑA: ESCUELAS Y TENDENCIAS

Denominación de origen	Son/representan	Línea ideológico-política	Sede social
1. Tiranía y Cía.	La reacción	Tradicionalismo/ Totalitarismo	El Pardo
2. Opus /Opas	El dogma	Conservadores	Vaticano 1.º (y Camino de Torreciudad)
3. Moros y cristianos	La ley natural	Democracia-cristiana	Vaticano 2.º derecha
4. Raros e irreales	El caos (dentro del orden)	Apolíticos (Dícense)	Doquier Quartier
5. Doxa-Tossa	El mercado (y su análisis)	Liberales (plurales)	Tossa de Mar: Apartamentos «Prima Facie» (muy bien amueblados)
6. Sistema (abierto)	El Estado (y su crítica)	Social-demócratas	Suresnes (Villa «El olmo viejo»)
7. Mientras tanto/Entresueños	Los movimientos sociales (y su dialéctica)	Marxistas/Libertarios	Paseo de las Acracias, s/n.

DOXA 15-16 (1994)

EL FUNDAMENTO DE LA DEMOCRACIA EN LA OBRA DE ELÍAS DÍAZ

El término que con más acierto define la personalidad de Elías Díaz es, sin duda, el de demócrata. Tanto su producción intelectual, como su biografía personal, atestiguan que la lucha por la democracia ha sido en él una pasión arraigada y permanente. Y ello tanto contra las dictaduras de uno y otro signo, como contra el riesgo de un individualismo extremo, propenso a inmunizar excesivamente al individuo contra el poder de decisión de las mayorías. Y digo la democracia más que el socialismo porque el socialismo, para Elías Díaz, es impensable sin la democracia. Más aún, el socialismo, bien entendido, resulta a la postre idéntico con la democracia, siempre que ésta no sea vaciada de significado al hacerla coincidir con unos mínimos procedimientos formales de decisión sin los imprescindibles referentes económico-sociales.

Ha sido la suya una pasión contra el franquismo. Él es uno de los que supieron defender con los mejores argumentos filosófico-jurídicos el Estado democrático en nuestro país en tiempos de la dictadura. Su libro *Estado de derecho y sociedad democrática* (Madrid, 1966) ha inspirado la teoría y la práctica de varias generaciones de españoles. Ha sido también una pasión contra el marxismo de cuño leninista, tendente a ignorar la virtualidad de las instituciones del Estado representativo y a abandonar las libertades democráticas en el proceso de construcción del socialismo. Su libro *De la maldad estatal y la soberanía popular* (Madrid, 1984), si bien continúa defendiendo la racionalidad del Estado democrático frente a posiciones iusnaturalistas que mantienen una idea de la justicia sustraída a las decisiones políticas, amplía sus objetivos apuntando hacia la izquierda para afirmar la necesidad de la democracia en el empeño de construir una sociedad más libre y solidaria. Y ha sido una pasión contra un individualismo de corte ácrata o elitista, que le ha salido al paso en su defensa de una concepción democrática *(política)*

de la legitimidad con el estandarte de la *ética* kantiana, y al que ha tenido que enfrentarse afinando sus argumentos acerca de una teoría crítica de la justicia, en la que la democracia y la regla de la mayoría siguen jugando un papel imprescindible. En esta ocasión, su libro *Ética contra política. Los intelectuales y el poder* (Madrid, 1990) contiene, junto a posiciones antiguas, una renovada insistencia en conectar la política con la ética, en dotar a la política (democrática) de valor ético, y en dotar a la ética de connotaciones explícitamente democráticas.

Defender la democracia contra formas autoritarias de organización política puede parecer fácil. Las razones de la democracia contra las dictaduras políticas son, en las sociedades avanzadas, generalmente convincentes, al menos las razones de orden práctico que ponen de relieve las ventajas que para el bienestar del individuo y el progreso económico-social representa un régimen político pluralista y dinámico, que aprovecha mejor que ningún otro las potencialidades sociales, y que resuelve los conflictos y se renueva con normalidad fisiológica. A pesar de la tesis de la ingobernabilidad de las sociedades democráticas, se reconoce el potencial estabilizador de los procesos de decisión política de carácter representativo, en los que la participación popular mediada a través de multitud de mecanismos, y los controles formales e informales de la acción de gobierno aseguran la lealtad de las masas y la reproducción del sistema. En definitiva, se reconoce normalmente la capacidad de la democracia para dotar de *legitimación* al orden jurídico-político existente.

No son tan convincentes, en cambio, las razones éticas de la democracia, y defenderla como una instancia de *legitimidad*, cuyas decisiones son moralmente vinculantes, es una tarea ardua que exige rebatir las pretensiones siempre reiteradas de una idea objetiva de justicia, sea bajo el ropaje de una u otra filosofía acerca de los valores que valen incondicionalmente, sea bajo el ropaje de un liberalismo exacerbado, que exalta los derechos del individuo como un límite inexpugnable e inaccesible a la soberanía popular.

Conjugar la democracia con los valores, y, sobre todo, con la libertad individual, es el eterno problema de la teoría (y de la práctica) democráticas. Elías Díaz aborda este problema de manera resuelta y decidida, y aunque no responde a la infinidad de cuestiones que encierra, sí que nos ha enseñado -y no es poco- a plantearlo correctamente a fin de poder enmarcar y resolver de manera plausible la multitud de sus aspectos. Me gustaría poner de relieve cómo intenta superar las dificultades que toda teoría de la democracia presenta para la legitimidad del derecho, fundamentalmente la tensión entre la soberanía popular y la defensa de unos valores o derechos fundamentales que para muchos son la base incuestionable de la legitimidad jurídica.

I

Es frecuente oponer a una concepción de la legitimidad del poder vinculada a su origen, una concepción distinta de la legitimidad, acreditada mediante su ejercicio. En el trasfondo de esta oposición se encuentra la creencia en una idea objetiva de la moralidad y de la justicia, independiente de las decisiones y de las representaciones humanas. En el contractualismo clásico podemos observar el desarrollo de esta doble concepción de la legitimidad. Los clásicos estaban convencidos de que la soberanía popular era el camino más directo hacia la justicia, pero no todos coincidían en la manera de emprender ese camino. Los iusnaturalistas creían que la naturaleza señalaba los preceptos que había que seguir para actuar justamente, y creían también que la razón, sin prejuicios, podía descubrirlos. Naturaleza y razón son los pivotes sobre los que gira toda la construcción del iusnaturalismo clásico. Si la justicia es dar a cada uno sus derechos, basta con asegurar que la ley los consagre como derechos efectivamente vinculantes e inalienables, y que el poder público quede sometido a los suficientes controles para garantizar que no cometerá abusos o que éstos serán castigados. Así, en Locke la legitimidad de origen queda sometida a la legitimidad de ejercicio. El consentimiento que prestan los ciudadanos al gobierno se encuentra encaminado a asegurar el disfrute de los derechos que poseen como hombres en el estado de naturaleza. Por ello el poder legislativo está sometido a las restricciones procedentes de la ley natural. El Estado es antes un Estado de derecho que un Estado democrático. La fragmentación del poder, la posibilidad de su revocación por parte del pueblo, la representación política, etc., son las mejores cautelas que pueden instaurarse para asegurar la justicia natural.

En Rousseau, en cambio, ya no se trata tanto de garantizar que las leyes reflejen la justicia natural (al menos en el Rousseau del *Contrato social*) como de hacer que en el estado social la voluntad de todos se oriente hacia el interés general convirtiéndose en voluntad general. La legitimidad de origen es al mismo tiempo legitimidad de ejercicio. La voluntad general es, por definición, justa, porque por definición refleja el interés general de la sociedad. Claro que esto no ocurre incondicionalmente, porque para que dicha voluntad general surja han de darse determinadas circunstancias (el amor a la patria, el interés por los asuntos públicos, la igualdad entre los ciudadanos). Pero propiamente no hay límites incuestionables que la voluntad general no pueda tocar. No hay dogmas ni valores superiores que puedan oponérsele. Lo que goza de validez incondicionada es la voluntad misma como manifestación de la libertad ejercida en común.

Basten estas breves alusiones para recordar cómo la lógica liberal es distinta de la lógica democrática. El liberalismo se ha preocupado siempre de mantener a salvo los derechos individuales como garantías para la salvaguarda de un ámbito privado, previo a la constitución del Estado y a salvo de la decisión de los demás, considerada como amenazadora y potencialmente opresiva. J. S. Mill, en la línea de Locke, concibe las libertades como un baluarte para la defensa del individuo contra las posibles injerencias de la sociedad. Lo que se ha dado en llamar libertad negativa es anterior a la libertad positiva, los derechos del individuo son previos a los derechos del ciudadano. Por eso la participación política es secundaria y encuentra siempre el muro infranqueable de los derechos naturales del hombre.

Hoy día los derechos naturales del hombre se han convertido en derechos humanos, derechos morales, o simplemente derechos. Estos siguen concibiéndose frecuentemente como atributos del individuo independientes del Estado, cuya garantía en forma de derechos subjetivos dotaría de legitimidad al orden jurídico y serviría para limitar y controlar la acción del poder, incluso la del poder democrático.

Entre nosotros esta postura está representada, de forma característica, por Eusebio Fernández. Eusebio Fernández entiende que la legitimidad del orden jurídico-político tiene un doble fundamento: contractual y iusnaturalista, o democrático y moral. Según él, el hecho de que los ciudadanos, directa o indirectamente, presten su consentimiento a las leyes no las hace sin más justas. Es preciso que quien elabora las leyes respete los contenidos vinculantes representados por los derechos humanos fundamentales. Estos derechos, de carácter moral, son previos al sistema democrático y tienen «prioridad axiológica» sobre la democracia[1]. La democracia es una condición necesaria de la legitimidad, pero no es una condición suficiente de ella. Es una condición necesaria porque, sobre todo, expresa el respeto de «los valores y principios éticos de autonomía individual, libertad e igualdad»[2], siendo por eso mismo un «hecho moral»; y, además, porque es el marco que sirve, mejor que ninguna otra alternativa, «para articular, regular y modelar en instituciones sociales, políticas y jurídicas esos principios y valores de una forma racional y universalizable»[3]. Pero no es una condición suficiente porque no todas las decisiones colectivas que se producen con base en esa autonomía individual, libertad e igualdad son forzosamente justas. Así, sería injusta

---

[1] *La obediencia al Derecho,* Madrid, Ed. Civitas, 1987, pág. 176.

[2] *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Ed. Debate, 1984, pág. 198. *La obediencia al derecho,* cit., pág. 138.

[3] *Teoría de la justicia y derechos humanos*, cit., pág. 199. *La obediencia al derecho,* cit., pág. 139.

cualquier decisión democrática que atentase contra los «derechos morales» de las personas. A su vez, el fundamento de tales derechos morales, o derechos humanos, «debe ser buscado en los valores morales que los justifican y sirven para reivindicarlos, los cuales responden y son una «abstracción» (si se me permite el término) de una dimensión antropológica básica, constituida por las necesidades humanas más fundamentales y radicales para una existencia digna»[4].

No puedo realizar en este contexto otras precisiones que serían necesarias para calibrar en toda su amplitud el sentido de estas afirmaciones. Sin embargo, lo que me interesa destacar es que aquí asistimos a una duplicidad innecesaria del principio de legitimidad. Si legítima es una decisión que merece el reconocimiento de todos los afectados por ella, no hay nada legítimo previamente al proceso en el que se dilucida si algo es merecedor de reconocimiento. Con anterioridad a ese proceso sólo puede haber propuestas más o menos personales o subjetivas, que sólo adquirirán la condición de legítimas cuando se acrediten como merecedoras de reconocimiento general. La democracia no es otra cosa sino ese proceso intersubjetivo de debate y decisión acerca de lo que merece reconocimiento. Por eso la democracia es la única fuente de legitimidad[5].

Desde este punto de vista, se puede estar de acuerdo en que los derechos limitan la democracia, pero en cuanto derechos democráticos, es decir, como una consecuencia lógica de la aceptación del principio democrático, ya que son el presupuesto imprescindible para una realización equitativa, genuina o auténtica, de ese proceso intersubjetivo de debate y decisión acerca de los asuntos de interés general en que consiste la democracia. Ésta no puede entenderse simplemente como el mejor marco para la realización de los derechos humanos, de unos derechos humanos previos anclados en una

---

[4] *Estudios de ética jurídica,* Madrid, Ed. Debate, 1990, pág. 68. El fundamento de los derechos humanos en las necesidades es compartido por muchos. Con ello se pretende superar el idealismo de ciertas propuestas fundamentadoras basadas en una filosofía de los valores de carácter intuitivo. Véase el documentado libro de A. E. Pérez Luño: *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución,* Madrid, Ed. Tecnos, 1986 (2.ª ed.) esp. págs. 132 y ss. Pérez Luño propugna, a su vez, una fundamentación de los derechos humanos «a partir de la experiencia de las necesidades humanas», que para él es una experiencia mediada intersubjetivamente. Un panorama sobre la concepción del fundamento de los derechos humanos en nuestro país lo ofrece el volumen de J. Muguerza y otros: *El fundamento de los derechos humanos,* Madrid, Ed. Debate, 1989. Más recientemente, sobre la relación entre las necesidades y los derechos, ver M.ª José Añón Roig: *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación,* Madrid, C. E. C., 1994.

[5] Roberto Vernengo advierte en Eusebio Fernández un dualismo típicamente platónico, en el que percibe (quizá exageradamente) consecuencias políticas fatales para la democracia («Los derechos humanos y sus fundamentos éticos», en J. Muguerza y otros: *El fundamento de los derechos humanos*, cit., págs. 327 y ss.).

concepción objetiva de la naturaleza humana. Ninguna idea acerca de las necesidades humanas que deben ser satisfechas, o acerca de los intereses que deben ser atendibles, puede valer incondicionalmente fuera de lo que resulte aceptable por parte de todos los que manifiesten necesidades o aleguen intereses.

Puede haber derechos que se consideren fundamentales como resultado del debate en torno a necesidades básicas o intereses vitales, es decir, como cristalización del acuerdo al que lleguen los afectados en un momento dado, y que, obviamente, tendrán un carácter contingente y variable en función de las circunstancias históricas en que se produzca el debate y el acuerdo. Pero más importantes que esos derechos son aquéllos que deben ser forzosamente aceptados con la aceptación del principio de legitimidad democrática. Esta última categoría de derechos, ni vienen dados *a priori* por una u otra concepción de la naturaleza humana, ni tampoco son dependientes de una decisión adoptada intersubjetivamente a lo largo de la historia. Más bien son estructural y funcionalmente necesarios desde el punto de vista de la democracia, cuyo sentido coincidiría precisamente con el respeto de tales derechos.

Esto es lo que ha sabido ver Elías Díaz. En su defensa del principio de legitimidad democrática, Elías Díaz tiene que rebatir las objeciones de los que alegan que por encima de la soberanía popular y del criterio de decisión por mayoría, existe un «prius» axiológico que vincularía objetivamente la decisión de la voluntad humana y le asignaría unos límites infranqueables. Resumiendo sus argumentaciones, dice literalmente: «*Por su propia lógica interna,* la regla de decisión de las mayorías, incluso convertida en ley, no puede, entre otras cosas: a) ni suprimir físicamente al discrepante (o al no discrepante); b) ni prohibir la libertad crítica y de pública expresión de ideas, opiniones y juicios; c) ni negar a los ciudadanos la participación política en comicios y libres periódicas elecciones. Al contrario, deberá potenciar muy positivamente tales cualidades y libertades. Repito, éstas básicamente -con diferente calificación-, y d) otras exigencias a ellas íntimamente vinculadas -seguridad, paz, igualdad, etc.- no constituyen un «prius» ni un límite que se imponga desde fuera a la soberanía popular; constituyen *exigencias lógicas internas* de la regla de decisión mayoritaria, de la soberanía popular y de la propia legitimidad democrática. Y de ellas derivan, con ese mismo carácter, e) otros importantes derechos fundamentales que forman parte y dan pleno sentido a lo que hoy sería una teoría crítica de la justicia»[6].

---

[6] *De la maldad estatal y la soberanía popular,* Madrid, Ed. Debate, 1984, pág, 142, subrayado mío. Véase también, en este mismo sentido, Luis Prieto: «La democracia es un 'prius' sin el que resulta inviable plantearse siquiera la virtualidad de

Por supuesto, la institucionalización de los procedimientos y criterios de debate y decisión democráticos no cancela la pregunta por la justicia. Siempre es posible, en el seno de una sociedad y de un Estado aceptables generalmente por su carácter democrático, cuestionar la justicia de una acción o de una norma. Las decisiones de una determinada democracia política pueden ser calificadas como injustas. Ahora bien, no desde una concepción de la justicia situada fuera del debate y de la decisión humanas. Si se pretende huir de una concepción dogmática de la justicia, ésta sólo puede ser entendida como el resultado de un proceso de decisión idealmente democrático, en el que se llegase a un acuerdo suscrito por todos los potencialmente afectados. De esta forma, se puede decir que una decisión adoptada en unas determinadas instituciones democráticas es injusta por ser insuficientemente democrática, es decir, por haber sido adoptada sin la participación equitativa (en libertad e igualdad) de todos los afectados o de aquellos que hayan podido defender equitativamente sus intereses. De nuevo, Elías Díaz: «Habría, por de pronto, que señalar que la justicia, y algunas razones válidas para ella, encuentran su más firme apoyatura y hasta fundamento precisamente en la constatación de las insuficiencias que en la realización de esos proclamados valores de libertad e igualdad se muestran con gran frecuencia en los concretos sistemas históricos de legalidad y de legitimidad, incluido, por supuesto -aunque sea el mejor de ellos-, en el de carácter democrático»[7].

Quien pretenda convencer a otros de la injusticia de una decisión tendría que demostrar en principio que tal decisión no habría sido adoptada por un observador imparcial que tuviese un conocimiento suficiente de las necesidades e intereses en litigio. Lo cual equivale a demostrar que no habría sido adoptada si todos los afectados hubiesen podido intervenir públicamente con argumentos a favor o en contra de ella, en plenas condiciones de libertad e igualdad. Se supone que en tales condiciones sólo se impondrían las mejores razones, y no prosperarían los intereses privativos de nadie. Pero como demostrar tal cosa es imposible, la afirmación de la injusticia de una decisión sólo podrá hacerse a título hipotético, de la misma manera que sólo puede hacerse a título hipotético la afirmación de que un

---

los derechos, y las libertades representan una condición de la existencia misma de la democracia. No es que sean anteriores en el sentido iusnaturalista, sino que se hallan en la estructura de todo posible consenso, como creo que confirma la propia experiencia histórica» («Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas», en *Anuario de Derechos Humanos,* nº 4, 1987, págs. 291 y ss., pág. 311).

[7] *Ética contra política. Los intelectuales y el poder,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pág. 54.

observador imparcial habría adoptado una decisión diferente a la que se reprueba como injusta.

Sin embargo, siempre es posible señalar las deficiencias concretas que lastran los procedimientos políticos de debate y decisión, cuando se han institucionalizado históricamente. Esto es lo que no puede hacer ninguna decisión, por muy mayoritaria o unánime que sea: vulnerar las condiciones estructurales de los procedimientos democráticos de decisión. Tales condiciones estructurales no deben entenderse en un sentido estrecho, sino que incluyen todos aquellos factores que hacen que todos los afectados por una decisión puedan participar con igual autonomía en su justificación. Esos factores se dan tanto en el ámbito de la vida política como en el ámbito de la vida social, tanto en la esfera pública como en la esfera privada, tanto en lo que afecta al ciudadano, como en lo que afecta al individuo. Por eso el catálogo de los derechos democráticos es amplio, y su justificación como derechos fundamentales no queda limitada a los que posibilitan la participación política en sentido estricto. «Pero yo no veo a la libertad negativa escindida de la libertad positiva. Sin dejar de reconocer la necesidad de otras posteriores concreciones, lo que quiero ahora resaltar es que la zona donde los otros no pueden, no deben, entrar (libertad negativa) deriva y debe sustancialmente derivar, coincide más bien, con la misma raíz de la que procede la autonomía de la voluntad individual (libertad positiva): es decir, la dignidad ética de la persona, o como quiera llamársele, la autonomía moral, el factor diferencial del ser humano (razón, voluntad, libertad), la capacidad de autoconciencia (relativa, desde luego) y la consiguiente necesidad de decidir por uno mismo y todos juntos por la colectividad»[8].

Es esta una concepción análoga a la sostenida por J. Habermas, quien afirma que ambos tipos de derechos, los de la autonomía pública y los de la autonomía privada, son cooriginales y de igual peso. Y lo son porque ambos son esenciales para el proceso político democrático. También para él existe una conexión interna entre la soberanía popular y los derechos humanos, consistente en el hecho de que los derechos humanos proporcionan precisamente las condiciones bajo las cuales pueden ser institucionalizadas legalmente las diferentes formas de comunicación necesarias para una creación del derecho políticamente autónoma. Estas condiciones no son restricciones a la soberanía popular, sino precisamente condiciones que hacen posible su ejercicio: «La substancia de los derechos humanos reside en las condiciones formales para la institucionalización jurídica de aquellos procesos discursivos de formación de la opinión y de

[8] *Ética contra política,* cit., págs. 42-43.

la voluntad en los que la soberanía del pueblo adquiere forma jurídica»[9].

Con base en todos estos argumentos es como Elías Díaz conecta la política con la ética: a través de la conexión entre una concepción democrática de la legitimidad y una teoría también democrática de la justicia. La legitimidad, que es un concepto político, se prolonga en la justicia, que es un concepto ético. La política se prolonga en la ética, y tiene que acreditarse finalmente en ella, pero la ética no puede ser concebida si no es con una naturaleza intersubjetiva, discursiva o, lo que es lo mismo, genuinamente democrática[10].

En esta misma línea, hablar de «Estado democrático de derecho» no es más que expresar una redundancia. No puede haber democracia sin derechos, ni derechos sin democracia. Es decir, no puede organizarse un procedimiento de debate y decisión en el que intervengan todos los afectados, si no se asegura su participación o representación a través de la institucionalización de los correspondientes derechos y libertades. Y no se pueden institucionalizar derechos que no sean el resultado final o el requisito previo de tal procedimiento.

Luigi Ferrajoli ha elaborado una articulación del Estado democrático de derecho en la que disocia ambos elementos en una doble concepción, procedimental y sustancial, del Estado legítimo. Su versión del garantismo en *Diritto e ragione* prolonga la tradición iusnaturalista y contractualista del liberalismo clásico. Para Ferrajoli el garantismo proporciona las nociones claves para asegurar la protección de los bienes e intereses básicos de las personas. En su interpretación liberal, estos bienes o intereses tienen un carácter prejurídico y externo al orden estatal, aunque a diferencia del iusnaturalismo clásico son convencionales e históricamente variables. Pero constituyen la razón de ser del Estado, justifican su existencia y orientan su actividad. Su consagración en el ordenamiento jurídico como derechos fundamentales permite hablar de Estado de derecho. «Está claro que una vez reconocida su naturaleza de principios axiológicos de justificación del Estado, ellos no son fundados, sino fundantes; pero lo son no ya en cuanto normas o, lo que es peor, en cuanto situaciones de derecho natural, sino precisamente en cuanto principios ético-políticos externos, privados de fundamentos porque ellos mismos son fundamentos y fruto no de normas jurídicas, sino de opciones o convenciones»[11].

---

[9] *Faktizität und Geltung,* Francfort, Ed. Suhrkamp, 1992, pág. 135. También, casi con el mismo tenor literal, en «Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and Republican Versions», en *Ratio Iuris,* vol. 7, nº 1, 1994, págs. 1 y ss., pág. 13.

[10] *Ética contra política,* cit., págs. 17 y ss.

[11] *Diritto e ragione. Teoria del garantisino penale,* Roma-Bari, Ed. Laterza. 1989, pág. 957.

Hay una diferencia entre Estado de derecho y democracia política. La democracia hace referencia al origen y al procedimiento de las decisiones, a la pregunta sobre *quién* puede y *cómo* se debe decidir. El Estado de derecho hace referencia, en cambio, a la pregunta acerca de *qué cosa* se debe o no se debe decidir[12]. En este sentido, los derechos aparecen como un sistema de límites sustanciales de la soberanía popular, precedentes no sólo cronológicamente, sino también axiológicamente a la democracia. «Incluso la democracia política más perfecta, representativa o directa, es en efecto un régimen absoluto y totalitario si el poder del pueblo es ilimitado. Sus reglas son sin duda las mejores para determinar quién puede decidir y cómo debe decidir, pero no bastan para legitimar cualquier decisión o no decisión. Ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (o consentir que se decida) que un hombre muera o sea privado sin culpa de su libertad, que piense o escriba o no piense o no escriba de una determinada manera, que no se reúna o no se asocie con otros, que se case o no se case con una determinada persona o quede ligado a ella indisolublemente, que tenga o no tenga hijos, que haga o no haga tal trabajo, u otras cosas semejantes»[13].

Ferrajoli redefine el Estado de derecho dotado de efectivas garantías como una democracia sustancial, mientras que el aspecto procedimental y representativo del Estado es designado por él como democracia formal. Democracia sustancial en cuanto que posee normas relativas al contenido sustancial de las decisiones, normas que establecen cuáles son los intereses y necesidades vitales de las personas y a los cuales está subordinado el poder político. Y democracia formal en cuanto que posee normas relativas al origen y procedimiento de tales decisiones, normas que aseguran la representatividad de las fuentes y de las formas de decisión. «Sobre el plano lógico los dos modelos de democracia son obviamente independientes, [...] y es también claro, sobre el plano axiológico, que la democracia sustancial incorpora valores más importantes, y en cierto modo prejudiciales, respecto de la democracia formal»[14].

Me parece que tiene razón Michelangelo Bovero cuando cuestiona la filosofía política subyacente a esta duplicidad del concepto de democracia. Creo que las distinciones de Ferrajoli son operativas y fructíferas desde el punto de vista de una dogmática jurídica que se toma en serio la defensa del individuo contra el poder legal del Estado. Su concepción del garantismo le suministra al jurista comprometido con la crítica del poder los criterios conceptuales necesarios

[12] Op. cit., pág. 898.
[13] Op. cit., pág. 900.
[14] Op. cit., pág. 906.

para denunciar los abusos desde el interior del sistema jurídico. Le suministra también a la jurisdicción comprometida con las libertades ciertas nociones teórico-jurídicas justificativas de una actuación política liberal legalmente irreprochable. Sin embargo, el problema reside en el fundamento de esos derechos o garantías que limitan sustancialmente las decisiones políticas y que constituyen el núcleo de significado de un concepto de democracia sustancial. ¿Cuál es para Ferrajoli el fundamento de esas garantías fundamentadoras del Estado democrático? Una noción histórica de las necesidades y los intereses primarios de las personas. Dice M. Bovero: «Yo no creo que la democracia tenga que ver con el «qué cosa» de las decisiones colectivas, o sea, no creo que sea posible establecer (o medir) la democracia de una decisión sobre la base de su contenido; como no creo que sea muy fácil establecer cuáles son 'las necesidades o intereses primarios de todos', ni que sea lícito -y mucho menos democrático- intentar establecerlo independientemente de las opiniones manifiestamente expresadas por los mismos individuos en el proceso democrático formal. No sé si cada uno es el mejor juez de su propio interés, pero ciertamente es, desde el punto de vista democrático, el único intérprete autorizado»[15].

También aquí se corre el riesgo que conlleva una definición de los derechos previa e independiente del proceso democrático. Aunque, como afirma Ferrajoli contra el iusnaturalismo y apelando a Norberto Bobbio en este aspecto, los derechos se establecen convencionalmente en el transcurso histórico[16]. Ahora bien, si esos derechos limitadores de las decisiones democráticas, sobre los que no cabe el poder de disposición de la soberanía popular, no han sido blindados de manera iusnaturalista como derechos innatos, entonces es que han sido blindados como convenciones históricas que no tienen más valor que el de las mayorías que los han establecido. Según Ferrajoli, los derechos fundamentales son establecidos efectivamente «en aquellos contratos sociales en forma escrita que son las cartas constitucionales, sólidamente emanadas de mayorías cualificadas», pero lo que distingue al Estado constitucional de derecho es precisamente que «esos derechos y principios valen 'independientemente de las opiniones manifiestamente expresadas en el proceso democrático formal', o sea independientemente de la voluntad de la mayoría»[17].

---

[15] «La filosofía política di Ferrajoli», en L. Gianformaggio (a cura di): *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli,* Turín, Ed. Giapichelli, 1993, págs. 399 y ss., pág. 405.

[16] Ver N. Bobbio: *El tiempo de los derechos,* Madrid, Ed. Sistema, 1991, esp. págs. 13 y ss., y 63 y ss.

[17] «Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su *Diritto e ragione*», en L. Gianformaggio (a cura di): Op. cit., págs. 459 y ss., pág. 507.

De esa alternativa entre el dogmatismo de una razón sustancial y el decisionismo histórico autodestructivo se puede salir considerando, como venimos haciendo con Elías Díaz, que los derechos fundamentales, fundamentadores de la democracia, tienen ellos mismos un fundamento democrático: son los requisitos necesarios de una democracia entendida como procedimiento de adopción de decisiones, de cualesquiera decisiones excepto de las que no son consistentes con ella.

Así, el fundamento de la democracia y de los derechos fundamentales es el mismo: el respeto por la autonomía de todos, el reconocimiento mutuo como seres igualmente libres para regir nuestra vida individual y colectivamente. Ernesto Garzón, refiriéndose al mismo tema, ve en la autonomía individual la justificación de lo que él denomina el «núcleo vedado» a las decisiones democráticas: la mayoría no puede impedir ni obstaculizar la autonomía de nadie, y por tanto no puede atentar contra ninguno de los medios ni de los bienes que son necesarios para su ejercicio. Ahora bien, el alcance de la autonomía de todos y cada uno de los miembros de la sociedad se equilibra mutuamente, y ese equilibrio ha de realizarse democráticamente. Por ello el blindaje de determinados derechos contra la mayoría como un «coto vedado» sólo puede ocurrir legítimamente si se considera que tales derechos son necesarios para un funcionamiento irreprochable de la democracia (funcionamiento que, como hemos dicho, presupone la autonomía del individuo y del ciudadano), pero no si con él la esfera privada queda inmune a determinadas intervenciones que precisamente pueden ser necesarias para asegurar el funcionamiento de la democracia. En caso contrario, habríamos privilegiado la autonomía del individuo a costa de la autonomía de la sociedad, o, lo que es lo mismo, a costa de la autonomía del ciudadano. Un equilibrio entre ambos es enormemente difícil y controvertible, pero sólo se puede lograr desde el punto de vista de un concepto amplio de democracia.

II

Pero ¿por qué precisamente el reconocimiento de la autonomía de *todos*? Si implicamos a todos estamos postulando la igualdad de los intereses de todos, o sea, la igualdad de todos para defender sus intereses como intereses generalizables (u, obviamente, para que otros los defiendan por ellos en caso de incapacidad). Tiene razón Dworkin cuando afirma que en la base del contrato que proporciona el fundamento de una sociedad justa, o sea, en la base de la posición originaria de Rawls en la que todos discuten sobre el interés general,

se encuentra el valor de la igualdad, entendida como la igualdad de consideración y respeto que todos los seres humanos merecen como personas morales[18]. En un sentido análogo entiende R. Dahl el fundamento último de la democracia: el principio de la «consideración igualitaria de los intereses», que es un principio moral, juntamente con la presunción de que nadie puede ser mejor juez de ellos que uno mismo[19].

Pues bien, ¿es ese imperativo de la igualdad deducible racionalmente de algún otro fundamento? Dworkin sostiene que la idea de la igualdad esencial de todos los seres humanos como personas morales es un «derecho natural», que él considera como «fundamental y axiomático»[20]. En Kant viene dado como un aspecto del imperativo categórico, basado en el *factum* de la conciencia moral. Para muchos, este imperativo categórico, que impone el reconocimiento de los demás como portadores de los mismos derechos, es hoy un postulado de la razón comunicativa. Estaría implicado, no en el *factum* de la conciencia, sino en el *factum* del lenguaje. Apel y Habermas lo entienden como una condición transcendental del acto de habla, al menos del acto del habla argumentativa[21].

Ahora bien, hacer de este tipo de habla una relación universal entre todos los seres humanos es algo que ya no tiene fundamento. No es el habla misma la que me impone a mí el mandato de su utilización con los que, por ejemplo, no son de mi clase, de mi nación o de mi raza. Si no tengo necesidad de entenderme con ellos, puedo ignorarlos o instrumentalizarlos. E, inversamente, puedo ampliar los límites del lenguaje y considerar como equivalentes a los míos los intereses de aquellos con los que jamas podría tener una relación comunicativa, y dotarlos de una representación para que alguien los defienda argumentativamente. Por eso hay que darle su parte de razón a Hume, y considerar que el sentimiento o la simpatía tiene bastante que ver en la admisión de los demás como seres iguales a mí, y, por tanto, con necesidades e intereses tan relevantes como los míos.

Creo que en este límite del racionalismo está también el límite del fundamento que Elías Díaz propugna para la democracia y «sus» derechos. Elías Díaz entiende que la democracia tiene un fundamento

---

[18] *Los derechos en serio,* Barcelona, Ed. Ariel, 1984, págs. 234 y ss.

[19] *La democracia y sus críticos,* págs. 103 y ss., 120 y ss. Pero es el principio de la consideración igualitaria de los intereses el más importante, ya que la presunción mencionada es una regla de experiencia que admite prueba en contrario y es compatible con la representación.

[20] Op. cit., pág. 41, pág. 267.

[21] Entre nosotros, últimamente, A. Cortina: *Ética aplicada y democracia radical,* Madrid, Ed. Tecnos, 1993, esp. 123 y ss.

racional en el sentido del «racionalismo de la razón práctica», que según él no significa dogmatismo, pero que huye del escepticismo y del relativismo decisionista. Efectivamente, podemos estar de acuerdo en que es un fundamento racional en el sentido de que es consecuente con el ejercicio de la razón, que sólo puede tener lugar en el debate, en la argumentación y en la crítica. Es un fundamento no dogmático porque no impone contenidos excepto los derivados de sus propias condiciones de posibilidad. Y no es escéptico ni relativista porque reconoce como valioso aquello que permite dirimir (aunque no siempre superar) las diferencias de opiniones y creencias a través de la argumentación y de la crítica.

Pero si es verdad que un cierto grado de benevolencia, de simpatía o de compasión, es una condición necesaria para el reconocimiento mutuo, entonces hay una parte de razón en el emotivismo. No basta el razonamiento para que surja la emoción de la que depende el reconocimiento de los demás como iguales, sino que se requiere el uso persuasivo y retórico del lenguaje. La argumentación moral tiene frecuentemente esa finalidad: conmover al mismo tiempo que convencen.

También es necesario un grado de simpatía para «comprender» las razones concretas que pueden aportar los demás en apoyo de sus pretensiones, para aceptar sus necesidades como verdaderas necesidades y sus intereses como intereses generalizables. En esto tiene parte de razón, a su vez, el relativismo cultural, característico hoy de los que defienden las comunidades por encima del individuo, y que insiste en el hecho de que una forma de vida compartida es un límite a la universalidad del lenguaje. Pero sólo parte de razón. La falta de espacio obliga a poner aquí el punto final, pero no sin antes afirmar que, aunque muchos argumentos sólo pueden ser aceptados por los miembros de una comunidad, también hay otros que han de ser aceptados universalmente (supuesta la existencia del sentimiento moral de Hume), y que de hecho son aceptados por los defensores del comunitarismo en cuanto empiezan a hablar: los que abogan por la participación de todos los que tienen algo que decir en el intento de convencer (y de conmover) a los demás de la justeza de la propia posición. En esta participación universal consiste precisamente la democracia.

POSITIVISMO, ESTADO DE DERECHO Y SOCIALISMO

(La aportación de Elías Díaz a la formación de un concepto democrático de derechos humanos en nuestra filosofía jurídica)

NOTA PRELIMINAR:

El texto que sigue procede de un trabajo más amplio presentado como tesis doctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares en noviembre de 1994, con el título «Los derechos humanos en la filosofía jurídica española (1939-1975)». Es en ese contexto donde las páginas que siguen adquieren adecuada significación y ubicación sistemática. Sin embargo, el deseo de participar en el homenaje de Doxa al profesor Elías Díaz me ha llevado a presentarlas por separado, aun sin la necesaria reelaboración que ello requeriría, y que la falta de tiempo me impide llevar a cabo. Espero que una posterior publicación íntegra de mi trabajo sitúe este análisis de algunas de las ideas del profesor de la Autónoma de Madrid en las coordenadas históricas, ideológicas y académicas correspondientes. En todo caso, téngase en cuenta que el objeto de nuestro trabajo es la exposición de los elementos de la filosofía jurídica y política de nuestro autor que configuran su concepción de los derechos humanos, con el límite temporal del final del franquismo. Sirva esta nota, en fin, como disculpa por la presentación independiente de un texto que no fue originalmente concebido para ello, y que sólo se explica como satisfacción del deseo arriba indicado.

El profesor Elías Díaz no ha centrado su producción intelectual en el tratamiento teórico expreso de los derechos humanos, si bien es cierto que toda ella no se entiende si no es sobre el trasfondo de la lucha por el reconocimiento y defensa de los mismos[1]. Sin embargo, en su obra se encuentran diversas reflexiones sobre algunos de los problemas que plantean, desde el punto de vista de una más general preocupación por la organización política y jurídica de la sociedad. Hemos elegido tres cuestiones que consideramos las más interesantes de su obra en lo que respecta a la determinación de su concepción de los derechos: en primer lugar, la crítica de los fundamentos teóricos y de la función ideológica del iusnaturalismo; en segundo lugar, la consideración del Estado de Derecho, sus supuestos, sus fases de evolución histórica y sus perspectivas; en tercer lugar, la preocupación por la realización efectiva de los derechos y libertades, donde mejor y de modo más directo se manifiesta la orientación socialista del profesor Elías Díaz frente a la realidad jurídica y política que los derechos humanos constituyen.

Nuestro comentario se basa en el primero de los libros que publicó, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, que creemos reúne sus ideas fundamentales sobre las cuestiones segunda y tercera. Para la primera, utilizamos algunos trabajos breves publicados algún tiempo antes. Es interesante, no obstante, señalar la estabilidad y

---

[1] No obstante, sí encontramos ese tratamiento expreso en algún escrito breve. Así, el trabajo al que luego nos referiremos («Socialismo democrático y derechos humanos»), y ya antes, en 1968, «La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en la Revolución francesa» (*Cuadernos para el Diálogo*, XII extra (1968), págs. 39-42). Este artículo recogía una parte (amplia) de su «trabajo de firma» para el concurso-oposición que debía celebrarse para la provisión de la cátedra de Filosofía del Derecho de Oviedo, concurso diferido hasta muchos años después, que ganaría en 1974 el autor. Fue publicado completo en el volumen colectivo *Filosofía y Derecho (Estudios en honor del profesor José Corts Grau)*, Universidad de Valencia, 1977, con el título «Libertad-igualdad en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789». La última versión, con algunas modificaciones, en *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, Civitas, 1978, págs. 69-88. Respecto al texto aparecido en *Cuadernos*, al margen de variaciones menores, destaca la inclusión del segundo epígrafe, «Influencias de carácter general sobre el texto de la Declaración». En este trabajo se ocupa de la génesis y significado histórico de la Revolución francesa, las influencias teóricas que recibe la Declaración, y el contenido de la misma, centrado en torno a tres derechos que reflejan, respectivamente, tres líneas de influencia y sentido del documento: la libertad y sus manifestaciones, que sintetizan el sistema político liberal; la igualdad, que significa la potencia democrática de la Declaración, y que se estanca en la mera igualdad jurídica y de derechos (de paso el profesor Elías Díaz afirma que sólo el socialismo es capaz de habilitar una igualdad real); y la propiedad, que es el elemento conservador y reflejo del triunfo burgués en la Revolución.

homogeneidad del pensamiento político del profesor Elías Díaz, también en la parte que afecta a su concepción de los derechos humanos, pervivencia patente en el hecho de que sus ideas políticas básicas aparecen ya en una comunicación breve presentada en octubre de 1964 al Primer Congreso de Filosofía del Derecho, «¿Qué significa querer la paz?»[2]. Querer la paz significaba querer sus presupuestos básicos: la justicia y la libertad. La justicia se concreta «en el momento histórico actual, en una nivelación socio-económica que establezca una real igualdad entre los hombres»[3], y esta igualdad sólo es posible con el socialismo; querer la libertad exige reconocer las libertades concretas y materiales, organizadas en el Estado de Derecho. Para terminar:

> Querer la paz es querer la justicia querer la igualdad, querer el fin de las explotaciones, querer el socialismo. Y junto a ello, querer la libertad, querer el Estado de Derecho, querer la democracia[4].

Hemos reproducido este párrafo que cierra su comunicación porque ésta es la máxima síntesis que hemos encontrado de las ideas políticas del profesor Elías Díaz, ideas que, junto con otras de carácter epistemológico y sociológico, pasamos a desarrollar. Es interesante observar que en sólo tres páginas escritas en fecha temprana se recogen sus máximas preocupaciones de tipo político, y las propuestas de resolución de las mismas[5].

---

[2] Celebrado en Madrid y organizado por la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social. Sus actas se publicaron con el título *Derecho y Paz* (Madrid, CSIC, 1966). La comunicación de Elías Díaz en las páginas 287-289. El propio autor, consciente de la pervivencia de sus ideas, reproduce su texto en su «Autobiografía intelectual» [*Anthropos*, 62 (1986), págs. 7-26], y ahí lo califica de «programa máximo». Y añade: «Buena parte de lo que he escrito después, y hasta hoy mismo, pretendía centrarse más bien -creo- en el «cómo» hacerlo, cómo lograrlo» (loc. cit., pág. 17). El Congreso, por cierto, se enmarcaba en la conmemoración de los «XXV años de paz», con lo cual la defensa del socialismo destaca aún más. Sucedió, del mismo modo, que varias de las comunicaciones, a cargo de profesores jóvenes, se salían del tono oficial y propagandístico que la conmemoración en cuestión parece sugerir. Así, las de Luis García San Miguel, Pedro de Vega, José Antonio González Casanova, Gregorio Peces-Barba, Raúl Morodo o Juan Ramón Capella, además de la citada, en las cuales aparecen ideas claramente democráticas y socialistas.

[3] *Derecho y Paz*, cit., pág. 287.

[4] *Derecho y Paz*, cit., pág. 289.

[5] Tal estabilidad del pensamiento del autor ha sido ya señalada por Renato Treves en su artículo «Elías Díaz: España, de la dictadura a la libertad», incluido en su volumen recopilatorio *Sociología del Derecho y socialismo liberal* [Madrid, CEC, 1991; dicho artículo es la versión castellana de R. de Asís y L. C. Aparicio del original «Elías Díaz: Spagna, dalla dittadura alla libertà», publicado en *Nuova*

I. La crítica del iusnaturalismo

La crítica del iusnaturalismo presente en los trabajos de Elías Díaz tiene dos etapas: una primera, en la que opta por un iusnaturalismo deontológico personalista y racionalista, que se sitúa frente al iusnaturalismo neoescolástico dominante en la España de la época, denunciando su sentido político conservador; y una segunda en que, más decididamente, asume los postulados básicos del positivismo jurídico respecto del modo de identificación de la realidad jurídica.

La primera etapa está representada por un trabajo de 1962, «Sentido político del yusnaturalismo»[6], en el cual examina el problema de la legitimación del Derecho en torno a los dos grandes modelos al respecto: el iusnaturalismo y el positivismo; ambas posiciones son enjuiciadas críticamente en sus respectivas versiones mutuamente excluyentes, optando por el «dualismo» jurídico, que consistiría en admitir la existencia del Derecho natural, entendiendo éste no como conjunto de normas vigentes, sino como núcleo de principios éticos que deben inspirar el Derecho positivo en sus aspectos fundamentales[7]. El dualismo jurídico es necesario porque la tensión entre Derecho y justicia es insalvable, frente a las pretensiones del formalismo positivista y las del iusnaturalismo radical.

Antología, 2171 (1989), págs. 87-97]. Ahí, el profesor italiano escribe (pág. 276): «Elías Díaz [...] ha permanecido sustancialmente fiel a las directrices ideológicas indicadas en este libro [se refiere a *Estado de Derecho y sociedad democrática*]: las del compromiso por conciliar las exigencias formales del Estado de Derecho con las sustanciales de la economía socialista». Ello nos da idea también de la conveniencia de centrarnos en el texto en cuestión.

[6] Publicado en *Revista de Estudios Políticos*, 124 (1962), págs. 65-80. Ya en 1961 había publicado un artículo sobre «El tema de la naturaleza de las cosas en la filosofía jurídica» (*Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. V, 12 (1961), págs. 549-570), de carácter expositivo, en el cual da cuenta del moderno iusnaturalismo alemán, siguiendo a Radbruch, Maihofer, Welzel o Stratenwerth. Al margen de ese carácter expositivo o descriptivo, es cierto que ya parece inclinarse por una función «orientadora» del Derecho positivo como más apropiada para el Derecho natural, y por una toma en consideración de las posiciones positivistas, que evite que el iusnaturalismo derive «hacia consideraciones irreales y equívocas» (cfr. loc. cit., pág. 570).

[7] Elías Díaz se refiere aquí a las ideas de Legaz sobre el Derecho natural, expuestas en su *Filosofía del Derecho* (Barcelona, Bosch, 1953; cfr. 5.ª ed., 1978, págs. 291-332; ideas ya formuladas con anterioridad en su *Introducción a la ciencia del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1943). Recordemos que, también por aquellas fechas, Aranguren defendía una idea parecida del Derecho natural; así, en «Un concepto funcional del llamado Derecho natural» (en el Anuario de *Filosofía del Derecho*, IX-1962-, págs. 1-8) y en *Ética y política* (Madrid, Guadarrama, 1963), donde se refunde el contenido del artículo anterior.

Así entendido, el Derecho natural tendría una orientación personalista, tendente a garantizar en el Derecho positivo la defensa de los aspectos más esenciales del ser humano. El Derecho natural se constituye, pues, en el fundamento de los derechos más importantes del individuo, y se concreta en la práctica en la fórmula del Estado de Derecho, que, no pudiendo adscribirse a una interpretación individualista del hombre, debe ser un Estado social de Derecho[8]. Es decir, admitiendo que la posición política del iusnaturalismo es esencialmente conservadora[9], la única interpretación que evita dicho conservadurismo, o que lo reduce a lo más básico o esencial, es la caracterizada por el personalismo, traducido a su vez en defensa de los derechos fundamentales y del Estado social de Derecho. De este modo, Elías Díaz opta por un iusnaturalismo deontológico, de contenido personalista, democrático y social, orientado hasta cierto punto y de modo diverso por Luis Legaz y José Luis Aranguren, y preocupado por la inconveniente utilización de dicho modelo jurídico con fines exclusivamente conservadores del Derecho positivo establecido.

La opción por el positivismo jurídico, fraguada progresivamente, cuando menos en los textos, aparece por escrito en su «Introducción a la sociología del Derecho natural»[10]. Ahora ya nuestro autor no se adscribe al Derecho natural deontológico (que en el libro que introduce es defendido, frente al Derecho natural ontológico, por Perelman, Passerin d'Entreves, Jouvenel y Prelot), sino a las posturas positivistas de Kelsen, Bobbio y Eisenmann, también críticas con esta versión «suavizada» del iusnaturalismo. Elías Díaz reconoce el valor del papel histórico jugado por el iusnaturalismo, en torno a la sustitución del Antiguo Régimen por el Estado liberal, pero entiende que desde entonces hasta hoy se ha configurado más con «perfiles rigurosamente conservadores y antiliberales», hasta el punto de que (seguramente pensando en la España de la época) «el Derecho natural aparece pura y simplemente como la cobertura ideológica absolutamente justificadora de un cierto orden jurídico-positivo y de un cierto estado de cosas»[11].

---

[8] Cfr. «Sentido político del yusnaturalismo», cit., pág.

[9] La función revolucionaria del Derecho natural que aparece en ciertos momentos históricos (fundamentalmente, en torno a las revoluciones burguesas del XVIII y XIX) es, en opinión del autor, menos preponderante. Cfr. loc. cit., págs. 73-74.

[10] Estudio preliminar al volumen colectivo *Crítica del Derecho natural* (Madrid, Taurus, 1966, traducido por él mismo).

[11] E. Díaz, op. cit., pág. 25. Algunos años antes, Pablo Lucas Verdú se había referido también a esa doble función, según la circunstancia histórica, conservadora y revolucionaria del derecho natural, que se plasmaría en el sentido diverso de la influencia iusnaturalista en las constituciones europeas de los dos últimos siglos. Cfr. «El horizonte iusnaturalista del Derecho Constitucional occidental», en *Revista de Estudios Políticos*, 94 (1957), págs. 135-171.

Es decir, la crítica del iusnaturalismo es doble: epistemológica y sociológica; la primera hace referencia a la consideración -inaceptable- del Derecho natural como «natural», por una parte, y como «derecho», por otra, en la línea claramente trazada por Bobbio[12]; la segunda refleja el papel conservador que, por lo general, el Derecho natural ha adquirido en la sociedad contemporánea, en contra de su teórica intención de servir de criterio crítico y orientador de la realidad jurídica positiva. El propio título que Elías Díaz pone al Estudio preliminar que comentamos es significativo: además de la crítica «racional» del Derecho natural, en la línea de Bobbio o Kelsen[13], debe impulsarse un estudio sociológico del Derecho natural, que ponga de manifiesto la referida función legitimadora del orden jurídico y social existente, y no su supuesta función crítica orientadora hacia los cambios. Ello se encuadra en la más general opción por una consideración sociológica de los problemas de legitimación y valoración del Derecho, que complemente necesariamente la crítica epistemológica llevada a cabo por el positivismo, por una parte, y la reflexión racional sobre el Derecho, por otra. Ante la crítica tradicional recibida por el positivismo, la de que impide el juicio valorativo del Derecho positivo, el autor insiste en que la solución, además de basarse en la reflexión racional, debe ser también histórico-sociológica: el positivismo no impide el establecimiento de un criterio de justicia al margen del propio Derecho; pero este criterio debe ser establecido racionalmente en base a un análisis sociológico referido a la evolución histórica de los sistemas de legitimación y al momento actual de dicha evolución[14].

Cabe añadir, también en la línea de asunción y difusión del positivismo, que el trabajo pretende aclarar algunas de las acusaciones que tradicionalmente ha recibido: por una parte, mediante la explicación

---

[12] Cfr. Norberto Bobbio, «Algunos argumentos contra el Derecho natural», incluido en *Crítica del Derecho natural*, cit., págs. 221-237, que empieza con el siguiente párrafo: «Las viejas y nuevas críticas al Derecho natural pueden ser clasificadas en dos grupos, según que se refieran al substantivo o al adjetivo, es decir, según que nieguen que el Derecho natural sea Derecho o que el Derecho sea natural. Los juristas se han centrado sobre todo en la primera crítica y los filósofos en la segunda. Yo, que soy filósofo del derecho, quería hablar aquí brevemente de ambas, alegando tres argumentos para cada uno de los grupos» (op. cit., pág. 221).

[13] Aunque, por supuesto, Kelsen no aceptaría dicha racionalidad como medio para la determinación de un criterio objetivo de justicia; conocida es su concepción de la justicia como «ideal irracional» (vid. por ejemplo su libro *¿Qué es justicia?*, Barcelona, Ariel, 1982, trad. cast. de A. Calsamiglia).

[14] El interés por el estudio sociológico del Derecho, como vía para el establecimiento de adecuados criterios de valoración del mismo, ya está presente de modo explícito en otros trabajos coetáneos del autor, como son: «Sociología jurídica y concepción normativa del Derecho», en *Revista de Estudios Políticos*, 143 (1965), págs. 75-103 (en torno al concepto e historia de la Sociología del Derecho, y a las distinciones entre ésta y la Ciencia del Derecho, por una parte, y el sociologismo

del sentido del positivismo formalista kelseniano[15]; por otra, mediante el rechazo de la identificación entre positivismo e indiferentismo axiológico, con referencia especial a la llamada «*reductio ad Hitlerum* del problema»[16]. Y señalar, por último, en lo que respecta a los derechos humanos, que la única actualidad que resta al iusnaturalismo es precisamente el servir de fundamento y defensa de los mismos, como ya destacaba en «Sentido político del yusnaturalismo». Ahora escribe:

> Lo único que realmente continúa teniendo validez de este ideario iusnaturalista [se refiere al racionalista], como por otra parte -al menos en cuanto exigencia o pretensión ideal- de todo iusnaturalismo es, en definitiva, esa idea de la dignidad de la persona humana y de la lucha por el respeto de los derechos y libertades fundamentales del hombre, idea que, como decíamos, puede aparecer y de hecho aparece, con fuerza siempre renovadora en los sectores más conscientes y responsables del yusnaturalismo, especialmente en los momentos de grave peligro para esos valores centrales del hombre»[17].

---

jurídico, por otra); y «Mediación hecho-valor en la temática de la Sociología del Derecho», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, XI, 30 (1967), págs. 493-503 (donde analiza precisamente el momento del paso del hecho, sobre el que trabaja la Sociología, al valor, entendiendo que dicho paso es posible, dado que ciertos hechos permiten ciertos juicios de valor: este tránsito es el que explica la posible utilización de criterios sociológicos como fuente de legitimación jurídica).

[15] «Introducción a la sociología del Derecho natural», cit., págs. 13-15. «Estas anotaciones elementales en torno a Kelsen no resultarán quizás inoportunas en un ambiente jurídico-cultural como el español, donde, debido fundamentalmente al yusnaturalismo predominante en los filósofos del Derecho, tras la frustración de algunos válidos pero esporádicos intentos de comprensión y acercamiento al positivismo jurídico, éste ha tenido tan «mala prensa» (op. cit., págs. 15-16).

[16] Vid. op. cit., págs. 20-21. Sobre la famosa cuestión de la responsabilidad del positivismo en los excesos jurídicos (y no jurídicos) del nacionalsocialismo véanse, rechazándola, los trabajos de Ernesto Garzón Valdés, «Notas sobre la filosofía del Derecho alemana actual» (en *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993, págs. 235 y ss.; antes publicado como Introducción a la recopilación *Derecho y filosofía*, Barcelona, Alfa, 1985, págs. 5-41) y de Juan Antonio García Amado, «Nazismo, Derecho y filosofía del Derecho» (en el *Anuario de Filosofía del Derecho, 2.ª época,* VIII-1991-, págs. 341-364). A mayor abundamiento véase, también del primero, «Derecho natural e ideología» (trabajo de 1968, incluido en *Derecho, ética y política*, cit., págs. 145-156).

[17] E. Díaz, «Introducción...», cit., pág. 24. Ello, aun cuando «la plena y efectiva realización de estas ideas aparece hoy como objetivo más asequible y más coherentemente alcanzable en el marco de sistemas de legitimidad que sustituyan las insuficiencias del yusnaturalismo [...] por planteamientos más rigurosamente racionales y sociológicos» (Ibídem).

II. El Estado de Derecho y sus manifestaciones

Siendo la cuestión epigrafiada una preocupación manifiesta del autor a lo largo de varios trabajos breves, culmina en la publicación de su primer libro: *Estado de Derecho y sociedad democrática*[18], «probablemente -escribe años después Gregorio Peces-Barba- una de las obras más difundidas, desde su publicación hasta hoy, en esta literatura jurídico-política [la que vincula, desde el pensamiento democrático, Teoría del Derecho y Teoría de la Justicia]»[19]. El libro «procede en muy amplia medida de algunos trabajos míos anteriores,

---

[18] Madrid, Edicusa, 1966. El libro alcanzó siete ediciones en Edicusa (la última, de 1979). La octava edición, en ed. Taurus, 1981, después varias veces reimpresa. Las modificaciones sucesivas son, en opinión del propio autor, escasamente relevantes (cfr. la Nota preliminar a la octava edición, págs. 9 y ss.). Citamos, no obstante, por la 1.ª edición, dado el carácter histórico de nuestro trabajo. Recordemos, también, que el libro fue secuestrado en aplicación de la entonces nueva Ley de Prensa: «En el momento de su aparición (octubre de 1966, un par de meses antes de nuestra clandestina, pero activa, campaña por la abstención ante el referéndum para la Ley Orgánica del Estado franquista), el libro fue secuestrado por orden de la Dirección General de Información [...]. Lo que ocurrió fue que comparecimos ante el Tribunal de Orden Público, el cual levantó el secuestro (yo había tenido buen cuidado, como puede comprobar el lector, de no hacer alusiones expresas a nuestro país) y autorizó la difusión y venta del libro» (E. Díaz, Nota preliminar a la séptima edición de *Estado de Derecho y sociedad democrática*, tomada de la octava edición, pág. 15). Más información sobre las circunstancias que rodearon la publicación del libro en la *Autobiografía intelectual de su autor*, ya cit., págs. 17-18. El propio autor cuenta ahí que la polémica suscitada por el famoso informe de la Comisión Internacional de Juristas, *El imperio de la ley en España* (Ginebra, 1962) y la réplica oficiosa del régimen español, *España, Estado de Derecho,* fue la que le estimuló a la redacción de su libro.

[19] «Los derechos fundamentales en la cultura jurídica española (1908-1987)» (en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988), pág. 74. Prueba de la difusión que alcanzó, cuando menos en ambientes intelectuales, son las recensiones y comentarios aparecidos tras su primera edición, y también posteriormente. Así, J. R. Capella, «Notes sobre l'estat de dret i la societat democrática», en *Nous Horitzons*, 12 (1967), luego reproducido en castellano en *Materiales para la crítica de la filosofía del Estado*, Barcelona, Fontanella, 1976, con el título «Sobre el Estado de Derecho y la democracia (a propósito de un libro de Elías Díaz)», págs. 11-23, U. Cerroni, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto,* XLIV (1967), págs. 840-841; M. Azcárate, «Un libro importante: 'Estado de Derecho y sociedad democrática' del profesor Elías Díaz», en *Realidad*, 14 (1967), págs. 140-144, reproducido en *Anthropos*, 62 (1986), págs. 55-56; L. Paz, en *La Voz de Galicia*, del 13 de marzo de 1967; a la cuarta edición, de 1972, M. de la Rocha, en *Revista Española de Opinión Pública*, 32 (1973), págs. 339-341; y L. Rodríguez-Arias, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes*, 5 (1974), págs. 551-556. Tomamos estos datos del citado número 62, monográfico sobre Elías Díaz, de *Anthropos*. También A. E. González Díaz-Llanos, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII (1968), págs. 497-499 (recensión cuya referencia no figura en la reseña bibliográfica citada) de marcado tono crítico desde posiciones conservadoras.

publicados casi todos ellos [...] entre 1961 y 1964, trabajos luego reelaborados, pero ya sin cambios sustanciales, con vistas a esta edición conjunta»[20].

Esencialmente, su contenido gira en torno a las siguientes cuestiones: en primer lugar, la determinación del concepto de Estado de Derecho; en segundo lugar, el examen de su evolución histórica, es decir, el tránsito del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho; en tercer lugar, la constatación de las insuficiencias de éste, y la realización plena del Estado de Derecho mediante su transformación en Estado democrático de Derecho, figura que incorporaría institucionalmente el socialismo a la constitución del Estado[21].

En este momento, interesa destacar el papel esencial que los derechos humanos desempeñan en el concepto de Estado de Derecho. Dicho papel es el de que su reconocimiento jurídico constituye uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho, es decir, que éste no existe verdaderamente si no ha reconocido los derechos humanos fundamentales, y si no ha establecido las garantías necesarias para su ejercicio y defensa. Junto a los derechos humanos, los requisitos de todo Estado de Derecho son: el imperio de la ley (como manifestación de la voluntad general a través de procedimientos democráticos), la separación de poderes y la legalidad de la administración[22]. Sin embargo, frente a estos tres, que algunos (por

---

[20] E. Díaz, Nota preliminar a la octava edición de *Estado de Derecho y sociedad democrática*, cit., p. 10. Los trabajos a que se refiere, y que cita allí mismo en nota, son: «Substanciación de lo colectivo y Estados totalitarios», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII (1961), pp. 77-118; «Sentido político del yusnaturalismo», cit.; «Fascismo y neofascismo», en Boletín Informativo del *Seminario de Derecho Político de Salamanca*, 28 (1963), pp. 67-72; «Teoría general del Estado de Derecho», en *Revista de Estudios Políticos*, 131 (1963), pp. 21-45, trabajo que el propio autor pone en relación temporal, temática y perspectiva con el informe de la Comisión Internacional de Juristas a que acabamos de referirnos; «Dos revoluciones imposibles», en *Cuadernos para el Diálogo,* 4 (1964), pp. 14-15; «Sociedad de masas y sistemas políticos contemporáneos», en *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de Salamanca*, 31 (1964), pp. 119-137; y, algo posterior, «Ejecutivo fuerte y ejecutivo incontrolado», en *Cuadernos para el Diálogo,* 35-36 (1966), pp. 21-23 (también algunos años después, «La seguridad jurídica en el Estado de Derecho», en *Cuadernos para el Diálogo,* XVII extra sobre «Justicia y política», (1969), pp. 7-10). Hemos considerado oportuno utilizar para nuestro comentario el libro en que todos ellos confluyen, sin incluir referencias a dichos artículos, lo que daría lugar a una innecesaria prolijidad.

[21] El autor considera además muy importante «la no confusión [...] -punto decisivo en la España de aquellos años- entre Estado social de Derecho y Estado social autoritario, calificación ésta la más benévola que atribuirse pueda al Estado del 'tardo-franquismo'» (Nota preliminar a la octava edición, cit., pág. 11).

[22] Vid. *Estado de Derecho y sociedad democrática,* págs. 18 y ss.

ejemplo, Legaz, en su ensayo «El Estado de Derecho»[23]) califican como elementos «formales», los derechos humanos constituyen el elemento «material» del Estado de Derecho:

> Puede muy bien afirmarse que el objetivo de todo Estado de Derecho y de sus instituciones básicas, que estamos analizando, se centra en la pretensión de lograr una suficiente garantía y seguridad jurídica para los llamados derechos fundamentales de la persona humana, exigencias éticas que en cuanto conquista histórica constituyen hoy elemento esencial del sistema de legitimidad en que se apoya el Estado de Derecho[24].

Es decir, los derechos humanos son la instancia última de legitimación del Estado de Derecho. Éste es legitimado por su función de realización de los derechos humanos en la sociedad; su justificación es la de servir como instrumento de realización del criterio de justicia históricamente vigente, el conjunto de derechos humanos fundamentales que, entendidos como «instancias éticas exigibles en la situación histórica actual», suponen los habitualmente considerados como tales en las democracias occidentales de la época. Así, el derecho a la vida y a la integridad física; el respeto a la dignidad moral de la persona; el derecho a la libertad de pensamiento, expresión y veraz información; la libertad religiosa, de creencias y de culto; la libertad de reunión y asociación (incluyendo partidos políticos y sindicatos); la libertad de circulación y residencia e inviolabilidad del domicilio y la correspondencia; los derechos económicos y sociales (trabajo, seguridad social, huelga, etc.); los derechos políticos (incluyendo elecciones libres); el derecho a la participación igualitaria en los rendimientos de la propiedad[25]; la igualdad ante la ley; y la seguridad y garantía en la administración de justicia, traducida en las garantías procesales habituales[26]. Es evidente que el autor no pretende siquiera plantear la cuestión de cuáles sean los derechos, sino sólo enumerarlos a título informativo, aunque incluyendo significativamente (en relación a la España de la época, donde no estaban

---

[23] Publicado en la *Revista de la Administración Pública,* 6 (1951), págs. 13-34; incluido después en *Humanismo, Estado y Derecho* (Barcelona, Bosch, 1960), págs. 61-86).

[24] E. Díaz, op. cit., pág. 25. Obsérvese que, en consonancia con su apartamiento del iusnaturalismo dominante, los derechos nunca son calificados como «naturales», sino como exigencias éticas racionales que constituyen una «conquista histórica».

[25] El derecho de más marcado carácter socialista, no predicable sin matizaciones de los Estados sociales de Derecho.

[26] E. Díaz, op. cit., pág. 27.

reconocidos) la libertad de formar partidos políticos y sindicatos, la exigencia de elecciones libres, la libertad religiosa y de manifestación externa del culto, el derecho de huelga y algunas de las garantías procesales.

Por último, cabe señalar que la relación establecida por Elías Díaz entre Estado de Derecho y derechos humanos fundamentales como elemento material del mismo aparecía ya en el citado trabajo de Legaz[27], y también que el tema del Estado de Derecho fue tratado en ocasiones por nuestra iusfilosofía, demostrando un interés del cual es paradigmático el libro que acabamos de comentar, porque, por una parte, convertía al Estado de Derecho en objeto central de reflexión; por otra, establecía con precisión sus elementos; por último, elaboraba una teoría de su evolución histórica. En esta línea de interés por el tema (aunque no en la misma línea de aproximación al mismo), cabe añadir aquí una referencia al número monográfico de los *Anales* jurídico-filosóficos granadinos sobre «Derecho y Estado»[28], donde se incluían tres trabajos de profesores españoles, además de otros de autores extranjeros (Bobbio, Brunner y Bondy). Dichos trabajos son los de María Carolina Rovira[29], de Jesús López Medel[30] y, el más interesante de los tres, de Nicolás María López Calera[31]. En conjunto, los tres resultaban ciertamente insatisfactorios; el primero, por su afán apologético del régimen establecido; el

---

[27] «El Estado de Derecho», cit., pág. 28. Elías Díaz coincide también con Legaz en la vinculación entre personalismo y Estado de Derecho; sin embargo, el enfoque y desarrollo de la cuestión es ciertamente diferente; como mínimo, debiera censurarse a Legaz la escasa concreción con que se refiere a los derechos. Véanse también los trabajos de Lucas Verdú que citamos algo más adelante.

[28] Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 11/1 (1971). Es decir, cinco años posterior a la publicación del libro de Elías Díaz.

[29] «Seguridad y Estado de Derecho (a propósito del ordenamiento positivo español)», págs. 69-90. Trabajo que, en forma de silogismo, admite como premisas, primero, que el Estado de Derecho se define por la existencia de seguridad jurídica y, segundo, que en España existe seguridad jurídica; para concluir, lógicamente, que España era un Estado de Derecho.

[30] «Génesis, legalidad y legitimidad del Estado social de Derecho», págs. 21-45. Se trata de un ensayo sobre los que el autor considera tres «momentos» del Estado social, enunciados en el título, sin que pueda determinarse la perspectiva en la que se sitúa. El tono general es demasiado abstracto y confuso, sin que encontremos una definición de lo que el Estado social es, ni tampoco su ubicación en coordenadas históricas, sociales y políticas, lo cual resta valor al texto.

[31] «Mitificación y dialéctica del Estado de Derecho», págs. 91-116. Su autor parte de la constatación del hecho de la mitificación del Estado de Derecho, concebido formalmente y como estructura definitoria de la bondad o maldad de un régimen político. Así, la denuncia de su inexistencia o la justificación de su existencia son armas arrojadizas de la oposición y del poder político, respectivamente. Esta mitificación es inadmisible, pues soslaya la tensión incancelable (por consustancial a la naturaleza humana y social) entre bien social/bien individual y entre autoridad/

segundo, por su retórica quizá también encubridora de un sistema político que en absoluto reunía los requisitos mínimos de un Estado de Derecho; y el tercero, en fin, al margen de sus alicientes apuntados en nota y de su mayor categoría doctrinal, por no señalar de modo claro las ventajas que la instauración de un Estado de Derecho conlleva.

III. La realización efectiva de los Derechos Humanos

Las cuestiones del fundamento de los derechos humanos y de la determinación de su contenido son, prácticamente, presupuestas en el libro, y sobre ellas habría que remitirse a sus reflexiones anteriores sobre la conjugación entre razón e historia, criterio básico para el autor en materia de reflexión ética. Sin embargo, la cuestión de la eficacia real de los derechos es una de las centrales de éste. El Estado de Derecho se entiende como instrumento al servicio de los derechos humanos fundamentales y, por esta misma razón, debe evolucionar hacia su realización «democrática», al constatarse las insuficiencias del Estado liberal, primero, y del Estado social, después. Es en este aspecto de los derechos, el de su realización social plena, en el cual el autor se muestra específicamente socialista, entendiendo que sólo la asunción del socialismo por parte de la institución estatal puede hacer que los derechos humanos sean efectivos de modo general para todos los individuos.

---

libertad. La mitificación consiste, pues, en pensar que una estructura jurídico-formal como es el Estado de Derecho puede solventar tales tensiones. Frente a dicha concepción, el autor propone la concepción dialéctica del Estado, a través de cuatro ideas básicas: 1) el aseguramiento de un orden jurídico requiere no sólo la afirmación teórica sino también el riesgo personal; 2) el poder siempre trata de autoconservarse; 3) La sociedad y la oposición política siempre tratan de afirmarse a través de la negación del poder, 4) La imposibilidad de la justicia perfecta. Así, en el marco de una dialéctica de contestación (no de negación), la salida propuesta por el autor para evitar el falseamiento de las instituciones jurídicas pasa por la sensibilidad política de los pueblos y la ductibilidad política del poder.

El trabajo de López Calera debe valorarse por la crítica de la excesiva confianza en las instituciones jurídicas formales y por la afirmación de la dinámica social dialécticamente entendida. Sin embargo, creemos que parece no apreciar suficientemente lo que la consecución del Estado (si se quiere, formal) de Derecho supone para muchos individuos, en otro caso sometidos a abusos y arbitrariedades, como la experiencia histórica demuestra. También, críticamente, creemos que generaliza en exceso, al no especificar las diferencias entre unos y otros países respecto del desarrollo real del Estado de Derecho. Dicha generalización es también criticable cuando la aplica a la doctrina, pues sólo se refiere explícitamente a Elías Díaz, y en este caso precisamente se equivoca, pues tampoco Elías Díaz valora el Estado de Derecho como estructura formal, sino que exige la realización material de sus principios.

La idea implícita que justifica esta argumentación es la consideración del Estado de Derecho como un «tipo ideal»[32], definido racional e históricamente, idea, ya decimos, implícita, pues el autor no la establece de modo expreso en ningún momento[33]; de esta manera es posible la no identificación entre Estado de Derecho y Estado liberal, siendo éste simplemente una primera manifestación histórica de la idea del anterior; constatadas sus insuficiencias, llegará el momento de su sustitución, a través fundamentalmente de la lucha de las clases obreras, por el Estado social y éste, a su vez y por idéntico motivo, por el Estado democrático (de modo hipotético, en este caso). Esa consideración del Estado de Derecho como «tipo ideal» se traduciría, pues, en lo que sigue a continuación.

El Estado de Derecho sería una exigencia jurídica necesaria desde el punto de vista de la realización social del ideal ético histórico propio de la edad contemporánea, los derechos humanos; en este contexto, el Estado liberal sería un primer resultado, históricamente hablando, del intento de plasmación social de dicho ideal, resultado a todas luces insuficiente al permanecer básicamente al servicio de los intereses de la clase burguesa dominante; ello, seguramente, no supone olvidar la vinculación entre revolución burguesa y derechos del hombre, sino reconocer la tensión dialéctica propia del concepto de derechos del hombre: sirviendo inicialmente a los intereses de la burguesía, la consolidación del proletariado como clase social consciente de sí misma potencia la dimensión general de los derechos, de modo que no puedan ya más utilizarse al servicio de una sola clase, y favorezcan por igual los intereses de todos los individuos; por ello el Estado liberal se torna insuficiente, y por ello se explica el advenimiento de la forma social del Estado de Derecho, como perfeccionamiento

---

[32] En expresión de Max Weber. Cfr. *Economía y sociedad* (México, F. C. E., 1987: trad. cast. de José Medina Echevarría *et al.*, del original alemán *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehenden Soziologie*, Tubinga, 1922), págs. 7 y 17 y, en general, todo el capítulo dedicado a los «Conceptos sociológicos fundamentales», págs. 5 y ss.

[33] En este contexto podemos encuadrar las observaciones críticas que le formula Juan Ramón Capella en su ya citado comentario «Sobre el Estado de Derecho y la democracia (a propósito de un libro de Elías Díaz)», desde una perspectiva marxista «ortodoxa». La crítica de Capella se refiere, sobre todo, a la relativa independencia con que aparecen los conceptos jurídicos, políticos y morales respecto de la estructura económica, y también al mantenimiento acrítico, en el Estado democrático de Derecho que Elías Díaz propugna, de algunos elementos del Estado de Derecho que Capella considera burgueses y, por tanto, coyunturales: así, determinadas formas jurídicas (por ejemplo, la separación de poderes) o algunos derechos (que no especifica). Por lo demás, Capella valora positivamente el capítulo dedicado al totalitarismo y la descripción del Estado del bienestar, aunque entendiendo que no acierta plenamente a distinguir, en él, lo que es conquista de las clases media y obrera de lo que es mantenimiento de la estructura capitalista.

de éste; es decir, la abstracción del Estado de Derecho a partir de su primera manifestación histórica se produce al considerar, como ya vimos anteriormente, que la razón de ser del Estado de Derecho es la realización de los derechos fundamentales, de modo que la evolución histórica de éstos motiva la necesaria evolución del propio Estado de Derecho, por supuesto no mecánica, sino a través de una dura historia de luchas sociales y políticas. Esta explicación se resume, en palabras del autor, en que «el concepto de Estado de Derecho se vincula así en su origen y desarrollo al Estado liberal pero, como veremos, *no se agota en éste*», y también: «Se trata, pues, de seguir utilizando el esquema institucional del Estado de Derecho, en cuanto que se considera a éste como conquista histórica todavía válida; dicho esquema, si bien surge con el liberalismo, *no se agota en él*»[34].

Bajo estas consideraciones, el autor explica, primero, el sentido del surgimiento y consolidación del Estado social de Derecho y, después, sus insuficiencias como fundamento de su necesaria superación. El sentido del Estado social es, obviamente, el intento de generalización de la libertad efectiva para todos los ciudadanos, mediante el mecanismo jurídico de los llamados derechos económicos, sociales y culturales[35]. Las dos dimensiones liberales que el Estado social revocará serán el individualismo social y el abstencionismo estatal, pues ambas características no se compaginan bien con «la cultura de masas, la planificación incluso capitalista, el constante progreso de la técnica, etc.»[36]. Por el contrario, el Estado social significa la participación de la mayoría de los ciudadanos en la vida social y la decidida intervención del Estado en la satisfacción de las necesidades de los individuos y en la vida económica, para, de esta manera, «compatibilizar en un mismo sistema dos elementos: uno, el capitalismo

---

[34] E. Díaz, *Estado de Derecho*..., cit., pág. 16 y 17, respectivamente (las cursivas son nuestras). Más adelante, en el mismo sentido, escribe: «El Estado de Derecho, al igual que la democracia, aparecen en esta concepción, no como esencias y conceptos cerrados, sino como *procesos* abiertos siempre a posibles y necesarios perfeccionamientos» (op. cit., pág. 67: cursiva del autor).

[35] El sentido del paso del Estado liberal al Estado social había sido tratado algunos años antes en nuestro país por Pablo Lucas Verdú, al que, entre otros, sigue Elías Díaz en este punto. Interesan, principalmente, *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho* (Universidad de Salamanca, 1955), donde considera al Estado alemán de la Ley Fundamental de Bonn como plasmación jurídica del Estado social de Derecho, e *Introducción al Derecho Político: las transformaciones sociales del Derecho Político actual* (Bolonia/Barcelona, Studia Albornotiana, 1958) especialmente, pág. 55-92. El primer libro se reeditaría años después bajo el título *La lucha por el Estado de Derecho* (Bolonia/Barcelona, Estudia Albornotiana, 1975), añadiendo dos capítulos nuevos.

[36] E. Díaz, op. cit., pág. 66.

como forma de producción y otro, la consecución del bienestar social general»[37].

Ahora bien, tampoco el Estado social de Derecho garantiza plenamente y para todos la realización efectiva de los derechos fundamentales de la persona; se trata, pues, de una forma también insuficiente de Estado de Derecho, que debe ser superada. Esta superación aparece ampliamente teorizada, primero, a través de la crítica de los fundamentos ideológico y socio-económico del Estado social y, segundo, mediante la descripción de lo que debe ser el Estado democrático de Derecho.

El soporte ideológico del Estado social de Derecho consiste en la creencia de que el neocapitalismo actual es capaz de generar el bienestar común, el bienestar de todos los miembros de la sociedad; esta creencia debe unirse al interés por subordinar la ideología a la técnica y, en consecuencia, la política a la administración. Naturalmente, el soporte económico de este sistema de creencias es el neocapitalismo, producto de la reforma del capitalismo anterior a la segunda guerra mundial. Así, la crítica de Elías Díaz se refiere a tres cuestiones: la idea neocapitalista del bienestar, la preponderancia de la técnica sobre la ideología (y de la administración sobre la política) y el propio sistema neocapitalista. Sintetizando esta triple crítica, interesa decir aquí que el supuesto bienestar que el neocapitalismo ofrece es un bienestar desigual y relativo, en cuanto que no afecta a todos los ciudadanos, o a todos los países, y en cuanto se refiere sólo a ciertos aspectos de la vida humana, generalmente materiales, en relación con la capacidad de consumo[38]; que la supuesta «crisis de las ideologías» no es sino una forma de encubrimiento de la ideología conservadora, que pretende mantener el orden de cosas existente, entendiéndolo como el mejor posible[39]; y que el neocapitalismo se asemeja esencialmente al capitalismo tradicional, porque mantiene su típica estructura explotadora, no ya sólo a nivel nacional, sino también a nivel internacional[40]. En resumen, el Estado social, si bien da lugar a mayores cotas de

---

[37] E. Díaz, op. cit., pág. 73.

[38] Elías Díaz sigue, en este punto, algunas ideas de Enrique Tierno Galván sobre el bienestar, expuestas en *Acotaciones a la Historia de la cultura occidental en la Edad Moderna,* Madrid, Tecnos, 1964, págs. 317-319. También se refiere a algunos trabajos de José Luis Aranguren *(Ética y política, citado)* y Raúl Morodo («Constitución, legalidad, legitimidad», en *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de Salamanca,* 26 (1962), págs. 55-67).

[39] Aquí Elías Díaz se hace eco de la conocida polémica suscitada en nuestro país por el libro de Gonzalo Fernández de la Mora, *El crepúsculo de las ideologías,* Madrid, Rialp, 1965.

[40] El desarrollo de esta crítica en E. Díaz, op. cit., págs. 73 y ss.

«bienestar» para un mayor número de ciudadanos, no resuelve los problemas de la explotación económica, la igualdad social y la mejora de la vida de los individuos en aspectos esenciales: «El neocapitalismo [...], con su Estado del bienestar no logra ni superar la enajenación de las masas ni frenar la desigualdad social, sobre todo a nivel internacional[41].

La solución a los problemas subsistentes en el Estado social de Derecho consiste en la sustitución de éste por el Estado democrático de Derecho. Su rasgo fundamental consistirá en la instauración de una democracia socio-económica que llene de contenido la democracia política, una vez constatado el hecho de que ésta no puede nunca ser real sin una estructura económica socialista; en efecto, escribe Elías Díaz:

> Las decisiones en esa situación [el neocapitalismo] se hacen antidemocráticas en los dos sentidos: vienen adoptadas por la oligarquía capitalista y responden a intereses predominantes de esa oligarquía. Democracia real y neocapitalismo no son términos conciliables, sobre todo a nivel internacional[42].

Es decir, la libertad en el Estado social, en cuanto que mantiene una estructura económica capitalista no es plenamente real, pues ni las decisiones son un producto realmente democrático ni favorecen realmente a la totalidad (o la mayoría) de la población. Es decir, democracia y neocapitalismo son «incompatibles». Por ello sigue siendo válido hablar del «formalismo» de los derechos y libertades de los individuos en el Estado social neocapitalista, y por ello es necesaria la sustitución de éste por un Estado auténticamente democrático de Derecho, donde, manteniendo las estructuras jurídicas propias del Estado de Derecho, se establezca una estructura económica socialista, único medio de hacer eficaces los derechos y libertades de todos los individuos. El Estado democrático de Derecho es, pues, aquel Estado en que «socialismo y democracia vienen a coincidir»[43]. Y frente al posible escepticismo respecto de la compatibilidad entre ambos, escribe:

> Lo importante de todo esto radica en que la democracia y el socialismo se institucionalicen de acuerdo con los principios que, basados en el imperio de la ley, hemos considerado como propios del Estado de Derecho; y en efecto, ambos pueden

[41] E. Díaz, op. cit., pág. 123.
[42] E. Díaz, op. cit., pág. 90.
[43] Ibídem.

> perfectamente compatibilizarse con esas exigencias centrales del Estado de Derecho; es más, sólo a través de ellos, sólo a través de la democracia y del socialismo, cabe dar hoy cumplimiento efectivo y real a los derechos y libertades del hombre, objetivo éste que constituye, como se sabe, la pretensión central del Estado de Derecho, pretensión a la cual están dirigidas sus otras notas características y que sirve precisamente como elemento justificativo de aquél frente a todo Estado totalitario o absoluto[44].

Quizá el párrafo anterior resume perfectamente las tesis fundamentales del autor: derechos humanos fundamentales como fin último del Estado de Derecho; necesidad de la evolución de éste hacia la democracia real como única manera de alcanzar dicho fin; estructura económica socialista que, ajustada a los requisitos jurídicos del Estado de derecho, haga efectiva la democracia, superando el neocapitalismo. Estas ideas resumirían lo que puede propiamente calificarse de «socialismo democrático»[45].

Como en su momento indicamos, el Estado democrático de Derecho propugnado por Elías Díaz se acerca mucho al Estado de justicia, que poco tiempo antes defendía José Luis Aranguren, y al que el propio Elías Díaz se refiere; sin embargo, hay al menos dos matices que los diferencian. Por una parte, en cuanto a la terminología empleada, la expresión «Estado de justicia» resultaba más abstracta, menos definida, por la propia indefinición del término «justicia» (sin que esto suponga olvidar las concreciones que Aranguren llevaba a cabo en su libro); por el contrario, la expresión «Estado democrático de Derecho» suponía, primero, una referencia directa a una institución consolidada en la realidad y en la teoría políticas europeas (el Estado de Derecho) y, segundo, una referencia a su carácter democrático en sentido político, social y económico; por otra parte, el Estado democrático de Derecho se vinculaba al socialismo, pero este socialismo no aparecía explícitamente en la obra de Aranguren, como ya tuvimos ocasión de comentar. El propio Elías Díaz reflejaba estas diferencias[46].

---

[44] E. Díaz, op. cit., pág. 92.

[45] Pablo Lucas Verdú, en *La lucha por el Estado de Derecho*, ya citado, analiza críticamente el Estado democrático de Derecho propugnado por Elías Díaz, en base a la duda sobre la posibilidad de que esta construcción teórica pueda hacerse realidad, superando los escollos del derechismo individualista y, sobre todo, del extremismo anarquista. En realidad, el profesor Lucas Verdú acepta los elementos que constituyen el Estado democrático, planteando algunos problemas de su puesta en práctica.

[46] «Aranguren da cuenta de este paso y superación [del neocapitalismo por el socialismo, si bien utilizando una terminología diferente [...]. Evidentemente, la

En definitiva, la exposición de la evolución histórica, actual y potencial, del Estado de Derecho es una síntesis de la historia política de occidente durante los dos últimos siglos, un reflejo de las tensiones entre clases sociales, y a continuación una propuesta de las insuficiencias del resultado de dicha evolución y una propuesta de su superación. Naturalmente, aquí quedan resumidos muchos años de lucha política y social, a menudo violenta, los abusos del poder, las experiencias socialistas, la reacción de los fascismos..., etc. No es, pues, una evolución fácil, ni pacífica, ni el tránsito propuesto para el futuro lo será.

Un trabajo publicado varios años después complementará las ideas del autor hasta aquí expuestas sin variarlas sustancialmente, ahora ocupándose monográficamente de los derechos humanos, sobre todo del problema de su eficacia real, aun cuando aparezcan junto a ésta algunas otras cuestiones que casi conforman un resumen de su filosofía política. Se trata de «Socialismo democrático y derechos humanos», aparecido en el volumen colectivo *Política y derechos humanos*[47], que recoge los textos de cinco conferencias celebradas (o que debieron celebrarse, según los casos)[48] en la Universidad de Oviedo a lo largo de curso 1974-75. Junto al trabajo de Elías Díaz, figuran los siguientes: «El socialismo y la libertad», de Gregorio Peces-Barba; «Derechos naturales o derechos humanos: un problema semántico», de Manuel Atienza; y dos trabajos de profesores de Derecho Internacional: «La protección internacional de los derechos humanos y su proyección en el orden jurídico

---

fórmula Estado de justicia, en la explicitación que, como hemos visto, el profesor Aranguren realiza, alude a contenidos cercanos a los enunciados en la expresión Estado democrático de Derecho; sin embargo, consideramos totalmente preferible esta segunda expresión: «Estado de justicia» tiene, sin duda, un sentido mucho más abstracto: ambos términos sólo pueden considerarse intercambiables si los entendemos en el sentido de que el Estado democrático de Derecho es hoy el Estado de justicia, es decir, el Estado que aparece actualmente como legítimo, como justo, en función precisamente de unos determinados valores históricos que son la democracia, el socialismo, la libertad y la paz» (E. Díaz, *op. cit.*, pág. 91). Ya antes había dado cuenta de la propuesta de Aranguren en «Ética social en el pensamiento de Aranguren» (en *Revista de Estudios Políticos*, 127 -1963-, págs. 200-221), que es un comentario a sus libros *La juventud europea y otros ensayos* (Barcelona, Seix-Barral, 1961) y *Ética social y función moral del Estado* (La Laguna, Ateneo, 1962). Recordemos que la idea del Estado de justicia aparece en este segundo trabajo, y se desarrolla después en *Ética y política.*

[47] Valencia, Fernando Torres ed., 1976.

[48] En efecto, la del Gregorio Peces-Barba fue prohibida por la autoridad gubernativa, y Elías Díaz suspendió la suya en solidaridad con el primero. Por otra parte, Manuel Atienza y José Carlos Fernández Rozas sufrieron sendas sanciones administrativas y judiciales, como consecuencia de una acusación de «propaganda ilegal». Cfr. sobre todo ello el prólogo (págs. 9-14) al libro citado.

interno», de José Carlos Fernández Rozas y «Derechos humanos y situaciones coloniales», de Julio D. González Campos. Todos ellos se sitúan en una línea democrática, socialista y, por supuesto, crítica con el régimen político establecido, siquiera implícitamente. Ello explica los avatares sufridos por los conferenciantes.

El texto del profesor Elías Díaz[49] puede entenderse como la concreción de las ideas expuestas en *Estado de Derecho y sociedad democrática,* respecto de los derechos humanos. Las cinco ideas principales que encontramos en el texto son las siguientes: en primer lugar, la afirmación de la validez de los derechos humanos, rectamente entendidos; en segundo lugar, la opción por el criterio democrático como definidor del contenido de los derechos; en tercer lugar, la defensa del Estado de Derecho como estructura jurídica no específicamente burguesa (naturalmente revistiendo su forma «democrática», ya teorizada en su momento); en cuarto lugar, la propuesta de la sociedad socialista (es decir, de la instauración de una estructura económica socializada, con propiedad pública de los medios de producción y gestión pública de los mismos, si bien el texto se muestra flexible respecto de los modos de organización de la actividad económica), en cuanto que apropiada para el desarrollo integral de los derechos, desarrollo imposible en la sociedad capitalista; por último, la adscripción a la vía democrática y pacífica hacia el socialismo.

Elías Díaz parte del reconocimiento (ésta sería la primera idea) de los derechos humanos como actual criterio de legitimidad del poder político, síntesis de los grandes valores éticos, todos ellos entendidos como concreción y desarrollo del valor justicia. Para dicho reconocimiento se utiliza un criterio sociológico y racional, representativo de la óptica epistemológica del autor, puesto que hoy todos -individuos y Estados- se muestran claramente favorables a los derechos humanos, genéricamente considerados, e incluso los regímenes políticos que no los respetan en la práctica, pretenden lo contrario en la teoría, en este caso propaganda[50]. No obstante, este acuerdo universal desaparece cuando se trata de concretar el contenido de los derechos; puede constatarse, pues, que los derechos no son una realidad unívoca, sino susceptible de interpretaciones varias. De aquí deriva el autor una doble consecuencia para todo régimen o ideario político que pretenda legitimarse a través de la defensa de los

[49] Política y derechos humanos, cit., págs. 75-102. Una versión modificada de este trabajo se incluye en *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático,* Madrid, Civitas, 1978, págs. 125-148. Utilizamos la primera versión, para ajustarnos a nuestro marco temporal.

[50] Seguramente se trataba con esta argumentación de dejar en evidencia al régimen franquista.

derechos humanos: en primer lugar, el respeto al pluralismo ideológico; en segundo lugar, la posibilidad de elegir libremente entre las varias opciones propuestas.

Ahora bien: la cuestión que sigue lógicamente es la de la forma de determinar la interpretación correcta de dicha realidad multívoca, como modo de llevar a cabo la actividad política teórica y práctica. Las soluciones no pueden ir más allá de tres: o se acepta la interpretación de uno, o la de varios, o la de todos: es decir, la del poder político absoluto, la de las élites de una u otra índole, o la del conjunto del pueblo (de la mayoría del mismo). Aquí aparece de nuevo un cierto relativismo axiológico, o quizá simplemente el reconocimiento del pluralismo, pues la interpretación correcta de la realidad de los derechos humanos va a ser determinada por el sujeto intérprete, y no por las exigencias intrínsecas del concepto. Se trata, aquí, de una ulterior determinación de la actitud epistemológica derivada de su crítica al iusnaturalismo y que, en el nivel político, se traduce en una justificación de la democracia. Así, escribe:

> No se ve por qué ha de ser preferible seguir el criterio de un solo individuo (por excepcional que sea) o sólo el de una minoría (por ilustre que sea), en lugar de considerar como más atendible y decisivo lo que piensa y quiere la mayoría de la sociedad. Por supuesto que las mayorías pueden equivocarse (y corromperse); pero también pueden equivocarse (y corromperse) las minorías; ¡y no digamos el individuo, por excepcional que sea! Es todo el pueblo -minorías incluidas- quien mejor sabe lo que al pueblo, en libertad, le conviene: y éste es, en efecto, uno de los fundamentos de la soberanía popular»[51].

El criterio de la mayoría, por supuesto, no significa la «tiranía de las masas» ni nada parecido, pues debe basarse precisamente en el respeto a la libertad crítica individual, sin la cual la formación de opinión pública mayoritaria es imposible. Esta libertad crítica se traduce en el respeto a las libertades individuales de expresión y actuación pública y en el establecimiento de un sistema periódico de elecciones, que permita conocer el auténtico criterio mayoritario por encima de demagogias populistas.

Es cierto que el recurso a las «exigencias intrínsecas» de los conceptos éticos y sociales puede encubrir el rechazo a la formación mayoritaria de la voluntad política; pero no es menos cierto que la reflexión ética y política concebida como reflexión racional y sociológica no puede olvidar dicha coherencia interna de las ideas, que

[51] «Socialismo democrático y derechos humanos», cit., pág. 84.

impide que sean desarrolladas de modo arbitrario. El profesor Elías Díaz, en este caso, insiste en el componente sociológico, motivado por el tiempo y lugar en que escribe (la España de los últimos años del franquismo), pero la reiterada referencia a la libertad «crítica» parece ser la que indica la importancia de que los procesos de formación de la opinión mayoritaria sean guiados por la racionalidad.

Una vez sentada la opción por el régimen democrático representativo y respetuoso con las libertades individuales a través de la estructura jurídica del Estado de Derecho, el autor pasa a plantear la crítica fundamental de la izquierda al régimen liberal, que es, de nuevo, una concreción de la que acabamos de ver expuesta en su *Estado de Derecho y sociedad democrática:* la posibilidad de ejercicio real de dichas libertades por la mayoría de los individuos (aquí se habla de proletariado), discriminados cultural y económicamente por su ubicación en la estructura social capitalista. La situación jurídica del régimen liberal es la del trato igual para todos; pero resulta evidente que esos «todos» no son iguales, y por tanto se trata de una otra versión de la injusticia (trato igual para los desiguales). La sociedad capitalista genera desigualdad porque se basa en la organización del proceso productivo en base a la explotación del trabajo de la mayoría por parte de una minoría. El problema, por tanto, no es la inutilidad o inconveniencia de las libertades individuales, sino la imposibilidad de que todos los individuos accedan a las mismas en condiciones de igualdad. Ello significa la incompatibilidad entre capitalismo y derechos humanos, o al menos la imposible compatibilidad «plena» entre ambos. Esta incompatibilidad afecta también a la propia democracia, que no es sólo cuestión de libertad sino también de igualdad, puesto que la situación privilegiada (económica, cultural, socialmente) en que se halla la burguesía en la sociedad capitalista le permite manipular la voluntad mayoritaria en contra de los propios intereses de ésta. Recordando ideas que el profesor García San Miguel había desarrollado pocos años antes[52], la democracia, para ser real, no puede ser simplemente política, sino también cultural y económica, hasta el punto de que incluso la primera está radicalmente viciada sin la concurrencia de las otras dos. Aunque no utilice expresamente el término, Elías Díaz parece referirse a la importancia de los aparatos ideológicos (del Estado o de la sociedad y los poderes que en ella existen al margen del poder público), que impiden la consciencia

[52] Por ejemplo, en su libro *La sociedad autogestionada: una utopía democrática* (Madrid, Seminarios y Ediciones, 1972; 2ª ed., Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1980) o en varios artículos de los años sesenta, algunos recopilados en *Escritos sobre la libertad política y el socialismo* (Valencia, Fernando Torres, 1976) y otros, más recientemente, en *Hacia la justicia* (Madrid, Tecnos, 1993).

de la mayoría respecto de sus verdaderos intereses, mediante un proceso dirigido o anónimo de persuasión ideológica.

Todo ello conduce a la necesidad de avanzar hacia una sociedad más igualitaria económica y culturalmente, es decir, una sociedad socialista, definida ésta por la superación del modo de producción capitalista, intrínsecamente desigual; sólo en una sociedad tal podrán los derechos fundamentales del individuo realizarse plenamente, de modo que el socialismo viene a realizar las propias exigencias de la teoría liberal, al conseguir la generalización de los derechos y libertades a todos. Por supuesto, la socialización de los medios productivos supone la abolición del derecho a la propiedad privada respecto de su objeto más importante (dichos medios productivos) o, cuando menos, su sustitución general por «otro» tipo de propiedad. Por eso, Elías Díaz se preocupa de establecer la distinción entre derechos fundamentales del hombre y «derechos fundamentales de la burguesía». Básicamente, bajo este segundo epígrafe se está refiriendo al derecho a la propiedad (y a algunos derechos ligados a ella, como quizá la libertad de empresa o la libre competición en el mercado). La afirmación como derecho de la propiedad privada (de los medios de producción) supone en la práctica su atribución a una minoría y su negación a la mayoría restante[53]. Ello significa que no puede ser considerada como derecho fundamental de los hombres, porque es imposible su atribución a todos ellos (en este sentido, Peces-Barba suele referirse a su «imposible contenido igualitario»). Por supuesto, esta calificación de la propiedad no debe extenderse a lo que genéricamente se ha dado en llamar «libertades burguesas», puesto que muchas de ellas sí son auténticas libertades fundamentales del individuo. En definitiva, la superación de la propiedad privada de los medios de producción por medio de una organización socializada de los mismos, para establecer una sociedad socialista, no supone un atentado contra los derechos fundamentales del hombre, puesto que la propiedad privada no es uno de ellos, sino un derecho del que, por definición, sólo puede gozar una minoría. Hasta el punto que es precisamente el régimen de propiedad privada el que ha obstaculizado el desarrollo integral del resto de los derechos:

> La preferente, cuando no exclusiva utilización de los derechos humanos en beneficio de la burguesía ha sido posible,

[53] «La afirmación de esa forma de propiedad como derecho humano, derecho natural, supone de hecho (y por mecánica necesidad de las leyes del mercado) su atribución exclusiva a una minoría (burguesía capitalista) y su efectiva negación a los demás hombres, a las otras clases sociales, en especial al proletariado, clase que se define precisamente por su forzosa y forzada inaccesibilidad a la propiedad privada de los medios de producción» («Socialismo democrático...», cit., pág. 95).

> puede decirse, gracias precisamente al control y absoluto dominio ejercido por ella sobre la propiedad privada de los medios de producción. Y ese dominio es quien, a su vez, ha distorsionado y oscurecido el recto sentido histórico de la totalidad de los derechos humanos[54].

Finalmente, quedaría la cuestión de la forma del tránsito a la sociedad socialista. Elías Díaz opta por la vía pacífica y democrática, excluyendo la vía de la revolución violenta. Ello, por el rastro de víctimas que supone y porque siempre debe respetarse la libertad crítica de cada uno de los miembros de la sociedad, sin la cual, ya se dijo, es imposible la determinación de la voluntad de la mayoría, criterio último de legitimidad social y política. Sin embargo, el autor es consciente de la dificultad de superar el control político e ideológico ejercido por la burguesía. No obstante, confía para ello en la capacidad dinámica de la libertad crítica y en la propia dialéctica de la historia. En todo caso, los obstáculos ideológicos, insiste una vez más, nunca pueden justificar el recurso a métodos violentos o antidemocráticos, que deslegitimarían el propio proceso de cambio social[55].

---

[54] «Socialismo democrático...», cit., pág. 98.

[55] A este respecto, la segunda versión (de 1978) del trabajo que comentamos incluía una nota ciertamente esperanzada relativa a la supuesta dificultad de los partidos socialistas para lograr mayorías absolutas en las elecciones (dificultad incrementada «sobre todo si se proponen al electorado programas de carácter maximalista»). La nota decía lo siguiente: «Aún sin llegar oficialmente a esas mayorías -muy cerca, sin embargo, de la mayoría relativa- el gran éxito del Partido Socialista Obrero Español en las pasadas elecciones, constituyentes, de 15 de junio de 1977 [...] va a permitir plantear a no muy largo plazo en nuestro país y después de muchísimo tiempo, la posibilidad de realización del socialismo por vías formal y realmente democráticas» («*Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático,* cit., pág. 145). Cabe apuntar lo siguiente: primero, que antes de esas fechas los partidos socialistas, socialdemócratas o laboristas ya habían ganado elecciones, y gobernado, en otros países, experiencia de la que podían extraerse las oportunas consecuencias: por una parte, el desarrollo del Estado social; por otra parte, la consolidación del capitalismo; segundo, que Elías Díaz acertó al menos en parte en su predicción, pues el P. S. O. E. ganó las elecciones por formidable mayoría cinco años después; tercero, que quizá no acertó del todo, pues la sociedad española, después de muchos años de gobierno de dicho partido a todos los niveles políticos posibles (nacional, regional, municipal) no parece haber evolucionado sensiblemente hacia un Estado democrático de Derecho, aunque sí se observen cambios muy importantes, que nosotros enmarcaríamos en el Estado social, pero no en la «realización del socialismo» (sobre todo si pensamos en la política económica y laboral de los últimos años, no del todo compatible siquiera con dicho Estado social); y cuarto, que el autor no se refiere aquí a los mecanismos diversos -no siempre conocidos y quizá no sólo ideológicos- a través de los cuales la clase social dominante, y las élites a ella anexas, mantienen la estructura económica vigente y la desigualdad que impide el desarrollo integral de los derechos humanos, a veces mediante la

Para terminar, las que creemos ideas más destacadas del profesor Elías Díaz en relación con los derechos humanos pueden sintetizarse como sigue:

En primer lugar, su defensa del positivismo jurídico como criterio de acercamiento a la realidad del Derecho, frente a un iusnaturalismo con fines generalmente conservadores. Junto a ello, la defensa de la reflexión basada en los datos de la racionalidad, la historia y la sociología como criterio de valoración externa del contenido del orden jurídico y político y, por tanto, de los derechos humanos.

En segundo lugar, su concepción del Estado de Derecho como instancia jurídico-política válida y necesaria cuyo fin sería constituir la garantía de los derechos fundamentales de los individuos, máxima expresión de la libertad y objetivo central de las instituciones políticas; y la determinación del contenido del Estado de Derecho de modo preciso, frente a otras teorizaciones anteriores del concepto que se mantenían en un tono de mayor abstracción.

En tercer lugar, su preocupación por la eficacia real y general de los derechos se traduce en la propuesta del Estado democrático de Derecho, caracterizado por la extensión de la democracia a todos los ámbitos de la vida social, incluido el económico. En este sentido, el Estado democrático de Derecho supone la instrumentación jurídica y política del socialismo[56].

manipulación de los propios partidos socialistas y de las políticas que éstos ponen en práctica.

[56] Después de 1975, el autor ha seguido ocupándose de modo constante de los temas que hemos tratado aquí, en publicaciones bien conocidas y a menudo comentadas. Señalemos sólo que, coincidiendo con el juicio más general de Renato Treves ya citado antes, parece que sus ideas fundamentales sobre los derechos han permanecido inalteradas en lo sustancial.

IMPERIO DE LA LEY

Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz

Aunque en el conjunto de la obra de Elías Díaz haya sin duda otros temas más apasionantes y controvertidos, me dispongo a realizar unas breves reflexiones sobre algo que, pese a su menor importancia aparente, se me antoja uno de sus puntos cruciales de partida: la noción del Imperio de la Ley. En primer lugar, porque aunque parezca ya cosa rancia y sabida intuyo que pronto volverá a ponerse de moda otra vez, y en segundo lugar porque creo que explicita de un modo especialmente luminoso las circunstancias en que se gesta su pensamiento. No se puede negar que las vivencias personales o colectivas establecen sobre una obra una impronta característica. La España de los sesenta, que es, creo, la década en la que cuaja la personalidad intelectual de Elías Díaz, fue una España articulada o, dicho con más rigor, una España desarticulada por un sistema político autoritario, ignorante de las garantías individuales y en el que el poder sólo muy parcial y fragmentariamente estaba sometido al derecho. Por eso no tiene nada de extraño que uno de los primeros estímulos que hirieran una sensibilidad tan viva como la suya fuera precisamente el de esa inmediata incertidumbre en que se vivía, y, en consecuencia, una de sus inquietudes más originarias fuera la relativa al aspecto más directamente garantista y protector que ofrece la visión moderna del derecho. Éste, repito, me parece uno de los más importantes puntos de partida de su pensamiento. Así, en 1966 inicia su clásico estudio sobre el Estado de Derecho con la siguiente afirmación: «Cabe adoptar como punto de partida la siguiente tesis: el Estado de Derecho es el Estado sometido al Derecho, o mejor, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. El Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el 'imperio de la ley'» (1966, pág. 13). Dicho punto de partida no es algo circunstancial ni anecdótico en su pensamiento. Desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho, y ya no tanto de la teoría política, eso se

pone de manifiesto con fuerza en su libro más importante: «La contraposición y superación de la pura arbitrariedad (o la falta, sin más, de normas) a través de la legalidad, significa ya la posibilidad de una primaria, aunque imprescindible y esencial, zona de seguridad jurídica. La legalidad engendra seguridad: el Derecho establece y delimita el campo dentro del cual, en una determinada sociedad, los ciudadanos pueden sentirse seguros, sabiendo con certeza a qué atenerse en relación con sus derechos y deberes» [...] «El reino de la arbitrariedad es el reino de la total inseguridad; la lucha contra la arbitrariedad es, entre otras cosas, la lucha por la seguridad jurídica. La legalidad es siempre un progreso con respecto de la arbitrariedad» (1971, pág. 44). Es precisamente esta contundente afirmación inicial, ese punto de partida ineludible cuando se ha vivido en un sistema político arbitrario e intolerante, lo que me propongo considerar brevemente en el presente trabajo.

El «imperio de la ley», -«rule of law» en la expresión inglesa, «Rechtsstaat» en la tradición alemana, «Estado de Derecho» en la traslación más comúnmente usada entre nuestros juristas- también es aludido frecuentemente cuando se hace referencia a nociones valorativas como la «seguridad jurídica» o la «certeza del derecho» o cuando se quiere mencionar alguna de sus facetas o rasgos, como «el principio de legalidad», el control del poder por normas jurídicas e incluso, en un sentido muy específico, la idea misma de «constitucionalismo» (cfr. Macllwain, 1991), o cuando se insiste en la vieja tradición de encomiar el «gobierno de las leyes» frente al «gobierno de los hombres» (Desde Platón, Leyes, 715, d). De todas esas cosas habría que hablar en profundidad para establecer en toda su complejidad la geografía de ese universo ético que es el Imperio de la Ley. Pero para empezar hay que dejar desde el principio bien sentado que el imperio de la ley es, efectivamente, eso: un universo ético; es decir, no es una 'propiedad' del Derecho, algo inherente a la mera existencia empírica del orden jurídico, algo que nace ya con la mera norma jurídica, sino que es un postulado metajurídico, una exigencia ético política o un complejo principio moral que está más allá del puro derecho positivo; o dicho en términos familiares, que no se refiere al derecho que «es», sino al derecho que «debe ser» (Hayek, 1960, pág. 206). No se realiza, pues, en la mera legalidad. La legalidad puede, sí, producir quizá una cierta 'seguridad' -a veces sólo una «seguridad del peligro y la inseguridad» como señaló el propio Elías Díaz-, pero la legalidad como tal tanto puede incorporar como traicionar las exigencias del imperio de la ley, por que éste no aparece con la mera existencia de normas jurídicas, sino con la vigencia de unas normas que incorporen algunos rasgos muy particulares. Es decir, el imperio de la ley es un complejo imperativo moral dirigido

al sistema jurídico y que lleva en sí tanto un haz de exigencias materiales respecto a su contenido como un conjunto de exigencias formales respecto a su estructura.

I

Antes de introducirnos, siquiera sea someramente, en esa complejidad convendrá, sin embargo, apuntar la justificación de esa tan contundente ubicación del tema en el mundo de la ética. ¿De dónde extrae una noción tan aparentemente cercana al mundo de lo jurídico como la de imperio de la ley esa su condición esencialmente moral? Pues a mi juicio del principio ético de autonomía de la persona. En esta sección trataré de argumentar en síntesis por qué lo creo así. Me parece indudable que uno de los pilares centrales del edificio de nuestras convicciones morales compartidas es un arquetipo del ser humano como agente moral que decide sobre sus propias acciones, gobierna el curso de su conducta y diseña su proyecto de vida a partir de datos y exigencias que él mismo tamiza y acepta críticamente. Es esa suerte de protagonismo del propio individuo en lo que atañe a su trayectoria vital lo que tiene reconocido en la cultura europea moderna un valor tan característico. La «dignidad del hombre», tal y como es acuñada con fuerza desde el Renacimiento, reposa precisamente en esto: en que su lugar y su imagen en el mundo los conquiste el ser humano por su propia decisión y elección, en que module su naturaleza según su arbitrio, en que sea el «modelador y definidor» de sí mismo, en que tenga la condición de ser aquello que quiera ser (Pico della Mirandola, págs. 105-106). Es un ideal moral que llega hasta nosotros a través de la Ilustración europea. No hay más que recordar a Kant a este respecto. Y es lo que todavía seguimos utilizando para adscribir la condición de «ser persona»: vivir nuestra vida de acuerdo con un plan, proponemos una identidad propia a través de nuestros propósitos, de lo que intentamos hacer y ser en la vida (Rawls, pág. 408). No creo equivocarme si afirmo que es la misma idea que late en el pensamiento de Elías Díaz cuando habla de cosas como la «dignidad de la persona humana» o la «autonomía última de la decisión ética del hombre» (1971, págs. 412 y 413). La descripción que hace Isaiah Berlin de este ideal merece ser citada en su integridad:

> «Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo, y no de fuerzas exteriores, sean éstas del tipo que sean. Quiero ser el instrumento de mí mismo y no de los actos de voluntad de otros hombres. Quiero ser sujeto y no objeto, ser

> movido por razones y por propósitos conscientes que son míos, y no por causas que me afectan, por así decirlo, desde fuera. Quiero ser alguien, no nadie; quiero actuar, decidir, no que decidan por mí; dirigirme a mí mismo y no ser movido por la naturaleza exterior o por otros hombres como si fuera una cosa, un animal o un esclavo incapaz de representar un papel humano; es decir, concebir fines y medios propios y realizarlos». «...Sobre todo, quiero ser consciente de mí mismo como ser activo que piensa y que quiere, que tiene responsabilidad de sus propias decisiones y que es capaz de explicarlas en función de sus propias ideas y propósitos» (I. Berlin, 1969, pág. 131, trad. esp., págs. 201-2).

Cuando afirmo que este ideal, según el cual la dignidad del ser humano se basa en la propia dirección de su comportamiento, en el compromiso con sus deliberaciones y sus actos y en la propia guía a partir de sus valores y convicciones, es el ideal antropológico que está subyacente en nuestras convicciones morales compartidas, lo que quiero decir es que sin presuponer un agente moral con estas características hasta nuestro uso típico del lenguaje moral acaba por perder su sentido. Porque, en efecto, si nuestras decisiones dependen de fuerzas externas, si somos instrumento de la voluntad de otros, si somos meros «objetos», si somos movidos por causas ajenas que nos fuerzan a actuar, si la naturaleza u otros hombres deciden por nosotros, *entonces* nociones morales tan elementales como deber, responsabilidad, reproche, mérito, culpa, compromiso, etc..., que son las nociones clave de nuestro lenguaje moral, pierden todo su significado. No podemos ser responsables, ni culpables, merecedores de respeto ni de reproche, no podemos ser moralmente buenos o malos, sino moralmente inimputables, y ello porque en sentido estricto no somos agentes morales, no somos «personas», es decir no somos los destinatarios de ese lenguaje moral. Estaríamos, pues, o bien en la más caótica y arbitraria ausencia de responsabilidad, o bien en lo que alguna vez, criticando al Luckács más rígido e irreconciliable, Elías Díaz ha llamado agudamente la «culpabilidad objetiva».

Y sin embargo este ideal de la persona humana como ser autónomo parece entrar inevitablemente en colisión con la existencia de la sociedad política y de las normas jurídicas que le son inherentes. Si la autonomía personal significa que soy yo quien me gobierno a mí mismo, que las razones que tengo para la acción surgen de mí o son aceptadas por mí, la presencia del Gobierno y de sus normas coactivas sobre mí tiene que ser, al menos parcialmente, incompatible con mi autonomía. Cuando estoy sujeto a normas que se me imponen si es necesario mediante una apelación a la fuerza, es decir, cuando soy

el sujeto obligado por normas jurídicas, entonces, y en la medida en que lo soy, *no soy* un agente moral autónomo, porque ser un agente con esas características parece excluir, por definición la acción del poder político sobre mi conducta.

La respuesta europea moderna a esta encrucijada del pensamiento se articula en dos pasos. En primer lugar se justifica la creación y la existencia del poder político y del sistema jurídico en base a razones aparentemente prudenciales. Los seres humanos tienen, unos respecto de otros, deseos, intereses y objetivos a veces incompatibles. La coexistencia de seres portadores de tales deseos e intereses en conflicto se ve gravemente amenazada por ello, porque la condición humana es, en este aspecto, insaciable, y tiende o puede tender eventualmente a satisfacer esos deseos e intereses, irrumpiendo violentamente en el espacio de los demás. Cada agente tiene que tener por ello razones prudenciales para propiciar que exista un mecanismo disuasorio de las conductas amenazantes de los otros con respecto a él. Este mecanismo es una agencia centralizada de coacción con el monopolio del uso de la fuerza. La existencia de esa agencia y sus actos de administración de la fuerza (que son las normas jurídicas) determina que las eventuales conductas agresivas, al sentirse amenazadas con sanciones coactivas y, en su caso, castigadas, queden prevenidas y limitadas. Ésa es la primaria razón de ser del poder político-jurídico. Lo que quizá expresaba Elías Díaz cuando aludía a «la posibilidad de una primaria, aunque imprescindible y esencial, zona de seguridad jurídica».

El segundo paso de la argumentación (en términos analíticos, no, por supuesto, históricos), trataría de responder a una cuestión que expresada en lenguaje llano sería ésta: ¿No será peor el remedio que la enfermedad? Porque en efecto, al poner en pie un artefacto dotado de todo el poder que lleva consigo el monopolio virtual de la fuerza -el uso en exclusiva de la violencia- las más sombrías amenazas se proyectan otra vez sobre la esfera de acción de los individuos, y, por tanto, sobre su autonomía personal. Si el «poder» puede ser definido como la *capacidad* de conseguir que otros hagan cosas que de otro modo no harían (Dahl, 1957), es decir, cosas que no harían si fueran plenamente autónomos, entonces el poder de ese mecanismo que monopoliza el uso de la fuerza es esa capacidad ejercida a gran escala. La suerte de los propósitos y proyectos de los seres humanos bajo un poder ilimitado de estas características no sería, desde luego, muy envidiable y la dignidad del hombre entendida como autonomía individual estaría supeditada nuevamente a los excesos de un mecanismo tan veleidoso, insaciable e impredecible como el que más. ¿Qué respuesta existe ante este desafío? Pues, a mi juicio, la respuesta es la aportación más propia y característica del pensamiento europeo a la teoría de las instituciones políticas: la elaboración de un conjunto

de ideales complejos inspirados en postulados éticos, en exigencias morales, cuyo sentido último es precisamente la protección de la autonomía del individuo frente al poder político. Esos ideales son: 1) El *Imperio de la ley*, 2) Los *derechos del hombre* y 3) El *principio democrático*. Son, creo, los tres ideales que Elías Díaz ha pretendido englobar en uno solo mediante su noción amplia y ambiciosa de «Estado Democrático de Derecho»: imperio de la ley, pero ley entendida como expresión de la voluntad general, es decir, principio democrático, y ley que posibilite el reconocimiento formal y la realización efectiva de los derechos del hombre. Yo, por el contrario, prefiero proceder a aislar el primero de esos ideales, asumiendo que puede tener vida propia al margen de los otros y reflexionar únicamente sobre él.

Y en primer lugar es preciso especificar un poco la relación que pueda tener la noción de imperio de la ley con la autonomía personal. El argumento sería, en síntesis, el siguiente: el Derecho, como orden estático de normas y como orden dinámico de actos de aplicación de esas normas, es para los seres humanos una «circunstancia» que afecta profundamente (aunque a veces inadvertidamente) sus vidas, sus relaciones personales, su libertad, sus bienes. Los comportamientos cotidianos, las actividades, los proyectos personales de cada uno se desarrollan siempre en el marco de ese universo de normas jurídicas, condicionados por ellas, limitados a veces, protegidos otras. Nuestros planes de vida corno seres humanos dependen en una medida muy relevante de su presencia. El derecho puede hacerlos posibles u obstaculizarlos, puede determinar que sean seguros o que sean azarosos, puede promocionarlos o impedirlos. En definitiva el derecho es un componente extremadamente importante del contexto de nuestras decisiones y planes de vida. Pues bien, en la moderna teoría de la decisión, al analizar precisamente el contexto de las decisiones, se distingue entre *contexto pasivo o paramétrico y contexto activo o estratégico* (Elster, 1983, pág. 12). Un contexto paramétrico es aquel cuyos componentes o datos son fijos o tienen un valor fijo. Un contexto estratégico, por el contrario, es aquel cuyos elementos componentes están sujetos a variaciones (en mayor o menor grado y en función de diferentes variables). Naturalmente el contexto paramétrico es en gran medida *previsible* o *predecible*; el contexto estratégico en cambio tiende a ser más o menos imprevisible e impredecible. Pues bien, en el seno de contextos del primer tipo se abren ante el individuo-decisor las posibilidades de proyectar con razonable seguridad sus acciones y anticipar sus consecuencias. En el seno de contextos del segundo tipo, por su carácter cambiante, inesperado e inseguro el individuo-decisor tiene muchas más dificultades a la hora de construir o configurar algún proyecto estable porque se ve forzado a responder

«a la defensiva» y caso por caso a los desafíos y respuestas imprevistas que el contexto le vaya lanzando. El Derecho, como parte sustancial de nuestro contexto de decisión, puede configurarse también como un dato fijo -«gobierno de leyes» como pautas objetivas y estables-, o como un dato cambiante -«gobierno de hombres» como decisiones e iniciativas personales impredecibles. En el primer caso la autonomía personal tiene ante sí un marco de acción y decisión lo suficientemente estable y acotado. En el segundo caso, la variabilidad del contexto mismo y de sus caprichosas reacciones se imponen a los propósitos del agente y su autonomía queda minimizada. La noción de «Imperio de la ley» se dirige precisamente a evitar esto último y su primera (aunque no única) razón de ser puede encontrarse aquí: Como escribió López de Oñate en un estudio ya clásico, pensado -no se olvide- en plena turbulencia fascista: «La abstracción, la rigidez, la fijeza de la norma contra las que desde tantos arcos se lanzan millares de flechas, sólo tienden simplemente a esto, a garantizar de manera cierta e inequívoca la acción, en forma que puedan los hombres contar con lo que ha de ocurrir» (1953, pág. 75). Al exigir un contexto jurídico de decisión *paramétrico*, es decir, un contexto de «certidumbre», el principio del «Imperio de la ley» sólo pretende que el ser humano tenga la posibilidad en el más alto grado posible «de prever las consecuencias de sus acciones», lo que supondría por sí mismo el que pudiera «hacer planes con confianza» (Hayek, 1960, pág. 153).

II

Suponiendo que el ideal de «Imperio de la ley» tiene, efectivamente, como uno de sus objetivos básicos establecer en su ámbito las condiciones de posibilidad de la autonomía individual y tratar de desarrollarla al máximo ¿cómo procede a hacerlo? Antes recordaba que la noción de «Imperio de la ley» no es una noción descriptiva que nos diga como «es» el Derecho, sino un complejo ideal metajurídico que nos dice cómo «debe ser» el Derecho. Pues bien, de acuerdo con ese ideal el Derecho debe ser a) Un conjunto de *normas*, b) tales normas deben tener una estructura interna especial, y c) los procedimientos de aplicación de esas normas deben cumplir con ciertas exigencias. Veámoslo paso a paso.

A) En primer lugar, el «Imperio de la ley» como ideal ético-político impone al Derecho una exigencia «normativista». El núcleo principal del ordenamiento jurídico *debe* estar compuesto por *normas* en el sentido de *reglas*. La existencia empírica de la norma en la

sociedad, en su acepción más inmediata de «regularidad» en la conducta (de los demás ciudadanos y del poder) es uno de esos ingredientes que son capaces de configurar un contexto paramétrico propicio para el desarrollo de la autonomía individual. Por ello, el Derecho debe modular los comportamientos muy predominantemente mediante reglas o normas. Esta opción en favor del «normativismo» se opone formalmente a una posible opción en favor del «decisionismo» que pretende que el Derecho sea fruto de decisiones individuales, súbitas y concebidas «ad hoc», no gobernadas por pauta alguna y emitidas por quien detenta el poder. No es, como pudiera parecer, una opción teorética, sino una opción práctica. No trata de definir científica o filosóficamente lo que el derecho es, sino lo que el derecho debe ser. Y el «Imperio de la ley» nos recuerda que la autonomía individual sólo es posible en un contexto social *regulado*, es decir, sometido a normas. Un contexto social asaltado inesperadamente por decisiones súbitas e impredecibles minimiza las posibilidades de la autonomía del individuo para hacer planes de vida. Seguramente por ello los juristas de impronta y ascendiente liberal han tendido históricamente a defender el normativismo, mientras que los juristas de impronta autoritaria y antiliberal han tendido a defender el decisionismo (Cfr. por ejemplo, La Torre, 1992). La clara posición ontológica de Elías Díaz en favor de una concepción «normativa» del derecho y su explícito rechazo del decisionismo arbitrario propio de los caudillos fascistas se puede interpretar también desde esta perspectiva.

B) ¿Cuál es la estructura interna que el principio del «Imperio de la ley» impone a las normas jurídicas que *deben* formar el núcleo más importante del ordenamiento?

1. En cuanto a la *autoridad* que emite las normas, debe hallarse facultada para hacerlo por una norma jurídica de competencia, y su actuación debe circunscribirse al ámbito de competencia previsto en esa norma. En el Estado de Derecho la autoridad está prefigurada e identificada por la ley. De este modo se cancela la posibilidad de los gobiernos llamados «de facto» y la actuación «ultra vires» de cualquier autoridad.

2. Las normas jurídicas *deben* ser *generales*, es decir, sus destinatarios han de ser identificados mediante rasgos generales y no mediante nombres propios o descripciones definidas. Esta exigencia de generalidad ha tratado de emparentarse tradicionalmente con la idea de igualdad ante la ley. Así Dicey afirmaba que en uno de sus significados posibles el «rule of law» implicaba «que todo hombre, cualquiera que sea su rango o condición, está sujeto al derecho ordinario del reino y está sometido a la jurisdicción de los tribunales

ordinarios... que todo oficial, desde el Primer Ministro hasta un guardia o un recaudador de impuestos está bajo la misma responsabilidad que cualquier otro ciudadano por todo acto hecho sin justificación legal» (1982, pág. 193). Pero parece más convincente circunscribirla a su justificación moral más inmediata: las reglas generales cumplen con la exigencia de «imparcialidad» que es uno de los requisitos formales de la corrección moral (Rawls, 1970, págs. 161-62).

3. En cuanto al ámbito de aplicación temporal las normas jurídicas *deben* ser *prospectivas* y no *retroactivas* y *deben* ser razonablemente *estables* en el tiempo. La prohibición de la retroactividad se explica por sí misma: el agente es objeto de un reproche o una sanción por una conducta anterior en el tiempo y que, por tanto, no es ya posible reconsiderar. El requerimiento de *estabilidad* se fundamenta en la conveniencia de que el destinatario de la norma tenga un ámbito razonable de previsibilidad de las reacciones legales sobre su conducta. Naturalmente la propiedad de ser *estable* o *inestable* es una propiedad disposicional (Cfr. Garzón Valdés, 1987) y de grado: depende de la clase de situaciones que produzcan la modificación de la norma, y de la frecuencia de esas modificaciones. Una norma que resulta modificada todos los días debido a circunstancias irrelevantes, variadas o caprichosas no sirve como punto de referencia para guiar la conducta del destinatario. Pero ello no quiere tampoco decir que las normas tengan que ser inmutables, ni que el ordenamiento haya de estar aquejado por una especie de esclerosis. Tales cosas producirían también incertidumbre y falta de previsibilidad.

4. Las normas jurídicas *deben* ser *públicas* y *claras*. Es evidente que cualquiera que desee desarrollar un proyecto personal confiable debería poder conocer en el mayor grado posible los eventuales límites y obstáculos a ese proyecto. Si las normas jurídicas son secretas o de muy complicado acceso será difícil saber a qué atenerse respecto de los hipotéticos efectos de esas normas sobre la propia conducta. La *claridad* también tiene relación con esto, porque si las normas son contradictorias o de significado extremadamente impreciso, o perfectamente herméticas, los actos de aplicación de las mismas tendrán que ser, por fuerza, imprevisibles. Naturalmente, esto no quiere decir que puedan evitarse los ineludibles márgenes de vaguedad y ambigüedad de todo lenguaje natural (como lo es, en gran medida, el lenguaje jurídico), pero usar *deliberadamente* expresiones de gran vaguedad, cláusulas sin fondo, tipos penales abiertos o conceptos indeterminados ha sido siempre mirado como el caldo de cultivo de la discrecionalidad y como una amenaza potencial a la seguridad del ciudadano y la certeza de su proyecto.

Para resumir: El «rule of law» es un ideal ético-político que afirma que el ordenamiento jurídico *debe* vertebrarse en torno a un conjunto de *normas* emitidas por una *autoridad reconocida, generales, prospectivas, estables, claras* y *ciertas*. Ese núcleo 'duro' del ordenamiento establece así un marco de convivencia basado en un contexto de decisión cuyos datos más importantes son conocidos y razonablemente firmes. De esta forma, las conductas de los demás pueden ser «esperadas» y las decisiones del poder previstas de antemano en cierto grado, haciendo así posible proyectar la propia personalidad en un plan de vida que se adapte a ese marco.

A partir de ese núcleo duro el ordenamiento jurídico se articula como un orden jerárquico en el que las normas particulares son guiadas por las normas generales, y un conjunto de principios estructurales como el principio de legalidad, el principio de jerarquía normativa o el principio de interdición de la arbitrariedad de los poderes públicos conforma toda la arquitectura del sistema legal. Lo que se pretende con esta compleja construcción es que el individuo, para proteger su autonomía personal, puede apelar a reglas preestablecidas, tanto frente a los demás conciudadanos como frente al poder de la Administración, y disponga de un marco normativo dentro del cual sus decisiones estén, en principio, amparadas por un *status* similar al que técnicamente llamamos «inmunidad» (Hoffeld, 1968, pág. 81), es decir, un *status* legal de «libertad de una persona frente a la potestad jurídica o control jurídico de otro». Lo que quiere decir que ante cualquier acto dudoso de un particular o del propio poder público, el individuo puede demandar protección de su esfera de autonomía personal en virtud de esas normas generales que la protegen.

C) De acuerdo con Dicey, el más influyente teorizador inglés de esta institución, el primer significado de «rule of law» es «que ningún hombre ha de ser castigado o puede sufrir legalmente en su cuerpo o en sus bienes excepto por una violación específica de la ley, establecida del modo legal ordinario ante los tribunales ordinarios del país» (Dicey, 1982, pág. 110). El «Imperio de la ley» articula así, como he mencionado, un conjunto complejo de exigencias *también* sobre ese aspecto dinámico del ordenamiento que desemboca en los actos de aplicación de las normas jurídicas. Y lo hace estableciendo límites institucionales, garantías de imparcialidad y exigencias argumentales al proceso de interpretación y aplicación del derecho. El mecanismo de adjudicación de las normas no puede ser cualquiera. Debe cumplir con ese conjunto de exigencias que, en el ámbito anglosajón, ha sido característicamente denominado «debido proceso de ley» *(due process of law)*.

C1. *Requisitos institucionales*.-Cuando surge una discusión sobre el alcance de una norma, una violación de derechos o un problema de indefinición de un *status* jurídico, el ciudadano ha de poder acceder con facilidad a una *agencia institucional* para someter el problema. Dicha agencia debe estar perfectamente diferenciada de la Administración y del Gobierno *(Separación de Poderes)* y sus miembros integrantes, los jueces, han de verse revestidos por una característica *independencia* individual ante el caso controvertido (inamovilidad, retribución suficiente, etc...). Este procedimiento es el que protege la autonomía individual en el marco legal. Su función básica, como afirmaba Dicey, es precisamente que nadie pueda establecer limitaciones, atribuir responsabilidades ni acordar sanciones que no estuvieran previstas de antemano por la norma *(nullum crime, nulla poena, sine lege)*. Para ello, naturalmente, la organización judicial como tal debe ser facultada no sólo para resolver desacuerdos entre particulares, sino también para supervisar la acción de la Administración y la normativa subordinada (Jurisdicción Administrativa), e incluso la legislación emanada del órgano parlamentario (Jurisdicción Constitucional). Escribía a este respecto Elías Díaz en 1971: «Cuando los órganos estatales ejecutivos y de administración preferentemente, pero también en su caso lo órganos legislativos, dejan de atenerse de un modo u otro a la legalidad creada por su propio Estado, corresponderá a los órganos jurisdiccionales (Justicia administrativa en general, y Tribunal de Garantías Constitucionales de modo especial), la tarea suprema de actuar como *ultima ratio* para restaurar el orden violado y reajustar la situación rota de esa manera ilegal. Con ello el poder judicial devuelve en cierto modo la seguridad perdida: el poder judicial constituye así el más firme apoyo y la respuesta última para la seguridad jurídica. Si dejase de cumplir esa importante y decisiva función de control jurisdiccional -por la razón que fuese, falta de honestidad, falta de independencia, etc...- la seguridad de los ciudadanos peligraría más que nunca. Un poder judicial independiente es, por ello, imprescindible para que la seguridad pueda hacerse realmente efectiva» (1971, pág. 45).

C2. *Condiciones de imparcialidad*.-Se trata de aquellas exigencias de imparcialidad que han venido denominándose, por alguna tradición, «principios de Justicia Natural» y que hacen referencia: a) a la posición del juez como órgano decisor ajeno a cualquier actitud tendenciosa (p. e. el principio *nemo iudex in causa sua*) o a cualquier tipo de partidismo (p. e. el principio *audi alteram partes*), b) a la situación de las partes en el procedimiento, que deben disponer, en condiciones equitativas, de medios de prueba y de posibilidades de presentar argumentos en la medida más amplia posible,

c) a ciertos rasgos del acto mismo en el que se producen los argumentos y las pruebas (p. e. la *publicidad* de la audiencia).

C3. *Exigencias de la argumentación*.-En el marco de esos requisitos y condiciones se produce un acto de aplicación del derecho. Dicho acto, que no es otra cosa que una norma particular, debe ser la *conclusión* de un razonamiento práctico. Digo 'debe ser' porque no necesariamente 'tiene' que serlo o lo 'es' siempre. Cuando se dice de alguna proposición que es la *conclusión* de un razonamiento, lo que se dice es que tal proposición tiene una relación específica con otras proposiciones que se llaman *premisas* del razonamiento. Esa relación específica consiste en que la conclusión se *infiere* de las premisas. Digo todas estas obviedades para recordar ahora en qué consiste ese 'deber ser': el ideal de «Imperio de la ley» establece, en primer lugar, que la decisión ha de inferirse válidamente de las premisas: esto es lo que significa que la decisión ha de estar *motivada*. Y en segundo lugar que dicha motivación ha de descansar de una manera decisiva en las reglas generales y ciertas que antes hemos examinado. Ello quiere decir que las premisas más importantes de esa inferencia práctica habrían de ser precisamente esas reglas generales, las normas jurídicas, y que, por ello, el juzgador, si pretende que su decisión esté justificada desde el punto de vista del «imperio de la ley», ha de operar sobre la base de un compromiso de adhesión a esas normas. Naturalmente, la argumentación jurídica es muy compleja, y en ella intervienen razonamientos de otros tipos y premisas de muy variada naturaleza (Atienza, 1991), pero creo necesario subrayar que para que se respete el «rule of law» las premisas que, por ejemplo, expresen deseos, preferencias o intereses personales del juzgador deben ser canceladas e ignoradas en la argumentación, así como deben ser ignoradas las premisas fácticas que expresen hechos no establecidos por las vías normativamente tasadas de prueba. Esto es, seguramente, lo que se pretende hoy transmitir cuando se afirma que la aplicación del derecho es un tipo de razonamiento práctico altamente institucionalizado, y esto es lo que late aún de verdad en el viejo y desacreditado dicho de que los jueces son la boca pasiva de la ley. Lo que me interesa subrayar es que las exigencias del «imperio de la ley» postulan que la decisión judicial sea una consecuencia lógica posible en un esquema deductivo presidido por las normas jurídicas antes descritas. Lo que nos llevaría a la tesis fuerte de que el principio del «Imperio de la ley» exige que el núcleo de esa argumentación sea un razonamiento *deductivo*.

No quería, sin embargo, suscitar ahora un tema tan espinoso. Sólo pretendía con él cerrar la enumeración de cuestiones propias de una reflexión sobre una idea que Elías Díaz formuló así: «El imperio

de la ley constituye la nota primaria y fundamental del Estado de Derecho», y que acompañó líneas después con otra consideración importante: «[...] cuando faltan garantías procesales, cuando los detenidos y procesados no son respetados, cuando hay amplias zonas de la actividad pública a las que injustificadamente no llegan los recursos jurídicos, cuando el poder político se inmiscuye bajo formas diferentes en la actuación de los Tribunales, cuando las jurisdicciones especiales actúan con demasiada frecuencia en sustitución de la jurisdicción ordinaria, etc..., puede decirse -concluía con toda contundencia- que no existe en modo alguno Estado de Derecho» (Díaz, 1966, pág. 34). Esto está escrito en 1966, es decir, hace casi treinta años. En esos libros y en esos párrafos aprendieron muchos el aroma jurídico viejo pero profundamente innovador del Imperio de la Ley. Ninguna preocupación actual debería hacernos olvidar que, con toda su aparente modestia, ese sigue siendo un punto de partida irrenunciable.

BIBLIOGRAFÍA

Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho,* Madrid, 1991.
Berlin, *Four Essays on Liberty,* Oxford, 1969.
Dahl, Robert, *The Concept of Power,* Behavioral Science, 1957, 2.
Díaz, Elías, *El Estado de Derecho y Sociedad Democrática,* Madrid, 1966.
Díaz, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho,* Madrid, 1971.
Dicey, A. V., *Introducción to the Study of the Law of the Constitution,* 1982. (Ed. The Liberal Fund.).
Elster, J., *Sour Grapes,* 1983.
Garzón Valdés, Ernesto, *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos,* 1987.
Hayek, Fredrich, *The Constitution of Liberty,* 1960.
Hohfel, Wesley, *Conceptos jurídicos fundamentales,* 1968.
La Torre, Massimo, *La «Lotta contro il Diritto Soggettivo»,* 1992.
López de Oñate, Flavio, *La certeza del derecho,* 1953.
Pico della Mirandola, Giovanni, *De la dignidad del hombre,* Ed. Nacional, 1984, Madrid.
Rawls, John, *A Theory of Justice,* 1971.

ELÍAS DÍAZ: BIBLIOGRAFÍA (1961-1994)

I. LIBROS

1. *Estado de Derecho y sociedad democrática,* Editorial Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1966 (siete ediciones hasta 1979); octava edición, Taurus, Madrid, 1981 (siete reimpresiones entre 1983 y 1991). Traducción portuguesa, Lisboa, Iniciativas Editoriais, 1972.

2. Revisión de Unamuno. Análisis crítico de su pensamiento político, Tecnos, Madrid, 1968.

3. *Sociología y Filosofía del Derecho,* Taurus, Madrid, 1971 (tres reimpresiones entre 1974 y 1977); 2.ª edición 1980 (siete reimpresiones entre 1981 y 1992).

4. *La filosofía social del krausismo español,* Editorial Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1973; 2.ª edición, Fernando Torres editor, Valencia, 1983; 3.ª edición, Madrid, Editorial Debate, 1989.

5. *Pensamiento español en la era de Franco (1939-1975),* edición original, Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1974, como «Notas para una historia del pensamiento español actual (1939-1973)»; 2.ª edición, 1978; 3.ª edición, con aquel corregido título, Tecnos, Madrid, 1983; 4.ª edición 1992. Traducción italiana, Arnaldo Lombardi Editore, Milano y Palermo, 1990. Traducción alemana, Vervuert Verlag, Frankfurt am Main, 1991.

6. *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático,* Civitas, Madrid, 1978.

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

8. *De la maldad estatal y la soberanía popular,* Debate, Madrid, 1984.

9. *La transición a la democracia (Claves ideológicas, 1976-1986),* Madrid, Eudema, 1987.

10. *Ética contra política. Los intelectuales y el poder,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990. Traducción italiana, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane. 1992.

11. *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón,* Madrid, Alianza Editorial, 1994.

II. BIBLIOGRAFÍA ANUAL SELECCIONADA

1961

«Substanciación de lo colectivo y Estados totalitarios», *Anuario de Filosofía del Derecho,* VIII.

«El tema de la naturaleza de las cosas en la filosofía jurídica», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid,* 12.

1962

«Marx y marxismo (Estudios histórico-críticos de Rodolfo Mondolfo)», *Revista de Estudios Políticos,* 121, enero-febrero.

«Sentido político del iusnaturalismo», *Revista de Estudios Políticos,* julio-agosto.

1963

«Ética social en el pensamiento de Aranguren», *Revista de Estudios Políticos,* 121, enero-marzo.

«Fascismo y neofascismo», *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca,* 28, marzo.

«Teoría general del Estado de Derecho», *Revista de Estudios Políticos,* 131, septiembre-octubre.

«Juan XXIII: Encíclica 'Pacem in Terris'», *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca,* 29-30, noviembre.

1964

«Dos revoluciones imposibles», *Cuadernos para el Diálogo,* 4, enero.

«Sociedad de masas y sistemas políticos contemporáneos», *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca,* 31, junio.

«El tema de las personas jurídicas en la filosofía del Derecho», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid,* 20.

«¿Qué significa querer la paz?, en Actas del Primer Congreso de Filosofía del Derecho sobre «Derecho y paz», Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid.

1965

«Áreas de segregación residencial del universitario de Madrid», *Revista Española de Sociología,* 1, enero-marzo, 1965 (en colaboración con Eduardo Martínez de Pisón).

«F. Giner de los Ríos (Dos libros suyos en el cincuentenario de su muerte)», *Cuadernos para el Diálogo,* 23-24, agosto-septiembre.

«Sociología jurídica y concepción normativa del Derecho, *Revista de Estudios Políticos,* 143, septiembre-octubre.

«El pensamiento político de Unamuno», estudio preliminar a la *Antología del pensamiento político de Unamuno* (preparada también por el autor), Tecnos, Madrid.

1966

«Estado de Derecho y sociedad democrática», *Cuadernos para el Diálogo,* Madrid (cfr. Libros, l).

«Para un diálogo catolicismo-marxismo», *Revista de Occidente,* 37, abril.

«Ejecutivo fuerte y ejecutivo incontrolado», *Cuadernos para el Diálogo,* 35-36, agosto-septiembre.

«Tendencias y grupos políticos en las Cortes de Cádiz y en las de 1820», *Cuadernos Hispanoamericanos,* 201, septiembre 1966 (en colaboración con Raúl Morodo).

«Introducción a la sociología del Derecho natural», estudio preliminar a la traducción al castellano, hecha también por el autor, de la obra de Kelsen, Bobbio y otros autores *Crítica del Derecho natural,* Taurus, Madrid.

1967

«Socialismo y marxismo en el primer Unamuno: intento frustrado», *Cuadernos para el Diálogo,* 41, febrero.

«Diez puntos para la reforma universitaria», *Cuadernos para el Diálogo,* V extraordinario, mayo.

«Mediación hecho-valor en la temática de la sociología del Derecho», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid,* 30.

«Reformismo social krausista: Gumersindo de Azcárate», estudio preliminar a la nueva edición, preparada también por el autor, de la obra de G. de Azcárate *Minuta de un testamento,* Ediciones de Cultura Popular, Barcelona.

1968

«Revisión de Unamuno. Análisis crítico de su pensamiento político», Tecnos, Madrid (cfr. Libros, 2).

«La Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de la Revolución francesa», *Cuadernos para el Diálogo,* XII extraordinario, diciembre.

«La filosofía marxista en el pensamiento español actual», *Cuadernos para el Diálogo,* 63, diciembre.

1969

«Sanz del Río y el krausismo español», *Cuadernos para el Diálogo,* 64-65, enero-febrero.

«La seguridad jurídica en el Estado de Derecho», *Cuadernos para el Diálogo,* XVII extraordinario, diciembre.

1970

«El PSOE y la Segunda República», *Cuadernos para el Diálogo,* 76, enero.

1971

«Sociología y filosofía del Derecho», Taurus, Madrid (cfr. Libros, 3).

«Sanz del Río sobre Krause y Hegel (Notas sobre la difusión de la filosofía krausista en España)», *Boletín Informativo de Ciencia Política,* 8, diciembre.

1972

«Krausistas e institucionistas: un siglo de pensamiento liberal», *Triunfo*, 515, 12 de agosto.

1973

«La filosofía social del krausismo español», *Cuadernos para el Diálogo,* Madrid (cfr. Libros, 4).

«La enseñanza de la sociología jurídica de España», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez de la Universidad de Granada,* 13, 2.

1974

«Notas para una historia del pensamiento español actual (1939-1973)», *Cuadernos para el Diálogo,* Madrid (cfr, Libros, 5, *Pensamiento español en la era de Franco,* 1939-1975).

«La sociología de la magistratura en la obra del profesor Treves», escrito preliminar a la traducción castellana de la obra de R. Treves *El Juez y la sociedad,* Cuadernos para el Diálogo, Madrid.

1975

«Anotaciones sobre el pensamiento español desde 1939», *Cuadernos para el Diálogo,* 136-137, enero-febrero.

«Fernando de los Ríos: socialismo humanista y socialismo marxista», *Sistema*, 10, julio.

«Legitimidad crítica y pluralismo ideológico», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez de la Universidad de Granada,* 15.

«¿Lo primero la libertad?», *Cuadernos para el Diálogo,* L extraordinario, diciembre.

1976

«Socialismo democrático y derechos humanos», en la obra de varios autores *Política y derechos humanos,* Fernando Torres Editor, Valencia.

«La Institución Libre de Enseñanza en la España del nacional-catolicismo», *Historia Internacional,* 16, julio.

Estudio preliminar a *El sentido humanista del socialismo,* de Fernando de los Ríos, nueva edición preparada también por E. Díaz, Castalia, Madrid.

«Sobre los orígenes de la fragmentación actual del socialismo español (Autocrítica para la unidad)», *Sistema*, 15, octubre.

«¿Qué entienden las derechas por marxismo?», *El País,* 4 de diciembre.

1977

«Estado de Derecho y Estado de derechas», *El País,* 23 de enero.

«El Estado democrático de Derecho y sus críticos izquierdistas», *Sistema*, 17-18 abril.

«Dictadura del proletariado y socialismo democrático», *El Socialista* (suplemento Elecciones), junio.

«Militancia política y objetividad científica», *El Socialista,* 10 de julio.

«Democracia y monarquía», *El Socialista,* 9 de octubre.

«Ideología y Derecho. Para una crítica de la cultura jurídica de la sociedad burguesa», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez de la Universidad de Granada,* 17.

1978

«Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático, Civitas, Madrid (cfr. Libros, 6).

«Orígenes y vigencia actual del 'Movimiento de Reforma Universitaria'», *Sistema*, 24-25, junio.

«La Constitución de 1978: más allá y más acá de la Dogmática jurídica», en la obra colectiva *La Constituzione Spagnola nel trentennale della Constituzione italiana,* Arnaldo Forni Editore, Bolonia.

«La Constituzione spagnola del 1978», *Giustizia e Constituzione,* IX, 6, noviembre-diciembre.

1979

«Recuerdos e influencias de Felice Battaglia», en la obra colectiva *El Cardenal Albornoz y el Colegio de España,* VI, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.

«De algunas personales relaciones entre PSOE e Institución Libre de Enseñanza», en la obra colectiva *Homenaje a Pablo Iglesias,* Fundación Pablo Iglesias, Madrid.

«Marxismo y no marxismo: las señas de identidad del Partido Socialista Obrero Español», *Sistema*, 29-30, mayo.

«El lado oscuro de la dialéctica: consideraciones sobre el XXVIII Congreso del PSOE», *Sistema*, 32, septiembre.

«Euskadi. La paz es posible», contestación al cuestionario de *Herria 2000 Eliza,* volumen colectivo con ese título, Desclée de Brouwer, Bilbao.

«Marx, el Derecho y el Estado», en el volumen colectivo *Vida y obra de Marx y Engels,* Fundación Pablo Iglesias, Madrid.

«Il socialismo spagnolo oltre il reformismo», en el volumen colectivo *Marxismo, leninismo, socialismo. Un dibattito nella sinistra europa,* Mondo Operaio Edizioni Avanti, Roma.

1980

«El dulce encanto del desencanto», *El País,* 29 de junio.

«Fernando de los Ríos: la conciencia (posible) del socialismo español», *Revista de Occidente,* 2, julio- septiembre.

«Marx y la teoría marxista del Derecho y del Estado», *Sistema*, 38-39, octubre.

«Euskadi, España», *El País,* 31 de diciembre.

1981

«El Estado democrático de Derecho en la Constitución española de 1978», *Sistema*, 41, marzo.

«Antes del golpe, en el golpe y después del golpe». *El Socialista,* 197, 18 a 24 de marzo.

1982

Socialismo en España: el partido y el Estado, Mezquita, Madrid (cfr. Libros, 7).

«Institucionistas y socialistas en la España contemporánea», en la obra colectiva *Homenaje a Juan López Morillas (De Cadalso a Aleixandre: estudios sobre literatura e historia intelectual españolas),* Castalia, Madrid.

«Sociedad y cultura en la España de Franco (1939-1975)», en la obra colectiva *La cultura spagnola durante e dopo il franchismo,* Cadmo Editore, Roma.

«España hoy: terrorismo y Estado», en la obra colectiva *Terrorismo y sociedad democrática,* Akal, Madrid.

«Legitimidad democrática versus legitimidad positivista y legitimidad iusnaturalista», *Anuario de Derechos Humanos,* 1.

«La sociedad entre el Derecho y la justicia», Salvat, Madrid.

«Cien años de socialismo democrático», *El País,* 30 de octubre.

1983

«Socialistas bajo el franquismo (Notas en torno a un libro de Raúl Morodo)», *Sistema*, 52, enero.

«Política y cultura en el final del franquismo (1974-1975)», *Leviatán*, 11, primavera.

«Deslegitimación del Derecho y del Estado en la sociedad capitalista actual (Consideraciones a propósito de la obra de Claus Offe)», *Anuario de Derechos Humanos,* 2.

«Las grandes utopías del 48», *Derechos Humanos, otoño*.

1984

De la maldad estatal y la soberanía popular, Debate, Madrid (cfr. Libros, 8).

«Legitimidad democrática: libertad y criterio de las mayorías», *Sociología del Diritto,* 11,1.

«Problemas abiertos en la filosofía del Derecho», contestación a la encuesta propuesta bajo ese título genérico por la revista *Doxa* (Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante).

«Norberto Bobbio: claridad en la complejidad», *El País,* 23 de diciembre.

1985

«La cultura en la cuarentena», en el volumen colectivo, *La historia del franquismo,* 2 vols., Cambio 16, Madrid, 1984-85.

«La justificación de la democracia», *Sistema*, 66, mayo.

Prólogo al libro de Manuel Atienza, *Introducción al Derecho,* Barcanova.

«Franco, artífice de la transición», *El País,* 30 de diciembre.

1986

«Autobiografía intelectual», *Anthropos*, 62, junio, Barcelona.

«Tierno Galván, entre el fraccionamiento y la totalidad», *Sistema*, 71-72, junio.

«Unamuno y el alzamiento militar de 1936», *Sistema*, 75, noviembre.

1987

«Ortega y la Institución Libre de Enseñanza», *Revista de Occidente,* 68, enero.

«Legitimidad y justicia: la Constitución, zona de mediación», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* Universidad de Alicante, 4.

La transición a la democracia (Claves ideológicas 1976-1986), Madrid, Eudema (cfr. Libros, 9).

1988

«La España de hace un cuarto de siglo: la realidad y el pensamiento», *Cuadernos para el Diálogo,* diciembre (número especial en recuerdo de los *25* años de la aparición de la revista).

«Notas ('concretas') sobre legitimidad y justicia», *Anales de la cátedra Francisco Suárez de la Universidad de Granada,* 28.

«Socialismo democrático: instituciones políticas y movimientos sociales», *Revista de Estudios Políticos,* 62, octubre-diciembre.

1989

«Miguel de Unamuno y la guerra civil», en la obra colectiva *Actas del Congreso Internacional. Cincuentenario de Unamuno,* Salamanca, 1989.

«Estado de Derecho 'versus' Estado franquista», *Pérgola-Revista Cultural,* 9, abril, Ayuntamiento de Bilbao.

«Las ideologías de (sobre) la transición», en la obra colectiva *La transición democrática española* (Eds. J. F. Tezanos, R. Cotarelo y A. de Blas), Madrid, Sistema.

1990

«Los intelectuales y la política. Homenaje a Julián Besteiro», en la obra colectiva de igual título, Madrid, Fundaciones Sistemas y Jaime Vera.

Ética contra política. Los intelectuales y el poder, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (cfr. Libros, 10).

1991

«Breves notas para la prehistoria y la intrahistoria de 'Sistema'», *Sistema*, 100, enero.

«Notas sobre teoría y práctica del krausismo español», *Letras Peninsulares,* Spring, Michigan State University.

«Felipe González Vicén (1908-1991)», *Doxa*, 9, Universidad de Alicante.

1992

«Sociedad y derecho: la razón de la fuerza y la fuerza de la razón», en la obra colectiva *Escritos de Teoría Sociológica en Homenaje a Luis Rodríguez Zúñiga,* Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas.

«Renato Treves (1907-1992)», *Doxa*, 12, Universidad de Alicante y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

1993

«Norberto Bobbio: bases realistas para el socialismo democrático, *Sistema*, 112, enero.

«La revista 'Triunfo': cultura y democracia en España», *Sistema*, 113, marzo.

«Tuñón de Lara y Telmo Lorenzo: de la oposición y de la transición», en la obra colectiva *Manuel Tuñón de Lara. El compromiso con la Historia. Su vida y su obra,* Universidad del País Vasco.

1994

«¿Bobbio 'versus' Bobbio? Dualismo analítico y razón práctica», *Sociologia del Diritto,* Milano, vol. XXI/2.

«El Gabinete técnico-ideológico del profesor Ollero (España, años sesenta), *Debate abierto* (Revista de Ciencias Sociales), volumen Homenaje al Prof. Carlos Ollero, Madrid, núm. 10.

Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón, Madrid, Alianza Editorial (cfr. Libros, 11).

PROBLEMAS DE LA DEMOCRACIA

LO PRIVADO PÚBLICO: ALTRUISMO Y POLITEYA DEMOCRÁTICA

A Elías Díaz

j'avois quelque devoir d'amitié,... prenant cette occasion à décharge de ma debte.

Miguel de Montaigne

I

La teoría política contemporánea es, en su mayor parte, crítica de la democracia. ¿Serán los horrores del Gobierno despótico demasiado simples o demasiado penosos para merecer menor atención que ella? ¿O serán las vastas esperanzas que hemos cifrado en la democracia la causa de que se haya convertido en objeto predominante de nuestra atención? Sea cual sea el motivo, lo cierto es que es hacia las politeyas democráticas, con todos sus notorios defectos, donde se dirigen nuestros desvelos más frecuentes en el campo de la filosofía y en el de la sociología políticas.

El estudio de la democracia solía apoyarse en una concepción prescriptiva de su moral pública. Algo de ese afán ha quedado, pues la teoría democrática es amiga de la democracia, hasta cuando se recubre del manto analítico y parece abstenerse de recomendar sus bondades. En cuanto escarbamos la descubrimos, por lo menos, criptonormativa. Ello es así aunque el estudio de la democracia se limite a una constatación de carencias y servidumbres. Que algunos -como es el caso de Elías Díaz- hayan dedicado su esfuerzo a elaborar una crítica de la democracia que incluya siempre una abierta filosofía normativa de la politeya democrática deseable y factible[1] no invalida el hecho bruto de que la tendencia hegemónica dentro de la teoría política contemporánea sea la de elaborar una defensa tan indirecta de la democracia que es incapaz de salirse de una constatación de sus vicios. Tal constatación, llevada a cabo por antidemócratas con el único fin de justificar la tiranía, ha quedado ya como un episodio, que se antoja irrepetible, por lo repugnante, del pensamiento político moderno. Pero es inquietante que unos y otros se ciñan a lo mismo.

[1] Mencionaré sólo dos textos, E. Díaz (1984) y E. Díaz (1990).

Los dilemas, aporías, fallos, degradaciones e inconvenientes de la democracia han sido escudriñados con tanta diligencia e ingenio por los amigos de la menos insoportable de las politeyas como por sus enemigos. Gracias a tirios y a troyanos poseemos hoy un estupendo inventario de males democráticos. Estos pueden agruparse convenientemente en cinco grandes haces de argumentos, a saber: (a) la imposibilidad del *homo democraticus,* (b) la lógica oligárquica, (c) el puño de la historia, (d) la miseria de los intereses partidistas y (e) la política mediática.

No voy a entrar aquí en pormenores. El argumento sobre la imposibilidad del *homo democraticus* no convence a los optimistas, pero sí lo hace a quienes contemplan la naturaleza humana con una cierta melancolía y escepticismo, para no mentar a los pesimistas antropológicos, para los cuales se trata de una razón de decisivo peso en su evaluación negativa de la democracia. Pero hasta para quienes cualquier argumento de esta índole es poco convincente, en estos tiempos que corren, en los que la noción de naturaleza humana ha sufrido tan espectacular descrédito, los otros cuatro parecen irrefutables. En efecto, ¿qué decir de las leyes, férreas o broncíneas, pero siempre metálicas, de la formación oligárquica? Y ¿quién osaría refutar el peso de los condicionamientos históricos, culturales, económicos o de cualquier otra suerte en producir sólo el grado de democracia posible en cada país y momento? ¿No vive cada sociedad en el puño de su propio pasado? Ésta es la razón -suponiendo que sea una buena razón- por la cual muchos creen equivocado recetar fórmulas democráticas a los pueblos «que no estén preparados» para tan noble y alto orden político. Por si esto fuera poco, sabemos ya que por obra y desgracia de muchos intereses egoístas la democracia legítima facciones e intenciones enemigas del interés común. Es esta una de sus mayores contradicciones: es un régimen político para el bien de todos que garantiza en cambio el bien de cada facción, el cual a su vez va en detrimento del común.

Tan malo es el resultado que, a lo sumo, parecer ser, puede hablarse de poliarquía democrática, o de la poliarquía, a secas, pero ya no de democracia. La poliarquía muestra algo más que una profunda afinidad con la estructura corporativa de las sociedades modernas. Es su expresión política. En ella no hay interés común, sino intereses (organizados o no) sectoriales. Cada uno va a la suya. La democracia es una paradoja: creada para lo universal, fomenta la facción, el egoísmo y el interés sectorial. A lo sumo permite la componenda[2].

---

[2] Una objeción a esta observación que me hizo Elías Díaz en un seminario en el que ambos participamos (Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Oñate,

Finalmente, la democracia, que debería ser una sabia mezcla de participación y de representación, bascula del todo hacia la última. La clase política (que se elige a sí misma primero para que la votemos después, tras entrar en la liza mediática) afirma que nos representa, pero no nos permite participar. No sería prudente. Aquí no hay más franquicia que la electoral. Gracias a la invasión mediática, además, los ocupantes habituales del poder político se las componen para incrementar nuestra pseudoparticipación e intensificar su potencia de representación. Representación, esta vez, en su acepción teatral: el teatro político escamotea por definición la participación ciudadana. La representación política que mediaba antes entre el ciudadano y el poder o la autoridad queda ahora mediatizada por los medios -la televisión, la prensa y la radio- que desvirtúan la politeya. No hay redundancias: los medios (de información, tergiversación y desinformación) no median. Los medios mediatizan.

II

El cúmulo de pruebas y argumentos sobre estos males endémicos de la democracia, desde los más antiguos hasta el recién llegado, el de la política mediática, complica sobremanera las tareas de la teoría democrática normativa, es decir, de la que va inextricablemente uncida a la filosofía moral. (Y que como ha mostrado Elías Díaz, es la única interesante). Además de la politización de los medios -con su manufactura artificial del carisma político[3]- hay que tener en cuenta ahora los de la burocracia, la tecnocracia, la sobrecarga estatal o gubernamental, los de gobernabilidad[4], y varios más, entre los que algunos menos tradicionalistas que yo añadirían sin duda los del supuesto relativismo valorativo en que, dicen, estamos sumidos.

El problema es que hoy no es posible escoger con sosiego ningún modelo alternativo, entre los conocidos, al de la democracia liberal. (La democracia liberal, se entiende, como marco político, dentro del que caben soluciones de varia índole, desde la liberal capitalista hasta la socialista, pasando por las fórmulas reales intermedias, las mescolanzas fácticas en las que de veras nos movemos, y cuyos ingredientes contienen un grado de corporatismo, otro de socialdemocracia,

---

julio de 1994) es que tales componendas (a las que había que añadir, según él, el chalaneo político) son connaturales a la política en general de cualquier época y no sólo a la de la democracia moderna. Mi argumento es que si bien el chalaneo posee una venerable historia (tiene ya en Herodoto un excelente cronista) la «componenda corporatista» es estructuralmente específica de las poliarquías contemporáneas.

[3] S. Giner y M. Pérez Yruela (1989).

[4] X. Arbós y S. Giner (1993).

otro de privilegio clasista arcaizante, y así sucesivamente). Las realidades políticas no son nunca nítidas. Y es mejor así, pues la nitidez sería el totalitarismo de algunos hechos, en detrimento de todos los demás. Ya tenemos bastante con el de los ideólogos y los tiranos, sean éstos partidos políticos o amos del poder. Lo cual no significa que todos los órdenes borrosos sean igualmente buenos: los hay menos malos, y de uno de ellos estoy aquí hablando.

Dadas las circunstancias, cualquier alternativa conocida al marco liberal democrático podría ser peor. Éste al menos permite el imperio (imperfecto) de la ley y la autonomía (precaria) de la sociedad civil. Piénsese en el populismo, la tiranía, el llamado por algunos insensatos «centralismo democrático», u otras fórmulas políticas que igualmente violentan el lenguaje al tiempo que amargan la vida de sus súbditos. (¿Centralismo y democrático?). Decir esto no es más que pedir exquisita cautela en nuestra faena de pensar la politeya, que no es otra que la de reflexionar sobre la vida buena pública de la gente, y hacer algunas propuestas humildes (es decir, factibles) para que florezca mejor, sin negar por ello la necesidad de que imaginemos, con todo el posible rigor contrafáctico, politeyas alternativas[5]. Los riesgos de un rechazo puro y simple del credo liberal y pluralista en nombre de los peligrosos conceptos en boga de la «autenticidad» y lo «genuino» o «natural» son aún mayores que los de tenemos que apañárnoslas con lo que tenemos.

Lo que tenemos es sórdido y necesita enmienda, qué duda cabe. Los más conservadores desearían dejarlo así, poniendo a lo mejor algunos parches, para reducir la corrupción política, por ejemplo. (Se han fortalecido en sus convicciones de que éste es el menos malo de los mundos democráticos posibles merced a la caída estrepitosa del pseudosocialismo stalinista y el auge cíclico de la ortodoxia capitalista y el antiestatismo liberal, episodios, ambos, que creen que les dan la razón). Si tuviéramos que aceptar, junto a los conservadores, nuestra desanimada democracia tal cual, mínimo sería sin duda nuestro minimalismo moral. Hasta insignificante sería. A lo sumo tendríamos que conformarnos, como muchos hacen ya, con limpiezas periódicas e incompletas de delincuentes políticos, puestas en

[5] Hay formas de democracia radicalmente alternativas que no han sido aún probadas y que nada, más que la zafiedad, haría que fueran descartadas del discurso político. Algunas de ellas tal vez sean compatibles en alguna medida con mi propuesta en este mismo papel. Cf. J. Burnheim (1985) y B. Goodwin (1992), sobre rotación política y elección a cargos por lotería. Por otra parte, un sector del pensamiento conservador -los discípulos de Oakeshott- han insistido en la noción de que el liberalismo está en bancarrota completa, y han propuesto la idea de una politeya «postliberal» que contenga no obstante algunos de sus rasgos: principalmente el de la heredada sociedad civil. Cf. J. Gray (1993).

marcha por escándalos en la prensa o por magistrados pundonorosos, como complemento de las elecciones prescritas por la ley y la existencia de una vigorosa y saludable oposición al gobierno, tan legítima como él.

Hay buenas razones para pensar que esta situación, de la que gozamos a despecho de sus flaquezas, no debería considerarse tan mala como la juzgan algunos demócratas exigentes. Es insuficiente, pero no es tan mala porque hay señales inequívocas de que la cosa pública, a pesar de todo, puede mejorar. Tal vez lo que deban hacer los demócratas insatisfechos para detectarlas sea buscarlas más allá de las instituciones políticas convencionales. Hallarán así nuevas herramientas que añadir a las de las de esas instituciones democráticas tradicionales. Esos enseres podrían mejorar sustancialmente la condición de la politeya. Lo que entiendo aquí por un lugar «más allá» se refiere a ciertas facetas nuevas de la sociedad civil y a su relación con la cosa pública, a las que acto seguido prestaré atención.

Los desvelos de los demócratas deberían concentrarse hoy en aquéllos aspectos de nuestra vida social que, lejos de haber sucumbido a las corrientes demoledoras de toda vida políticamente civilizada -como la de la supuestamente absoluta e inmisericorde «masificación» del mundo moderno[6]- han permitido o hasta fomentado el desarrollo de muchos movimientos sociales, instituciones políticas y asociaciones voluntarias cuya característica principal ha sido, precisamente, la de soslayar varios de los efectos perversos de la politeya democrática hipermoderna. Lo han hecho, a menudo, con notable éxito. Sólo por ello tales esfuerzos merecen seria consideración por parte de los teóricos de la democracia. No sólo son responsables en gran parte de la restructuración actual de una sociedad civil que empezaba a dar señas de no poder cumplir con los fines que se le habían atribuido, sino también de la recuperación entre nosotros de una manifestación arraigada y hasta próspera del altruismo y de la solidaridad.

Estas dos últimas virtudes cívicas son la expresión secular de la fraternidad. La fraternidad, incómoda junto a sus dos compañeras de tríada, la libertad y la igualdad, había venido a caer hasta ahora en el más conveniente olvido[7]. Su temporal destierro, no obstante, podría haberse acabado. No se trata de anunciar que advenga ya el reino de la fraternidad -tamaña ingenuidad sería imperdonable en este tiempo de desdicha- sino más bien constatar que su presencia se hace ahora sentir en la vida política con redoblada intensidad[8]. Lo abonan algunos hechos.

---

[6] S. Giner (1979).

[7] A. Domènech (1993).

[8] T. Nagel (1970) para los comienzos de la reconsideración actual de la noción de altruismo.

El resto de este ensayo va a mentar o invocar la fraternidad y la solidaridad con frecuencia, y más aún el altruismo. Para evitar cualquier equívoco, quede claro que nunca se asume en él que estas virtudes sean siempre connaturales a la gente, aunque puedan serlo a algunos miembros aislados de la ciudadanía. No es éste el lugar para explorar las condiciones culturales, políticas y económicas que las hacen florecer. Así pues, con una cierta amplitud de miras, necesaria para no irme por las ramas, me limitaré a constatar el hecho de que el altruismo, aunque no todo lo extendido de lo que sería de desear, no lleva hoy una vida precaria y marginal: el volumen -inconmensurable a pesar de las abundantes estadísticas- de energías humanas y sociales vertidas en actividades solidarias o humanitarias es demasiado considerable para que pueda ignorarlo hasta el más cínico. Lo que me interesa aquí, en todo caso, no es ni medirlo ni especular en demasía sobre su significado moral en el seno de una sociedad como la moderna, mayormente regida por valores esencialmente insolidarios. Sólo quiero hacer hincapié en sus consecuencias prácticas para la democracia.

Para seguir evitando equívocos, no excluiré la posibilidad de que ciertas personas puedan practicar el altruismo por razones perversas o para perseguir fines egoístas. Importa sólo el hecho bruto de su práctica social. Finalmente, tampoco importan aquí las causas de ese comportamiento. Algunas son conocidas, aunque no hayan sido siempre bien escudriñadas. Varias pueden nombrarse. Así, tal vez los nuevos movimientos sociales solidarios, las asociaciones cívicas y las instituciones altruistas privadas hayan surgido como reacción contra la ingerencia estatal o la incompetencia de las administraciones. También habrá pesado en ello la inanidad de la política partidista y el anonimato y manipulaciones de las estructuras corporativas de hoy. Hasta podría suceder que las energías que dedican individuos o grupos solidarios a cruzar el abismo entre ricos y pobres o el que separa al mundo saciado y dilapilador del infierno de su periferia terrestre respondan a un sutil cálculo racional o una mera conciencia desdichada o, más trivialmente, a una simple mala conciencia, de modo que el principio o imperativo moral contará para poco, o para nada. Quizá las actividades altruistas hayan crecido como expresión de tendencias históricas más hondas. Quizás aquellos elementos de la modernidad que habían empezado a parecer antañones como parte de su propio proyecto -la filantropía, la ayuda mutua: las expresiones mismas suenan a arcaico- y que siempre parecieron secundarias en el grandioso esquema del progreso resulta que eran, a pesar de todo, más cruciales de lo que tanto los individualistas como los colectivistas creyeron que eran.

Lo terrible y decisivo ha sido que estas dos corrientes, verdaderamente

triunfantes, de la historia moderna, el individualismo y el colectivismo, se han tenido siempre, contra toda apariencia, el más profundo respeto mutuo. A menudo han sido capaces de mezclarse en instituciones jerárquicas únicas y potentes, como lo son los partidos y las corporaciones, reforzándose entrambas. Consecuencia de tales infaustos esponsales ha sido que ni los individualistas ni los colectivistas hayan tenido mucho tiempo para prestar atención a las virtudes más humildes del autogobierno, la libre asociación entre ciudadanos, la solidaridad privada y la confianza mutua. Empero, y como sabíamos desde el principio, resulta que éstas últimas eran tan necesarias como las demás para que se realizara el programa aceptado por todos los racionalistas para el avance de la civilización, parte crucial del cual era la consolidación de la democracia como única constitución política acorde con las exigencias de la dignidad humana.

Pero volvamos a la plasmación social del altruismo cívico. Sean cual sean las causas de la restructuración sufrida hoy por la sociedad civil -y todas las mentadas entran en juego- el hecho bruto es que en gran medida está ocurriendo a través de la proliferación de asociaciones voluntarias, surgidas con intenciones altruistas[9]. Nuestra época podrá ser sanamente antirromántica. Sin embargo, sus representantes más escépticos encontrarán cada vez más difícil contemplar el número creciente de asociaciones civiles autónomas y benéficas y movimientos sociales reformistas con condescendencia de desengañados y descartarlos como superfluos. De hecho, y aunque en bastantes lugares el asociacionismo altruista pueda ser una novedad, su parentesco con aquéllas actividades privadas de asistencia, mecenazgo o fomento que eran, y continúan siendo, características de muchas sociedades civiles maduras así como de cualquier politeya pluralista y democrática[10], es muy íntimo. No hay solución histórica de continuidad entre ambos modos de altruismo, aunque sea fácil ver la esencial diferencia que separa al paternalismo burgués y a la filantropía de los pudientes antiguos de la solidaridad contemporánea ejercida por aquéllos cuyo patrimonio no es la riqueza, sino una capacidad adquirida -la enfermería, la medicina, la ingeniería, los conocimientos jurídicos, o simplemente la disponibilidad- combinada con un fuerte deseo de intervenir solidariamente.

El asociacionismo altruista de hoy es muy heterogéneo en su composición. Sus grupos pueden ser volátiles o sólidos, reducidos o extensos, nacionales o internacionales. Pueden dedicarse a la salvaguarda de la naturaleza, a la asistencia a los desvalidos locales,

---

[9] B. Baber (1984) mostró la pertinencia política para la democracia de las asociaciones cívicas hasta cuando se ven a sí mismas como enteramente apolíticas.

[10] B. Barber (1984) mostró la pertinencia política para la democracia de las asociaciones cívicas hasta cuando se ven a sí mismas como enteramente apolíticas.

al socorro de víctimas de guerras o genocidios lejanos, a la protección de marginados y discriminados, a cubrir las necesidades educativas o sanitarias de una categoría específica de personas, a combatir la tortura o la pena de muerte, y así sucesivamente. La fuerza de cada asociación es limitada, aunque algunas sean muy poderosas e internacionalmente influyentes. Algunas de ellas son ingenuas en la formulación de sus objetivos y en la aplicación de sus energías. Otras son ineficaces o consumen en sí mismas más recursos que los que distribuyen. No obstante, ninguna democracia liberal madura de hoy puede explicarse en los términos más rigurosos exigidos por la ciencia política sin referencia a estas criaturas apartidistas, no gubernamentales y declaradamente apolíticas o metapolíticas. Se apoyan en criterios que difieren de los que presiden la vida de los arreglos institucionales heredados por nuestras avezadas democracias. Éstas serían mucho más pobres sin ellas. Peor: la democracia misma se vería amenazada si estos cuerpos intermedios, basados no sólo en los intereses, sino también y sobre todo en la buena voluntad de incontables ciudadanos, dejaran de existir. No embellecen el cuerpo político democrático ni afirman ser parte de él. Tanto es así que, de forma reveladora, la mayoría se define por su negación de pertenencia estatal, como «organizaciones no gubernamentales». Ello es decir muy poco o casi nada, cuando no salirse por la tangente. Y para colmo, es a menudo inexacto, pues las fronteras entre el estado y el resto de la sociedad, o entre la sociedad política y la civil, son con frecuencia borrosas, y ello ocurre precisamente en el terreno de muchas asociaciones no gubernamentales, algunas de las cuales lo son a medias solamente. (Es un hecho al que quiero aludir más abajo). Parecen estar fuera del cuerpo político, sobre todo porque se definen como entes apolíticos. Son sin embargo parte de su espinazo.

III

Entiendo por «asociaciones voluntarias altruistas» aquéllos agrupamientos que se encuentran parcial o completamente en la esfera privada (la sociedad civil) y uno de cuyos fines principales declarados es el de laborar en beneficio de los demás, o por el bien común. Aunque el componente altruista de estas asociaciones civiles[11] sea importante, mi

[11] Muchas de ellas se definen, ya para proclamar su independencia del estado y el gobierno, ya para insinuar su naturaleza metapolítica, como O. N. G. Aparte de la pobreza de toda definición negativa -no ser gubernamental afirma poca cosa, sobre todo si se reciben dineros públicos y se depende indirectamente de un ministerio- la expresión es, sencillamente, incorrecta. Cualquier empresa comercial, por ejemplo, es una O. N. G. También lo es la mafia, o eso es lo que uno creía.

definición no entraña idealización alguna respecto de ellas: constata tan sólo la presencia decisiva de un modo solidario de comportamiento en la orientación de ciertos grupos, movimientos o instituciones.

Su proliferación y peso ha producido una situación relativamente nueva y estable en el orden político de las sociedades democráticas. Afirmarlo no es implicar, ni mucho menos, que en su virtud entramos en un nuevo «estadio» en la historia de la democracia. (Si tal hiciera, algunos tildarían con prisa a mi análisis de historicismo, progresismo o cualquier otra infamia). Tal situación es demasiado incipiente para permitir predicciones fuertes. En contra de lo que puedan pensar los miembros más utópicos o idealistas de los movimientos y asociaciones altruistas en cuestión el resultado agregado más probable de sus actividades no será otro que el de una politeya mixta, por decirlo con Aristóteles, o el de una democracia multidimensional.

Una democracia multidimensional es aquélla cuyos procesos de representación y participación no se agotan en las instituciones definidas en la constitución -elecciones, partidos, asambleas, grupos de interés- sino que se plasman también en asociaciones cívicas, es decir voluntarias, altruistas.

La potencia y eficacia de las estructuras jurídicas, burocráticas, económicas y mediáticas de la democracia liberal imposibilitan que el mundo cívico del asociacionismo altruista las suplante. Además, tampoco es deseable tal sustitución. La democracia asociativa es concebible, y no sólo en el reino de la filosofía política, pero sólo como parte de un cuerpo político más amplio y complejo[12]. El teatro, magnífico, si huero, en que la panoplia mediática presenta la política pública oscurece la urdimbre del mundo cívico de las asociaciones, sobre todo cuando su alcance es local e intentan resolver situaciones carentes de valor noticiable o político. Pero ese mundo está ahí. Cuenta a pesar de su invisibilidad. Sin él las transformaciones del estado asistencial, las estrategias de los políticos y de sus partidos, las aventuras de la ideología política y la vida diaria de la gente no podrían explicarse ya.

Es por ello por lo que las politeyas democráticas modernas pueden definirse cada vez más según la existencia de tres esferas distintas. Son las formadas, respectivamente, por las «autoridades», las «corporaciones» y las «asociaciones altruistas». Estas tres esferas no agotan el espacio político pero definen sus diversos campos de acción y determinan en gran manera las normas hoy emergentes del poder así como la distribución de recursos entre los ciudadanos. Dos

[12] Así lo asume P. Hirst (1993), pero acepta los límites a los que se vería sujeta tal democracia asociativa, o *associational democray.*

de ellas son de vastas proporciones, mientras que la tercera es mucho más reducida, aunque crezca hoy notablemente. A pesar de su relativo menor tamaño y menores recursos, su alcance cualitativo y moral es lo suficientemente importante como para permitir el análisis de la estructura pública del modo en que aquí se realiza:

(a) Bajo condiciones de hipermodernidad las *autoridades* no son sólo los órganos oficiales, sino que incluyen también un conjunto de entes semipúblicos o paraestatales y de organizaciones supraestatales. Cada cual blande su autoridad, ejerce su poder y goza de su gloria, en una distribución general de la legitimidad. Varias instituciones que no son oficiales, ni forman parte de la administración pública, como son partidos y sindicatos, deben incluirse entre las autoridades. Son los representantes políticos de sectores que les votaron pero se atribuyen también la representación de los que se abstuvieron. Juntas, las diversas autoridades, deciden y legislan para sí y para el pueblo. Este sufraga sus gastos de representación política al tiempo que las encumbra. Las autoridades generan las condiciones formales de la gobernación social.

(b) Las *corporaciones* son organizaciones privadas orientadas al lucro. Su modelo es la empresa comercial, pero revisten las más diversas guisas. Rinden cuentas a sus amos o accionistas y sólo por ley, y residualmente, al público en general así como a las autoridades y al fisco. Las corporaciones incluyen aquellas asociaciones gremiales que dirigen sus mejores esfuerzos al mantenimiento o acrecentamiento del privilegio y a la protección de sus miembros. Algunas de estas corporaciones gremiales son también autoridades.

(c) Las *asociaciones altruistas* son agregados voluntarios de ciudadanos que aúnan esfuerzos con el propósito de resolver un problema social determinado o el de satisfacer alguna necesidad humana más allá de los confines de su propio colectivo. Desde el punto de vista de la economía son entes sin afán de lucro. Cumplen estos criterios algunos cuerpos asistenciales, grupos de ayuda mutua, ciertas cooperativas y ciertas fundaciones.

Autoridades, corporaciones y asociaciones altruistas se superimponen en cierta medida en casos significativos. También surgen ligámenes de dependencia mutua así como relaciones de poder y subordinación entre ellas. No obstante, el grado de solapamiento no es suficiente para invalidar la distinción entre las tres esferas que, juntas, constituyen la *estructura social pública*. La privada está formada por grupos primordiales, como puedan ser familias y amigos, así como por incontables relaciones personales o colectivas que se formalizan en asociaciones, empresas y organismos. El hecho de que algunas de las últimas, empezando por las mismas asociaciones

altruistas sean «privadas» -sobre todo desde el punto de vista jurídico- no debería obliterar esta crucial distinción. Serán privadas, pero están orientadas hacia los demás. Son privadamente públicas[13]. Las asociaciones altruistas, como las empresas y las compañías, miran hacia fuera, mientras que amigos, amantes, familias y clanes son, por definición, entidades sociales que miran hacia sí mismas.

Las tendencias históricas recientes han reforzado la inclinación a consolidar el incipiente orden tripartito de la esfera pública. Así, muchas instituciones altruistas que solían pertenecer a los partidos -organizaciones juveniles, centros caritativos, servicios vecinales, ateneos recreativos o educativos- han sido sustituidos por el aparato asistencial del estado benefactor o, simplemente, han ido languideciendo. Mientras tanto, la ineficacia o incapacidad de los organismos nacionales o internacionales para resolver aquellos problemas sociales angustiosos que caen bajo su jurisdicción explícita ha generado un número muy considerable de iniciativas privadas orientadas a enfrentarse con ellos con mayor humildad y sin la retórica vacua de funcionarios y políticos. Abundan los ejemplos. La Conferencia Mundial de Río sobre la crisis ecológica, de 1992, en la que la palabrería oficial no produjo resultado alguno palpable es uno de ellos. Otro es la hecatombe de Ruanda en 1994, paliada sobre todo por una masiva intervención de generosidad ciudadana y de asociaciones altruistas. Un tercero, la muy limitada pero espléndida eficacia de Amnistía Internacional en menguar la tortura y el asesinato político, frente a la cínica pasividad de las cancillerías y sus gobiernos. Y así sucesivamente. Para continuar en el ámbito internacional, parece obvio que Médicos Sin Fronteras, Greenpeace, el World Wildlife Fund, Amnistía Internacional, Oxfam, Manos Unidas, junto a todas las demás organizaciones parejas a ellas, forman una esfera de entidades privadas cuyo fin es la intervención pública de ciudadanos privados y movimientos sociales apartidistas.

Todas ellas, además de las que laboran a nivel local, regional o nacional, constituyen juntas lo que algunos han venido en llamar un *«tercer sector»,* constituido esencialmente por voluntarios y distinto del estatal, por un lado, y del lucrativo, por otro. En dicho «tercer sector» entraría además la creciente actividad económica sin afán de

[13] La noción de una institución privada que es también pública presenta algunas dificultades semánticas, pero no es incomprensible. Al contrario, evoca las fronteras borrosas de una sociedad que ya no es binaria. J.K. Galbraith (1994) nos recuerda que si el pensamiento social solía basarse sobre estructuras bilaterales (capitalistas y trabajadores, estado y sociedad civil) ya la cosa no es así en los países industriales avanzados. P. Donati habla de *il privato sociale* para referirse a lo que llamo aquí lo «privado público» (1993, esp. pp. 101-142). Empero, el término «social» adolece de vaguedad, puesto que las esferas políticas y económicas son también sociales.

lucro que caracteriza a un buen número de cooperativas o proyectos comunitarios[14]. Los recursos e influencia son mucho menores que los del sector oficial con sus ministerios, comunicaciones, transportes, ejércitos y masivas agencias internacionales. Todos éstos, hasta cuando no sufren de esclerosis y ni de obsesivo servicio a sí mismos -cuando son cuerpos parasíticos- dependen para su actividad de órdenes superiores las cuales, a su vez, deben pasar primero por el fino cedazo de los diversos intereses estatales, ideológicos, gubernamentales y corporativos que han colonizado el cuerpo político.

Ello no significa que, frente a los demás, el mundo de las asociaciones altruistas posea siempre una noble y eficaz autonomía, ni que esté libre de servidumbres. Así, auque hoy la sociedad civil sufra una fuerte restructuración por su mera presencia, cabe detectar riesgos notables que podrían poner en peligro estos aspectos benéficos de tales asociaciones. Si tales riesgos no se soslayan, el porvenir de la actividad altruista organizada podría ser poco prometedor. Conviene identificar aquí algunos de ellos:

(a) El *altruismo ideológico*. La complejidad de las politeyas modernas es tal que sus males no pueden resolverse sólo con los recursos del asociacionismo altruista. Es obvio que la productividad y eficiencia de la industria, las instituciones educativas y la investigación y el desarrollo deben ser mantenidos. Las primeras continuarán dependiendo de la empresa privada y las dos últimas continuarán necesitando el fuerte impulso del estado si es que queremos verlas seguir prosperando y beneficiando a la ciudadanía y no a unos pocos[15]. Además, las asociaciones voluntarias se hallan inspiradas por diversas ideologías y muchas de ellas poseen una vinculación eclesiástica, confesional o partidista muy clara. El proselitismo puede formar parte de su misma razón de ser. Esto no es, en principio, ni malo ni bueno -depende de cómo enjuiciemos los valores que representan- pero muestra que toda visión de angélico neutralismo con respecto a la militancia altruista está fuera de lugar. En todo caso, estas asociaciones suelen competir pacíficamente entre sí, pero necesitan, a menudo, coordinación y siempre el imperio de la ley. Ciertas tareas no pueden ser puestas en manos de grupos con valores incompatibles con su realización. La degradación del asociacionismo altruista, por ejemplo, en utopismo libertario y espontaneista por parte de quienes han perdido toda esperanza en el estado a causa de una visión unilateral de lo que Elías Díaz ha llamado su maldad

[14] Para una descripción complementaria de los tres sectores cf. P. Donati (1993), pág. 91.
[15] J. K. Galbraith (1994).

inherente[16], al tiempo que desconfían del todo de la empresa privada es algo a evitar.

(b) La *dependencia estatal*. Abundan las pruebas de que muchas asociaciones cívicas dependen directamente para sus fondos y recursos de la protección de los gobiernos. La estrategia del gobierno ha entrado también en la vida de esas asociaciones. El Ministerio de Asuntos Sociales no es inocente en su distribución de dádivas y subsidios al sector privado altruista. La evasión fiscal, por su parte, ha sido siempre un motivo para la creación de fundaciones y otras instituciones benéficas, algunas de ellas creadas *ad maiorem gloriam* del fundador. El altruismo institucionalizado no es inmune a la manipulación, la influencia y la dependencia de la esfera oficial. Pero la relación no es sólo de paternalismo y clientelismo, sino que el estado a menudo espera algo más que sumisión: espera que las asociaciones cívicas le descarguen de tareas que se ve incapaz de realizar y que, según los cánones del estatalismo asistencial, deberían cumplir sin embargo los entes oficiales. Las asociaciones voluntarias se convierten así en suplentes activos de tareas que deberían haber sido realizadas por la autoridad. Hay, en fin, razones inconfesadas para que los gobiernos (algunos de ellos socialdemócratas) apoyen iniciativas privadas en lo público: el subsidio estatal puede trocarse en un medio de neutralización de descontento o en herramienta para alimentar el clientelismo político. Esto no ocurre sólo dentro de cada país sino también internacionalmente. La domesticación política de las agencias asistenciales -e, indirectamente, de las gentes así ayudadas- es una posibilidad real. En resumen, las asociaciones altruistas no pueden considerarse siempre como los entes totalmente independientes que ellas mismas pretenden ser.

(c) *Corporatismo*. Las estructuras corporatistas contemporáneas no quedan confinadas al sector político y al empresarial. Aunque el corporatismo no sea un orden que absorba toda la sociedad, sí es un fenómeno de vasto alcance. Tanto, que sería sorprendente que las asociaciones altruistas quedaran fuera de él, por mucho que el *ethos* de muchas de ellas sea, a no dudarlo, anticorporatista y antiburocrático y, en algunos casos, algo libertario o antioficialista. El hecho es que éstas, para funcionar, se ven obligadas a aceptar las reglas del juego prevalecientes en toda sociedad poliárquica y pluralista. Son reglas, por lo general, asaz corporativistas, y por lo tanto centradas en negociaciones, complementaridades, jerarquías plurales y respeto mutuo entre organizaciones diversas. Aunque no exista una «ley férrea de la corporatización» que ataña a las asociaciones cívicas o altruistas, conviene recordar que sí hay una fuerte tendencia muy

[16] E. Díaz (1984).

generalizada a funcionar dentro de las normas que dominan el ámbito corporativo que abarca hoy a casi todas las organizaciones. Las presiones para que el logro de los objetivos se alcance *more corporativo* son muy poderosas. Las asociaciones altruistas constituidas en instituciones sólidas no escapan a las virtudes y servidumbres que el orden corporativo entraña.

Tal vez basten estos tres ejemplos. Otros podrían añadirse para matizar aún más el asunto: entre ellos podrían mencionarse el «colectivismo individualista» al que se refería de Tocqueville, el viejo y siempre actual parasitismo de cualquier organización y los excesos a que se presta el trato paternalista de los necesitados.

IV

Reflexiones realistas como las precedentes llevan hacia una visión sobria del potencial que puedan esconder las asociaciones altruistas como baluartes de la democracia. Empero, una vez tomados en cuenta defectos y carencias, nos encontramos con que hay pocas razones para pensar que sean siempre insuperables. Los fallos y límites de las asociaciones cívicas solidarias no bastan para destruir nuestra confianza en una concepción nueva de la democracia. A pesar de todas sus faltas, la reestructuración actual de la politeya y de la sociedad civil muestra que los nuevos arreglos no son más hostiles que los anteriores a la superación de los dilemas endémicos de la democracia con los cuales abrí estas observaciones.

En ciertos sentidos, podría ser que la nueva situación fuera más favorable a la democracia que la precedente. Si, como he ido indicando, constatamos que la participación activa en asociaciones cívicas o altruistas *es también* participación en la politeya, la conclusión parece bastante clara. El hombre moderno (perdóneseme aquí la abstracción) podrá ser a menudo políticamente apático y abstenerse de votar o de afiliarse a partidos o sindicatos, pero esa aparente apatía no impide que muchos ciudadanos participen en actividades «privadas» en la esfera pública que tienen repercusiones cruciales para el bienestar, la dignidad o hasta la supervivencia de los desvalidos o de los menos privilegiados y, por lo tanto, para el bien común. Tales actividades mejoran la calidad de la democracia cuando se entiende no sólo como orden de representación en asambleas y gobiernos sino también como orden de participación en lo público, en nuestra vida e interés comunes[17].

[17] Sobre bien e interés común, C. Camps y S. Giner (1992).

Desde un punto de vista estrictamente tradicional las asociaciones altruistas pueden entenderse sólo como medios de participación política indirecta a través de presiones sobre las autoridades. Por definición, en una democracia pluralista no pueden integrarse en la esfera oficial. Prueba de ello sería que sólo los regímenes totalitarios han intentado cuadrar el círculo de su absorción en el ámbito político, con los consabidos resultados: en ellos sindicatos, organizaciones juveniles, asociaciones vecinales y toda suerte de entidades cívicas carecen de la más mínima autonomía, se truecan en juguetes del omnímodo poder del aparato político único. De ahí la desconfianza con la que los demócratas contemplan la excesiva dependencia del voluntariado y sus asociaciones de los gobiernos u otros patrocinadores oficiales. En el mejor de los casos una integración política de los cuerpos altruistas en la estructura política oficial significaría algo así como una suerte de **fascisme à visage humain**. Ningún demócrata en sus cabales podría aceptar una cámara política oficial o paraoficial de asociaciones voluntarias.

Esclarecer las temibles implicaciones de cualquier oficialización de las asociaciones voluntarias es una cosa. Otra, empero, es aceptar que poseen un peso político indudable en la vida de las nuevas democracias pluralistas. En efecto, las asociaciones altruistas entrañan un modo de representación indirecta a través de demandas, presiones y exigencias sobre el poder. Y entrañan también un modo de participación en los asuntos públicos a través de medios distintos a los electorales, o a los del clientelismo y los servicios prestados a los aparatos políticos, por un lado, o a la participación que pueda obtenerse a través de la prensa y la opinión pública, por otro. La pertenencia y actividad en una asociación voluntaria cívica es un modo práctico de superar en buena medida las carencias y contradicciones de la democracia y en especial su fallo más grave, el abismo que abre sus fauces entre la clase autoelegida de los políticos profesionales y el pueblo llano. Las asociaciones cívicas son una forma de participación política por otros medios.

Más allá del reino de lo político, hay una profunda afinidad electiva entre las asociaciones altruistas y el actual retorno a lo comunitario. Como es un retorno moralmente ambivalente, conviene recordar que tales asociaciones son esencialmente diferentes del neotribalismo, con tanta frecuencia sórdido y hasta peligroso, que ha surgido en muchas sociedades modernas. Se trata de un neotribalismo agonista, agresivo, y afirmador de la diferencia merced al prejuicio, la xenofobia y el atolondramiento clánico. (Un tribalismo de nuevo cuño cantado, cómo no, por algunos filósofos olvidadizos, en nombre de una abstracta y pedestre noción de «diferencia» a la que se ensalza como si todo universalismo fuera totalitario, homogeneizador

y dogmático, lo cual es manifiestamente falso). Hecha esta crucial salvedad es bueno reconocer que las asociaciones cívicas y las altruistas poseen algunos componentes comunitarios esenciales. Recuperan y establecen ligámenes primordiales tanto entre sus miembros como entre éstos y las gentes con las que trabajan o a las que ayudan. Su comunitarismo convivencial no es extraño a la modernidad avanzada, como han supuesto algunas concepciones que la presentan como un universo entera y simplemente anónimo y homogeneizado. Al contrario, es connatural a ella, como ha podido comprobarse finalmente tras el debilitamiento de los vastos movimientos sociales e ideologías que en su día la caracterizaron y que también intentaron satisfacer necesidades primordiales comunitarias. El nuevo comunitarismo ha retenido mucho de lo que inspiró a algunos de esos movimientos: la ética del socialismo democrático, por ejemplo, puede sentirse latir en el seno de muchas asociaciones altruistas de hoy. Tal vez al perder algo de su providencialismo y fervor ideológico ese socialismo, metamorfoseado en las nuevas formas de la fraternidad, se habrá enriquecido con una mayor efectividad y realismo.

Sin mudanzas como las aquí reseñadas la democracia contemporánea hubiera topado con su techo de posibilidades tiempo ha. A lo sumo podría haber mejorado algo en algunos países. Hoy, de momento, no hay indicios de que, por sí sola, pueda hacerse mejor. Por su parte, la empresa privada no puede encontrar salida fuera de sus objetivos esenciales: se halla firmemente uncida a su lógica de lucro, productividad y mercado. Ni una ni otra esfera pueden ya dar más de sí, ni enmendarse sustancialmente.

La conclusión que querría alcanzar con las presentes razones es que un modo sugestivo de mejorar esta situación es equilibrar tanto la política democrática y la empresa industrial o mercantil con la reformulación del altruismo, la solidaridad y la fraternidad a través de la actividad voluntaria de la ciudadanía. Ésta supera la vieja noción de lo privado según la cual se identifica ya con la privacidad y la vida privada, ya con los intereses de un negocio o de una vida dirigida al lucro y al acopio de bienes, privilegios y distinciones individuales. Estas dos dimensiones clásicas de lo privado son legítimas: forman parte esencial de una civilización, la liberal, erigida en torno a ellas. Pero no agotan las posibilidades de la mente y talante privados.

Lo interesante es que los modos tradicionales de lo privado -bien el logro individualista y competitivo, conseguido en la liza del mercado laboral, corporativo y honorífico, bien el logro del dominio íntimo y la búsqueda solitaria de plenitudes- no son incompatibles con un tercer modo expresivo, el que se vuelca hacia lo público sin socavar el albedrío del ciudadano ni convertirlo en un *homo politicus* profesional.

El refuerzo y la expansión del asociacionismo cívico permiten

que las gentes participen en el reino de lo público sin comprometer su voluntad privada. Esa participación fomenta, como consecuencia inmediata, las otras dos virtudes de la politeya democrática, la libertad y la igualdad. La participación cívica significa libertad de acción, para cualquiera que desee entrar en ella, y una reducción de la desigualdad para quienes reciben los beneficios así como para quienes la practican. Además, sus resultados son inmediatamente visibles: producen satisfacción entre quienes dan y quienes reciben, aunque en muchos casos esta dicotomía, afortunadamente, no sea válida, porque predomina la actividad común. Ello significa que el asociacionismo altruista satisface los requisitos más estrictos de una ciudadanía activa. Articula e integra a la ciudadanía dentro del cuerpo político por medios distintos a los de la urna electoral, la manifestación en la plaza pública y los ruegos públicos a los gobernantes. No existe hoy mejor expresión de la ciudadanía genuina que la participación voluntaria de las gentes en el reino de lo público por medio de la acción social altruista.

BIBLIOGRAFÍA

Arbós, X. y Giner, S. (1993), *La gobernabilidad: ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial,* Madrid: Siglo XXI.

Barber, B. (1984), *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age,* University of California Press.

Burnheim, J. (1985), *Is Democracy Possible?* Los Ángeles: University of California Press.

Díaz, E. (1984), *De la maldad estatal y la soberanía popular,* Madrid: Debate.

Díaz, E. (1990), *Ética contra política: los intelectuales y el poder,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Domenech, A. (1993), «Y fraternidad», *Isegoría*, n.º págs.

Donati, P. (1993), *La cittadinanza societaria,* Bari: Laterza.

Giner, S. (1979), *Sociedad Masa,* Barcelona: Península, 1979 (1ª. ed. en inglés, 1975).

Giner, S. (1987), *Ensayos civiles,* Barcelona: Península.

Giner, S. y Pérez Yruela, M. (1989), «La manufactura del carisma» en C. Castilla del Pino, comp. *Teoría del personaje,* Madrid: Aliaza, págs.39-60.

Goodwin, B. (1992), *Justice by Lottery*, Hemel Hempstead: Simon & Schuster.

Gray, J. (1993), *Post-liberalism,* Londres: routledge.

Hirst, P. (1993), «Associational Democracy», en D. Held, comp. *Prospects for Democracy,* Cambridge: Polity Press.

Mongardini, C. (1990), *Il futuro della politica,* Milán: Franco Angeli.

Nagel, T. (1970), *The possibility of Altruism,* Oxford University Press.

Tomai, B. comp. (1991), *Assoziazionismo, volontariato e nuova cittadinanza sociale,* Milán: CENS.

DOXA 15-16 (1994)

ALGUNAS MANERAS DE ENTENDER A LA NEUTRALIDAD

La idea de que el liberalismo se sustenta en la neutralidad, o que el liberalismo lleva la neutralidad a la práctica cuando funciona como sistema de gobierno, parece ser usualmente aceptada. O, para decirlo de un modo todavía menos controvertido: se acepta comúnmente que existe una vinculación cercana entre el liberalismo y la neutralidad (como también se acepta comúnmente que existe una vinculación cercana entre el libertarianismo y la neutralidad). Pero si se quiere concretar algo esta afirmación tan vaga el acuerdo ya no es fácil de alcanzar. No hay una concepción única de la neutralidad ni tampoco una posicion compartida por todos respecto al papel que la neutralidad debe desempeñar en el estado liberal (o en el estado libertario).

La neutralidad se identifica con una determinada actitud que debe adoptarse frente a ciertos planes de vida (y, entonces, frente a ciertos valores). Pero cuál sea esa actitud es algo debatible y quiero mostrar las diferentes posiciones que se han adoptado al respecto.

I. Los rasgos de la neutralidad

Indicar los rasgos principales de la neutralidad es una tarea que requiere varias etapas. Primero, por lo tanto, proporcionaré una visión general de la neutralidad y luego me ocuparé de las diferentes variantes que ella puede asumir.

a) La idea de neutralidad

Examinemos por un momento la manera en que Ackerman entiende a la neutralidad. Ninguna razón es una buena razón si

ella requiere que aquel que tiene el poder asevere: a) que su concepción del bien es mejor que la que sostiene cualquiera de sus conciudadanos, o b) que, independientemente de su concepción del bien, él es intrínsecamente mejor que uno o varios de sus conciudadanos. Lo que esta concepción tiene de malo es que identifica de un modo estricto a la neutralidad con el diálogo. Pero nada impide abandonar el recurso del diálogo y retener el resto de las afirmaciones de Ackerman. Ser neutral, entonces, significa obrar de modo tal de no beneficiar a ninguna concepción del bien ni a ningún individuo en virtud de su presunta superioridad intrínseca[1].

Esta idea suele ser compartida por los autores que se han ocupado del tema. Brian Barry[2], por ejemplo, dice que la política pública no debe basarse en la evaluación de las diferentes concepciones del bien que detentan los individuos. Raz[3] identifica a la neutralidad con la idea antiperfeccionista de que la implementación y la promoción de los ideales de la vida buena no son materia legítima de acción gubernamental. La acción del Gobierno debe ser neutral respecto de los ideales de la vida buena. Y Larmore[4] sostiene que el estado no debería buscar la promoción de ninguna concepción particular de la vida buena debido a su presunta superioridad intrínseca.

Sea que se hable de «concepciones del bien» o de la «vida buena» todos los autores que he citado están diciendo lo mismo: dentro de ciertos límites, el estado neutral no debe ni perjudicar ni beneficiar la concreción de los planes de vida de los ciudadanos. En realidad la exigencia es más fuerte: el estado neutral no sólo debe serlo respecto de la *concreción* de los planes de vida sino que también debe serlo respecto de su *elaboración*. Porque si el estado promueve una política educativa tal que los ciudadanos terminen condicionados a aceptar un solo plan de vida, no puede decirse que ese estado sea neutral simplemente porque luego no ayuda a concretarlo ni obstaculiza su concreción[5].

---

[1] Cfr. Bruce Ackerman, *Social Justice in the Liberal State,* New Haven, Yale University Press, 1980, pág. 11 y Bruce Ackerman, «Why Dialogue?», *The Journal of Philosophy,* vol. 86, número 1, págs. 5-6 y 10-11.

[2] Brian Barry, «How Not to Defend Liberal Institutions», en R. Bruce Douglass, Gerald M. Mara y Henry S. Richardson (eds.), *Liberalism and the Good,* New York, Routledge, 1990.

[3] Joseph Raz, *The Morality of Freedom,* Oxford, Clarendon Press, 1986, pág. 110.

[4] Larmore, cit., pág. 43.

[5] Claro que el problema no es tan sencillo como lo acabo de plantear. Porque si el estado promueve una política educativa tal que habilite a los ciudadanos a elegir

Hasta ahora sabemos sólo *respecto de qué* debe ser neutral el estado: respecto de los planes de vida de sus ciudadanos. Ni siquiera acerca de este punto -sin embargo- puede decirse que el tema se haya agotado. Ante todo, hay límites respecto de los planes de vida admisibles, como luego veremos. Y surge también el problema de si la neutralidad abarca a los planes de vida posibles o a los realmente sustentados. La idea resulta así muy incompleta, por lo que el paso siguiente consiste en averiguar cómo debe ser neutral el estado.

b) Tipos de neutralidad

Galston[6] distingue cuatro tipos de neutralidad: 1) la neutralidad *de oportunidad*: un estado es neutral si es lo suficientemente amplio como para permitir que existan todos los tipos de vida; 2) la neutralidad *de resultado*: un estado es neutral sólo si el accionar de sus características principales, instituciones y políticas, no tiene una tendencia a favorecer ciertos tipos de vida y a obstaculizar otros; 3) la neutralidad *de propósitos*: las políticas del estado no deben esforzarse en promover ningún tipo de vida por sobre otro, y 4) la neutralidad *de procedimientos*: las políticas del estado deben justificarse sin apelar a la aparente superioridad intrínseca de ninguna concepción particular de la vida buena.

La primer variante presenta un problema obvio y es que -de hecho- ningún estado es neutral en esta acepción. Cualquier estado excluye ciertos tipos de vida (los que causan daño a terceros que no consienten en ello, por ejemplo). La segunda variante también resulta problemática puesto que es imposible que el accionar del estado no obstaculice ciertos tipos de vida. Nadie puede ser un mártir religioso en un estado que practica la libertad de cultos, como la practica el estado liberal, por ejemplo. Coincido con la tercer variante, por supuesto, desde que ella

---

entre varios planes de vida puede terminar destruyendo varios de esos planes. Estoy pensando en el efecto que una educación liberal tendría por ejemplo en los hijos de los adeptos a la secta Amish. Ese tipo de educación podría terminar produciendo lo que Michael McDonald llama la «hegemonía de la cultura liberal» [En «Liberalism, Community, and Culture», *University of Toronto Law Journal,* 42 (1992), pág. 127] En *Wisconsin vs. Yoder* (406 U.S. 205) la Corte Suprema de los Estados Unidos concedió la razón a varios miembros de la secta Amish que se negaron a que sus hijos asistieran a la escuela hasta los dieciseis años, una vez que éstos hubieron completado su octavo grado.

[6] Galston, cit., págs. 100-101.

recoge la idea de la neutralidad que expuse en el apartado anterior. Si la tercer variante es la adoptada, la cuarta es innecesaria. En efecto: si el estado no promueve ningún plan de vida por sobre otro es obvio que no necesitará recurrir a la superioridad intrínseca de un plan de vida para justificar sus políticas. Creo entonces que la tercer variante de Galston recoge la idea central de la neutralidad[7].

Raz, por su parte, distingue tres tipos de neutralidad política, de los cuales interesan dos de ellos: 1) la neutralidad *restringida* dice que no puede emprenderse ninguna acción política si ella establece una diferencia en la probabilidad de que una persona adopte una concepción del bien u otra, o de que ella lleve a cabo su concepción del bien, salvo que se realicen también otras acciones que cancelen esos efectos, y 2) la neutralidad *abarcadora* dice que una de las metas principales de la autoridad gubernamental, léxicamente prioritaria a cualquier otra, es asegurar para todas las personas una capacidad igual para perseguir en sus vidas y promover en su sociedad cualquier ideal del bien que sea de su elección[8].

Lo que dice en síntesis la neutralidad restringida es que el estado es neutral cuando no hace nada, cuando contempla indiferente a todos los ciudadanos mientras ellos persiguen, con distinto éxito, sus planes de vida. Ésta es la manera más adecuada de entender a este tipo de neutralidad, porque la otra alternativa contemplada en la definición parece irracional: el estado dedica la misma cantidad de recursos para promover y para impedir la realización de los planes de vida de sus ciudadanos. Dedica $10.000, por ejemplo, a promover los conciertos, y $10.000 a impedir la realización de conciertos. Este despilfarro merece sin duda el calificativo de irracional. Puesto que el estado no hace nada en este caso me parece adecuado rebautizar a esta alternativa denominándola neutralidad *negativa*.

---

[7] Podría sostenerse que aunque se aceptara la tercer variante de Galston todavía la cuarta podría ser necesaria, puesto que un estado podría apelar a presuntas superioridades intrínsecas de planes de vida, no ya para promover alguno de ellos (posibilidad que la tercer variante prohíbe) pero sí para no permitir alguno de ellos (lo que la primer variante excluye) o para favorecer a otros (lo que la segunda variante veda). En el caso de la prohibición de algunos planes de vida ya he dicho que ella es inevitable en todo estado. Todo lo que la cuarta variante podría lograr es modificar los fundamentos de la prohibición: en lugar de mencionarse alguna presunta superioridad o inferioridad intrínseca la prohibición debería fundarse en el principio del daño. En el caso del favorecimiento, creo que la tercer variante, adecuadamente interpretada, no permite que esto ocurra, puesto que al no haber ningún plan de vida que se promueve no hay supuestos en los que deba recurrirse a la superioridad intrínseca.

[8] Raz, cit., pág. 115.

Lo que dice la segunda alternativa, a su vez, es que el estado tiene que actuar, de modo tal que todos los ciudadanos tengan iguales perspectivas de llevar adelante sus planes de vida. Nótese que no estoy diciendo que el estado debe actuar *igualmente* respecto de todos sus ciudadanos, porque si lo hiciera las probabilidades de alcanzar un determinado plan de vida no se alterarían significativamente (podrían alterarse algo en virtud del principio de la utilidad marginal decreciente). Lo que digo es que en esta alternativa el estado debe tratar *desigualmente* a sus ciudadanos, de modo que -después de la actuación del estado- todos ellos tengan *iguales* probabilidades de llevar a cabo su plan de vida. Puesto que el estado actúa en este caso me parece adecuado rebautizar a esta alternativa denominándola neutralidad *positiva*.

c) La neutralidad libertaria y la neutralidad liberal

Hasta ahora he estado considerando conjuntamente a la neutralidad liberal y a la libertaria. Sin embargo, la distinción entre neutralidad negativa y neutralidad positiva ayuda a comprender en qué medida diferente son neutrales el estado libertario y el estado liberal. Ante todo hay que corregir la creencia de Ackerman[9] de que los libertarios no defienden la neutralidad. Es muy claro que Nozick sostiene la existencia de un estado neutral y que se preocupa explícitamente de rebatir ciertas críticas relativas a la presunta falta de neutralidad del estado mínimo[10]. Lo que ocurre es que la idea «de neutralidad que utiliza el libertario no es la idea de neutralidad que utiliza el liberal».

El libertario concibe a la neutralidad como neutralidad negativa. El estado libertario acepta, por ejemplo, la distribución actual de la propiedad y respeta el *status quo*. El estado es neutral por omisión. La idea de neutralidad negativa se asocia fácilmente con la idea de libertad negativa: lo que promueve la neutralidad libertaria es la libertad negativa de los ciudadanos. Esta promoción de la libertad negativa es lo que justifica la existencia del estado libertario, puesto que desde el punto de vista de la libertad positiva da lo mismo que exista un estado libertario o que no haya ningún estado. El estado libertario confía en el mercado

[9] Bruce A. Ackerman, «What is Neutral about Neutrality?», *Ethics*, Vol. 93, número 2, pág. 372.

[10] Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia,* Oxford, Basil Blackwell, 1974, págs. 271-273.

para que se satisfagan los planes de vida de sus ciudadanos. Sin embargo, es difícil concebir al mercado como un instrumento neutral puesto que el mercado sólo toma en cuenta las preferencias de aquellos individuos que tienen recursos suficientes como para convertirlas en demanda.

El liberal concibe a la neutralidad como neutralidad positiva. El estado liberal no acepta como intocable la distribución actual de los recursos. Su neutralidad se manifiesta en la circunstancia de que todos sus ciudadanos tienen la misma probabilidad de llevar a cabo su plan de vida, y esto exige -en alguna medida- la redistribución de los recursos. La idea de neutralidad positiva se asocia con la idea de libertad positiva: lo que promueve la neutralidad liberal es la libertad positiva de los ciudadanos. El estado liberal, entonces, no está obligado a respetar el *status quo* (y a veces está obligado a no respetarlo). Un liberal puede aceptar que el mercado es un instrumento apto para satisfacer los planes de vida de los ciudadanos, pero se asegurará previamente que todos los ciudadanos pueden convertir sus preferencias en demanda, por contar con recursos suficientes.

En contra de la neutralidad libertaria puede argumentarse que un estado que acepta como dada una distribución muy desigual de recursos no es neutral respecto de sus ciudadanos, puesto que sabe que muy pocos de ellos podrán llevar a cabo sus planes de vida. En contra de la neutralidad liberal, a su vez, puede argumentarse que el liberalismo -por acción- perjudica los planes de vida de algunos individuos para mejorar los planes de vida de otros. La medida en que estas objeciones resulten convincentes dependerá del punto de vista que se adopte frente a la distinción entre el omitir y el actuar[11]. La crítica al libertarianismo es adecuada si no se acepta la distinción tajante entre el omitir y el actuar: al omitir, el estado libertario puede causar un daño. La crítica al liberalismo es adecuada si se acepta la distinción entre el omitir y el actuar: el estado no causa daño a nadie si omite, pero el estado liberal daña a algunos por acción.

El papel del estado libertario en lo que se refiere a la neutralidad es mucho más sencillo que el papel del estado liberal: el estado libertario no hace nada por nadie en materia de planes de vida, limitándose a proporcionarles la libertad negativa necesaria para llevarlos a cabo. (No es poco, se me dirá, pero ciertamente nadie creería que la libertad negativa es condición suficiente

[11] También podría depender de la actitud que se adopte en la controversia entre teorías que prohíben toda negociación en aras de maximizar un bien (deontologismo) y teorías que permiten tales negociaciones.

para la realización de un plan de vida). Pero el liberal debe tratar de que todos los planes de vida tengan probabilidades de éxito y el esto produce algunas complicaciones.

El primer problema, planteado por Jones, es el de determinar los planes de vida que deben ser apoyados: ¿se trata de todos los planes de vida posibles o sólo de los realmente sustentados?[12]. Creo que el problema es más sencillo de lo que Jones piensa. El estado liberal no promueve planes de vida. Esto es: no es una institución que ofrezca planes de vida y proponga medios para llevarlos a cabo. Lo que hace el estado liberal es otra cosa: ayuda a sus ciudadanos a que los planes de vida que *ellos* han concebido puedan ser llevados a cabo. De modo que -como es obvio- los únicos planes de vida promovidos son los planes de vida realmente sustentados.

Claro está que esto no concluye con los problemas, desde luego. Ante todo, queda pendiente el saber por qué determinados planes de vida (y sólo esos planes) son los realmente detentados por los ciudadanos. ¿Hay algún defecto, acaso, en la educación liberal, que se concentra en algunos planes de vida y excluye otros de la consideración de los jóvenes? Como he dicho antes, la educación liberal debe ayudar a la formación de los planes de vida de un modo neutral, esto es, presentando el mayor menú de opciones posibles.

Otro problema pendiente es el de decidir la manera como el estado liberal promueve los planes de vida de los ciudadanos. Supongamos que el estado otorga un subsidio de $10.000 para el ballet y otro subsidio de $10.000 para conciertos de rock. ¿Obró el estado de manera neutral? No se puede saberlo, desde luego, hasta averiguar el número de individuos adictos a uno y a otro espectáculo, la situación económica de los adictos y la medida en que los $10.000 contribuyen a que esa actividad se lleve a cabo. Esto dificulta enormemente la tarea del estado liberal (el estado libertario no tiene este problema porque sólo se abstiene de interferir en los planes de vida de sus ciudadanos). Una manera de resolver el problema consiste en abstenerse de apoyar al ballet y al rock. El estado liberal debe proceder de otra manera. Su propósito es la redistribución de los recursos, si esta es necesaria para que todos los ciudadanos disfruten de un grado de libertad positiva tal que pueda permitirles llevar a cabo -en cierta medida- sus planes de vida. El estado debería asignar recursos a los individuos y los individuos gastarlos en la persecución de

[12] Peter Jones, «The ideal of the neutral state», en *Liberal Neutrality,* cit., pág. 14.

sus planes de vida. El estado -en cambio- no debería financiar ni el ballet ni el rock. Los individuos, con los recursos que el estado liberal les garantiza, podrían comprar a su gusto entradas para el ballet o para el rock.

II. Los límites de la neutralidad

Pero el liberal y el libertario, por igual, enfrentan ahora la misma dificultad, y esta es la de determinar cuales son los límites de la neutralidad. ¿Hasta dónde debe garantizar el estado libertario la libertad negativa de sus ciudadanos? ¿Cuáles son los planes de vida que el estado liberal debe aceptar que se lleven a cabo?

a) Lo que la neutralidad no debe permitir

En ambos casos la respuesta es la misma: el principio del daño a un tercero, que Mill enunció en *On Liberty,* marca el límite de la neutralidad. Hay varias maneras de arribar a las conclusiones que extrajo Mill. Una de ellas es a partir de la idea de privacidad, como lo hace por ejemplo Ruth Gavison. La sociedad deseable es una sociedad en la cual los individuos pueden crecer, mantener su autonomía y su salud mental, crear y mantener relaciones humanas y llevar vidas significativas. Algún grado de privacidad es necesario para capacitar al individuo para realizar estas cosas, y la privacidad -a la vez- indica la existencia de una sociedad pluralista y tolerante y contribuye a ella[13]. Justamente es la aplicación del principio milliano lo que garantiza la existencia de una esfera de privacidad. Otra manera posible de arribar al principio del daño es tomando la idea de Raphael[14] de que el límite de la tolerancia está dado por la violación de un derecho. Aunque Raphael cree que su propuesta difiere de la milliana respecto de su alcance, lo cierto es que una forma adecuada de interpretar que se ha violado un derecho es afirmar que se ha dañado a otro. En el caso del libertarianismo creo que la invocación del principio del daño es explícita. Una de las pocas tareas del estado mínimo de Nozick es la seguridad interior, esto es, impedir que los ciudadanos sean dañados.

---

[13] Ruth Gavison, «Privacy and the limits of law», en Ferdinand D. Schoeman (ed.), *Philosophical Dimensions of Privacy,* Cambridge University Press, 1984, pág. 369.

[14] D. D. Raphael, «The Intolerable», en Susan Mendus (ed.), *Justifying Toleration,* Cambridge University Press, 1988.

Por cierto que el principio del daño es un principio vago, y este descubrimiento no es actual, sino que se remonta a los contemporáneos del propio Mill. Hay casos claramente comprendidos dentro del principio, casos que el principio claramente no abarca, y casos dudosos. Si el límite de la neutralidad está dado por el principio del daño, y el principio del daño es vago, no hay más remedio que concluir que el límite de la neutralidad es vago (como son vagos, real o potencialmente, los límites de todos los conceptos empíricos). De todos modos creo que se ha exagerado la vaguedad que afecta al principio del daño. Raz, por ejemplo[15] cree que ciertas acepciones de la neutralidad obligarían a compensar a los violadores en potencia por la prohibición de violar, puesto que esta sería una prohibición no neutral (puesto que discriminaría entre violadores y no violadores). Creo que se trata de un error. Todas las concepciones de la neutralidad -liberales o libertarías- encuentran su límite en el principio del daño. De modo que las conductas que dañan a un tercero están excluidas de la agenda de la neutralidad. Por eso cuando plantea el ejemplo del violador potencial claramente Nozick[16] descarta la pretensión de que se lo compense calificándola de absurda. No se afecta la neutralidad cuando la conducta en cuestión viola el principio del daño: la neutralidad juega solamente dentro de los límites del principio milliano. Estos límites, a su vez, no dependen de la distinción entre el omitir y el actuar. Si una persona pasa al lado de otra que se está ahogando y, pudiendo salvarla sin riesgo, no lo hace, omite algo, pero esa omisión es intolerable de acuerdo al principio milliano. En cambio, si una persona toma activa participación para que un homosexual no ingrese en un club privado, claramente actúa en vez de omitir, pero esa conducta -como enseguida veremos- debe ser tolerada.

b) Lo que la neutralidad debe permitir

Si el límite de la neutralidad está dado por el principio del daño esto indica que el estado liberal y el estado libertario deben tolerar una gran variedad de planes de vida, más incluso de los que a primera vista podría parecer. Por ejemplo, a los intolerantes les es debido un grado mayor de tolerancia del que usualmente podría imaginarse. Supongamos que algunos individuos consideran que la heterosexualidad tiene un gran valor y asignan

[15] Raz, cit., pág. 115.
[16] Nozick, cit., págs. 272-273.

-consecuentemente- un gran disvalor a la homosexualidad. Como resultado ellos quieren segregar a los homosexuales. ¿Permite la neutralidad esta actitud? Hasta cierto punto sí. Pero, ¿cuál es ese punto? Desde luego que en una sociedad que aplica el principio de neutralidad no puede permitirse una discriminación pública de los homosexuales. No puede permitirse, por ejemplo, que se los discrimine en la administración del país, o en el ejército. Pero, como dice Larmore[17] la neutralidad como ideal político gobierna las relaciones públicas entre las personas y el estado y no las relaciones privadas entre las personas y las otras instituciones. De manera que si esos individuos que tanto valoran la heterosexualidad fundan un club privado, que no recibe fondos del estado, en donde se prohíbe el ingreso de homosexuales, la neutralidad exige que se permita la existencia de este club.

Es muy claro entonces que la neutralidad no permite que se lleven a cabo todos los planes de vida (ni siquiera excluyendo de la consideración los casos del daño a un tercero). Un intolerante que desee vivir en una sociedad en la que los homosexuales no puedan desempeñar cargos públicos no puede darse ese gusto. Y hay casos más complicados. En principio, pareciera que la neutralidad conduce a la tolerancia religiosa y a la libertad de cultos, lo que permite el desarrollo -en este aspecto- de todos los planes de vida. Nada más lejos de ello. Galston[18] cita un trabajo inédito de un teólogo llamado Jon Gunneman que explica las objeciones de éste al estado liberal. Gunneman considera a este estado como ilegítimo en la medida en que el estado insiste en considerar a sus creencias como preferencias individuales y no como pretensiones de verdades públicas acerca del mundo, verdades públicas profundamente enraizadas en una tradición social que limita todas las otras pretensiones de autoridad. ¿Qué es lo que quiere Gunneman? Quiere algo más que la simple posibilidad de decir que él es cristiano y de practicar su culto. Quiere que todos coincidamos con él en la verdad de sus pretensiones y ese plan de vida no puede llevarlo a cabo en un estado neutral. Las preferencias externas de Gunneman no priman sobre las preferencias personales de los no cristianos[19].

Pero entonces puede decirse que el estado liberal y el estado libertario no son *realmente* neutrales, puesto que favorecen la

[17] Larmore, cit., pág. 45.

[18] Galston, cit., pág. 11.

[19] La redacción de este párrafo no debe inducir a pensar que yo identifico las preferencias y los deseos, por una parte, y los planes de vida, por la otra.

realización de ciertos planes de vida, precisamente la realización de los planes de vida de los individuos liberales, en un caso, y libertarios, en el otro. Ésta es la crítica que Nagel formula a la teoría de Rawls y que podría generalizarse para cualquier estado liberal, por ejemplo. Nagel observa que el modelo rawlsiano contiene un fuerte prejuicio individualista. La posición originaria parece presuponer una teoría neutral del bien y una concepción liberal individualista de acuerdo a la cual lo mejor que puede desearse a cualquiera es la persecución sin obstáculos de su propio camino siempre que no se interfiera con los derechos de los demás. Nagel piensa que entre estos planes de vida la construcción de Rawls es neutral, pero que no lo es respecto de aquellas concepciones del bien que no se ajustan al modelo individualista[20].

Una forma de responder a esta crítica[21] es mostrar que el liberalismo no permite la persecución irrestricta de los planes de vida liberales. Es cierto que el grupo de intolerantes que deseaba que los homosexuales no desempeñaran cargos públicos no puede darse ese gusto en una sociedad liberal, pero el liberal que desea vivir en una sociedad donde no existan clubs privados que discriminen a los homosexuales tampoco puede darse ese gusto en una sociedad liberal. Dentro de los límites impuestos por el principio del daño muchos planes de vida distintos pueden surgir bajo el liberalismo y bajo el libertarianismo, en una forma parecida a la utopía que Nozick diseña en la parte final de su libro.

De todos modos, y como hemos visto más arriba, parece imposible evitar algún grado de prejuicio en favor de las políticas liberales o libertarias cuando ellas se ponen en práctica. Como dice Charles Taylor cuando se establece una estructura dada el teórico también establece la gama de políticas posibles. Establecer una estructura restringe la variedad de posturas que pueden ser justificablemente adoptadas[22]. Vuelvo al ejemplo de la secta Amish que mencioné en la nota ***5. Es muy difícil que siga siendo posible para un individuo el adoptar el plan de vida de los Amish si previamente el individuo en cuestión ha sido educado bajo un régimen liberal. La estructura liberal parece

---

[20] Thomas Nagel, «Rawls on Justice», en Norman Daniels (ed.), *Reading Rawls,* Oxford, Basil Blackwell, 1975, págs. 9-10.

[21] Como crítica al liberalismo. Como crítica a Rawls creo que él la acepta a partir de los presupuestos que aparecen en «Justice as Fairness: Political not Methaphysical», *Philosophy and Public Affairs,* Vol. 14, número 3.

[22] Charles Taylor, «Neutrality in Political Science», en Peter Laslett y W. G. Runciman (eds.), *Philosophy, Politics and Society,* third series, Oxford, Basil Blackwell, 1978, págs. 55-57.

imposibilitar[23] la subsistencia de la cultura Amish, así como la cultura Amish requiere que se deje de lado el ideal liberal de la autonomía, donde el individuo, posee un amplio menú de opciones.

III. La justificación de la neutralidad

Hasta ahora me he comportado de un modo neutral respecto de la neutralidad. No la he elogiado ni la he criticado, ni mucho menos me he inclinado por la versión liberal o por la versión libertaria de la neutralidad. Ha llegado el momento, entonces, de pronunciarse sobre los méritos de la neutralidad analizando las distintas estrategias justificatorias de la misma.

Las que abundan, por otra parte. Una de ellas reside en resaltar el valor de la autonomía. Si el plan de vida del individuo debe ser autónomamente elegido y no impuesto desde afuera, esta circunstancia obliga a la abstención del gobierno en relación a los posibles planes de vida. En otras palabras: el respeto de la autonomía del individuo conduce a la neutralidad de los gobiernos[24]. Otra estrategia consiste en negar que existan valores absolutos, en negar incluso el valor absoluto de la autonomía. Esta posición escéptica sostiene que sólo puede haber opiniones acerca de los buenos planes de vida, pero que no puede probarse que ningún plan sea intrínsecamente superior a otro. Si ningún plan de vida es objetivamente mejor que otro el gobierno debe ser neutral respecto de todos ellos. Una tercera estrategia afirma el valor de la experimentación acerca de los planes de vida como medio de mejorar a los individuos. Y no son estas, desde luego, las únicas estrategias posibles.

Voy a concentrarme en lo que sigue en otras dos alternativas: la que sostiene que la neutralidad es un valor y la que le niega tal carácter. Para poder optar entre ellas voy a recurrir a algunos ejemplos y aquí alteraré en cierta medida el carácter de la exposición que he seguido hasta ahora. En efecto: hasta aquí me he ocupado por igual de la neutralidad liberal y de la libertaria. En lo que sigue -y por una cuestión de claridad expositiva- concentraré los ejemplos en la neutralidad liberal. Confío, sin embargo, que la conclusión a la que arribo se aplique también a la neutralidad libertaria.

---

[23] La imposibilidad no es *de iure* -por supuesto-, sino *de facto*.

[24] No comparto esta estrategia, sin embargo, porque creo que el liberalismo de la neutralidad debe separarse claramente del liberalismo de la autonomía.

a) La neutralidad como valor

Hay muchos autores (como Ackerman y Barry, por ejemplo) que piensan que la neutralidad es un valor. Aunque no lo dicen expresamente supongo que están pensando que es un valor objetivo. Waldron[25] es más explícito y afirma que la neutralidad es un valor objetivo: si el escepticismo fuera verdadero los propios súbditos no tendrían motivo para preferir un plan de vida por sobre otro. Los tres autores coincidirían entonces con la manera en que Dworkin encara el problema. El liberalismo, cree Dworkin, no puede basarse en el escepticismo. Su moral constitutiva ordena que los seres humanos sean tratados como iguales por su gobierno, no porque en moral política no exista lo correcto o lo incorrecto, sino porque esto es lo que es correcto[26].

Aquí comienzan los problemas, sin embargo. La neutralidad no tiene por qué ser el único valor que se acepte, por supuesto. En otras palabras: es posible que el liberalismo sea una teoría pluralista y no una teoría monista. Pero si la teoría es pluralista sin duda se le exigirá que sea consistente, de modo que si la neutralidad figura como un valor (aunque no como el único valor) esto significa que el sistema no puede contener valores contrarios a la neutralidad.

Aceptemos entonces que la neutralidad es un valor objetivo. ¿A quién está dirigida la norma moral que recoge este valor objetivo? Hasta ahora he supuesto, sin decirlo expresamente, que la neutralidad estaba dirigida al estado, o, para emplear una expresión más concreta, que estaba dirigida al legislador. Pero imaginemos por un momento que la norma en cuestión está dirigida al ciudadano, que es el ciudadano el que debe actuar neutralmente.

¿Qué tiene que hacer ahora el ciudadano? Ante todo, adviértase que estamos pasando aquí de la ética axiológica (*x* es valioso) a la ética normativa (se debe hacer *x*) pero el paso no es complicado. La ética axiológica dice en este caso que la neutralidad es valiosa. La ética normativa, a su vez, dice que se debe hacer lo valioso y evitar lo disvalioso. Si este *concepto* de ética normativa se complementa con la *concepción* neutralista, se concluye que se debe hacer aquello que promueva la neutralidad y evitar aquello que la impida. Esto es lo que debe hacer el ciudadano[27].

---

[25] Waldron, cit., págs. 72 y 73.

[26] Ronald Dworkin, *A Matter of Principle,* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985, pág. 203.

[27] Aquí podría distinguirse entre dos variantes: a) una ética normativa que fuera neutral

Pero, ¿qué quiere decir esto? ¿Quiere decir que el ciudadano tiene que ser neutral respecto de *todos* los demás valores? Esta exigencia sería ridícula, puesto que entonces el ciudadano no podría elegir ninguna plan de vida. Como dice Waldron[28] es absurdo sugerir que la neutralidad respecto de lo que hace a la vida digna de ser vivida es una buena cosa. Porque si el concepto de la vida buena tiene un uso entonces no puede exigirse la neutralidad a todos, porque «bueno» es en sí mismo un concepto evaluativo, discriminatorio.

En realidad la situación es todavía más complicada para nuestro infortunado ciudadano. Por una parte él debe ser neutral respecto de todos los planes de vida, pero ciertamente no puede ser neutral respecto de los planes de vida que impidan, o perjudiquen, la neutralidad. Debe evitar que esos planes se lleven a cabo puesto que así se lo exige su ética normativa[29].

Una posible solución consistiría en decir que el individuo en cuestión debe contemplar imparcialmente los planes de vida de todos los demás individuos en la medida en que esos planes no conspiren contra la neutralidad, y que él mismo debe elegir un plan de vida que no atente contra la neutralidad. Pero esta solución tiene un inconveniente: si la neutralidad es un valor los únicos planes de vida aceptables -como hemos visto- son los planes de vida neutrales, esto es, los planes de vida compatibles con el liberalismo. Lo único que se puede hacer en una sociedad neutral es ser liberal. Esto es peor todavía de lo que imaginaba Nagel. No es que exista un prejuicio en favor del liberalismo: es que *sólo* se puede ser liberal.

¿Y es malo que en una sociedad sólo se pueda ser liberal? Puede serlo. Ante todo, desaparece cualquier tolerancia respecto del intolerante. El club de heterosexuales al que antes me refería no puede ser permitido, puesto que atenta contra la neutralidad. Pero si se tolera un solo plan de vida -el plan de vida liberal- ¿en qué medida puede decirse que esa sociedad valora *las distintas* concepciones del bien. Si la neutralidad concebida como un valor objetivo impone la adopción de un único plan de vida -el plan de vida liberal- ¿en qué sentido ese estado es neutral? Si la

---

y consecuencialista, esto es, que prescriba acciones que promueven la neutralidad, incluso mediante la realización de algunas acciones que fueran ellas mismas no neutrales, y b) una ética normativa que fuera neutral y deontológica, esto es, que prescriba acciones neutrales, incluso aquellas que atienten contra la neutralidad general futura.

[28] Waldron, cit., pág. 70.

[29] Esto es así, obviamente, sólo para el neutralista consecuencialista que mencioné en la nota 39.

neutralidad se entiende como un valor objetivo termina prohibiendo todos los planes de vida que sean contrarios -siquiera en mínimo grado- a la neutralidad. Llamo a esto *la paradoja de la neutralidad*. Es una paradoja en la medida en que ser neutral respecto de los planes de vida no debería consistir en aceptar sólo los planes de vida que son neutrales[30].

Pero, podría replicarse, estas dificultades son sólo consecuencia de haber ubicado a la neutralidad donde no corresponde hacerlo[31]. En el estado liberal no interesa la neutralidad de los ciudadanos sino la neutralidad del legislador, puesto que lo que le importa al estado liberal es la formación y la concreción de los diversos planes de vida, y en estos aspectos la influencia del legislador es incomparablemente mayor que la de los ciudadanos. Si el legislador considera a la neutralidad como un valor objetivo no se produce por eso solo la paradoja de la neutralidad, continúa la réplica. El legislador valora la neutralidad respecto de su tarea. Él es neutral respecto de los planes de vida de los ciudadanos, sean estos planes de vida neutrales o no. El legislador permite el funcionamiento del club de heterosexuales porque este plan de vida no viola el principio del daño y el legislador es neutral respecto de todos los planes de vida de los ciudadanos que no violen el principio del daño.

Acepto que si la neutralidad se entiende como dirigida al legislador desaparece la paradoja de la neutralidad. Y acepto también que la manera más simple de entender a la neutralidad en el estado liberal es considerar que ella se dirige al legislador. Pero en este caso, con toda claridad, el valor objetivo se vuelve

---

[30] Una manera de cuestionar la paradoja consiste en distinguir entre la neutralidad *evaluativa* y la neutralidad *en la acción*. La primera se entiende como la neutralidad que se ejercita al valorar igualmente a todos los planes de vida de los ciudadanos. La segunda se entiende como la que se ejercita al no interferir con los diferentes planes de vida de los ciudadanos. En este caso la paradoja se disipa si se exige sólo a los ciudadanos una neutralidad en la acción, aunque él valore de manera diferente los distintos planes de vida. Pero, ¿se disipa realmente la paradoja con este argumento? No lo creo así y vuelvo por un momento a la distinción entre ética axiológica y ética normativa que mencioné más arriba. Si la ética normativa nos dice que debemos hacer *x* y alguien pregunta el por qué, la respuesta sólo puede residir en apelar a la ética axiológica: porque *x* es bueno, o es valioso. De otro modo, ¿qué quiere decir que se debe hacer *x*? De la misma manera, si se debe actuar neutralmente, esto significa que la neutralidad es valiosa. Y si la neutralidad es valiosa para el ciudadano, la paradoja reaparece.

[31] Y podría ser así. Supongamos que la neutralidad comparta con el igualitarismo la característica de ser un bien de segundo orden. Del hecho de aceptar al igualitarismo como valioso no se seguiría que el único plan de vida de los individuos debería consistir en perseguirlo. Lo mismo podría suceder con la neutralidad.

intolerablemente *ad hoc*. Ahora se dice que la neutralidad es objetivamente buena, pero -curiosamente- sólo al nivel del legislador[32]. Al nivel de los ciudadanos la neutralidad ya no cuenta como valor objetivo, porque si contara, el legislador estaría obligado a no ser neutral respecto de los planes de vida de los ciudadanos, sino a preferir los planes de vida neutrales. La ética normativa del legislador le dice que está obligado a ser neutral en su papel de legislador, pero que la neutralidad no es obligatoria a nivel de los ciudadanos. La neutralidad es una virtud extraña, entonces, pues sólo opera después de un cierto nivel. Es posible que alguien quiera defender a la neutralidad -y, así, al liberalismo- sobre la base de un valor de este tipo. Pero la defensa queda expuesta a este comentario: -«¡Qué afortunada coincidencia que exista un valor que precisamente obligue a realizar la conducta que usted intenta defender!».

Creo que justificar la neutralidad sobre la base de un valor objetivo -incluso si pudiera demostrarse la existencia de valores de ese tipo- presenta más problemas de los que resuelve. Por eso me parece adecuado proponer otra estrategia para la justificación de la neutralidad, de la que me ocuparé en el apartado siguiente.

b) La neutralidad como meta-valor

Ensayemos entonces una justificación escéptica, que es una de las tantas que consideraba Ackerman[33]: mientras todos tienen una opinión acerca de la vida buena ninguno puede saber si esa concepción es superior a la de cualquier otro; cualquiera que afirme que él o sus propósitos son intrínsecamente superiores no sabe de qué está hablando. Y este tipo de afirmaciones son las que la neutralidad prohíbe, dice Ackerman. Debo reconocer que el tipo de justificación escéptica de la neutralidad suele estar desacreditado en la filosofía contemporánea. Para tomar un solo ejemplo, Galston[34] dice que la defensa del liberalismo basada en el escepticismo es fundamentalmente incorrecta, puesto que ninguna forma de vida política puede ser justificada

[32] Aunque se aceptara la idea expuesta en la nota anterior igualmente un aire de paradoja rodearía a este valor. Porque -comparando otra vez a la neutralidad con el igualitarismo- un legislador que valorara a la igualdad estaría obligado a frustrar a aquellos planes de vida de sus ciudadanos que condujeran a resultados no igualitarios.

[33] Ackerman, *Social Justice in the Liberal Satate,* cit., págs. 11-12.

[34] Galston, cit., págs. 79 y 80.

sin algún punto de vista acerca de lo que es bueno para los individuos.

Sin embargo, voy a intentar -como he dicho- un argumento de este tipo. Supongamos que ningún plan de vida tenga un valor objetivo. Esto no significa, por supuesto, que los individuos sean indiferentes entre los distintos planes de vida que están a su alcance; que desaparezca la noción de valor objetivo no significa que desaparece también la noción de preferencia. Los individuos prefieren ciertos planes de vida a otros, y le asignan un valor al plan de vida que ellos prefieren.

La neutralidad obra como un meta-valor en este sentido: obra como un principio regulador de esos valores subjetivos. No es un valor, ni está en el mismo nivel que esos valores subjetivos. Nos dice en cambio cómo debemos tratar a esos valores. Nos dice que ninguno de esos valores es objetivo, y que no debemos tener preferencias por un valor respecto de otro sino permitir que se desarrollen por igual todos los planes de vida en la medida en que ellos sean compatibles. (Ya hemos visto como difieren el liberalismo y el libertarianismo en cuanto al desarrollo de los planes de vida, pero esta diferencia no interesa para mi propósito actual).

¿Qué consecuencias prácticas tiene esta actitud? La más importante, a mi juicio, es la de que el legislador debe aceptar ahora un cierto grado de intolerancia, en tanto no exceda los límites del principio del daño. En realidad, si la intolerancia no excede los límites del principio del daño el legislador debe ser neutral entre los planes de vida tolerantes y los intolerantes (desde luego que en la esfera privada, como ya hemos visto). El legislador debe aceptar la práctica de la homosexualidad entre adultos que consienten, pero también debe aceptar la existencia y funcionamiento del club de heterosexuales que antes mencionaba. El legislador que considera a la neutralidad como un metavalor es neutral respecto a esas dos actividades. La neutralidad considerada como meta-valor, entonces, permite ser realmente neutral ente los distintos planes de vida, donde la palabra «realmente» quiere decir que la balanza no se inclina hacia el lado de los planes de vida neutrales.

La idea de la neutralidad como un meta-valor[35] es consistente, como se ve, con el escepticismo ético. El principio regulador de

[35] Alguien podría objetar que es incorrecto hablar de un meta-valor al mismo tiempo que se niega que existan valores objetivos. Prefiero utilizar el término -sin embargo- porque estoy presuponiendo todo el tiempo la existencia de valores subjetivos.

los valores dice: como no hay valores objetivos, seremos neutrales respecto de los valores subjetivos. No es que la neutralidad sea intrínsecamente buena, en el sentido de que es intrínsecamente bueno que haya diversos planes de vida. Es que ningún plan de vida es intrínsecamente bueno, y por eso[36] se es neutral entre ellos. Mill creía que un gobierno neutral contribuía mejor al conocimiento de la verdad objetiva. Yo creo que el Gobierno debe[37] ser neutral porque no hay verdades objetivas en moral.

Que se acepte o no el argumento que he presentado depende entre otras cosas de la manera como se conciba al liberalismo. Si se cree que hay un tipo de vida caracterizado particularmente como liberal, probablemente el argumento será rechazado porque tolera planes de vida no liberales. Si se cree que el estado liberal es liberal precisamente porque no promueve un tipo específico de vida, probablemente el argumento será aceptado, porque conduce exactamente a ese resultado (aunque también podría coincidirse con la conclusión pero rechazarse mi argumento, lo que no me molestaría en absoluto en tanto se proporcionara un argumento mejor).

Pero para ser neutrales acerca de este argumento examinemos también lo que puede decirse en su contra. Si no existen valores objetivos, si los valores se equiparan de algún modo con las preferencias, entonces no hay ninguna garantía de que el legislador se comporte de un modo neutral. El legislador podría razonar de este modo: «Todos los valores son subjetivos, por lo que puedo elegir cualquiera de ellos que yo prefiera. Yo prefiero el modo de vida autoritario, de modo que me comportaré autoritariamente con los ciudadanos». Esta crítica es correcta si se la reduce a límites adecuados. Lo que la crítica dice con verdad es que no hay una vinculación lógica entre el subjetivismo axiológico y la adopción de la neutralidad como principio regulatorio metavalorativo. Pero no creo que nadie pretenda que existe una vinculación de ese tipo. Lo que se invoca es una probabilidad, conexión o correlación, de tipo sicológico: sabiendo que no hay valores objetivos, es probable que el legislador -al considerar que todos ellos pueden equipararse a la expresión de alguna preferencia- tienda sicológicamente a ser neutral entre tales valores,

[36] El «por eso» no debe interpretarse como una conexión lógica.

[37] El «debe» no hay que interpretarlo como afirmando un enunciado de la ética normativa, porque de lo contrario la afirmación sería inconsistente. En efecto: por una parte se diría que no hay enunciados normativos verdaderos y por la otra se diría que es verdadero el enunciado normativo de que se debe ser neutral. El «debe» en cuestión, en cambio, hay que interpretarlo dentro del contexto de la tesis que estoy sosteniendo, por lo que se ubica en el plano meta-valorativo.

al no tener ninguna razón objetiva para preferir a uno por sobre otro.

¿Es esta probabilidad garantía suficiente de que el legislador se comportará de un modo neutral? No, desde luego. Pero, ¿cuál es la alternativa? Si deseamos que se nos garantice[38] que el legislador adoptará un punto de vista liberal necesitamos postular la existencia de un valor objetivo que posee dos características, que muchos encontrarían paradójicas si se las considera conjuntamente: a) la característica de considerar buena la neutralidad al nivel legislativo, y b) la característica de no considerarla buena al nivel de los ciudadanos. Si falta la característica: a) por supuesto que el legislador no tiene por qué comportarse de un modo neutral. Pero si falta la característica b) tampoco tiene por que hacerlo, puesto que si la neutralidad es buena a nivel del ciudadano, él no puede ser neutral respecto de los planes de vida no neutrales, sino que debe actuar prejuiciosamente (esto es, no-neutralmente) respecto de esos planes de vida.

Como se ve, ninguna de las dos justificaciones de la neutralidad está exenta de dificultades. Pero quiero concluir abandonando por un momento mi neutralidad y declarando mi preferencia por la alternativa que considera a la neutralidad como un metavalor[39].

---

[38] Recurriendo a medios éticos, desde luego. Lo que de hecho haga un legislador puede muy bien no depender de la ética.

[39] Agradezco a Juan Rodríguez Larreta e Ignacio Zuberbuhler sus valiosas observaciones sobre este trabajo.

DOXA 15-16 (1994)

DEMOCRACIA MÍNIMA

El paradigma democrático*

1. Las transformaciones contemporáneas de la democracia

El fin de la Segunda Guerra Mundial, que se entendió como el triunfo de los regímenes democráticos sobre los sistemas totalitarios, supuso también el punto de partida de toda una serie de cambios conceptuales e institucionales que han ido transformando el paradigma democrático liberal clásico. Del análisis de tales cambios concretos me he ocupado en otros lugares (Rubio Carracedo, 1990b, 1993). Aquí me propongo realizar, al menos de forma provisional, un intento de sistematización del paradigma democrático con una finalidad primordialmente clarificadora: se trata de formular un modelo normativo de democracia que nos permita diferenciar, entre las propuestas de cambio presentadas, las que propician una transformación conceptual e institucional permaneciendo fieles al espíritu de la democracia de las que propician, en realidad, desviaciones oligárquicas, elitistas o populistas.

Pocas dudas pueden caber sobre la necesidad de transformar los conceptos y, sobre todo, las instituciones y procedimientos democráticos. Desde hace décadas existe un estado de opinión generalizado entre los politólogos y los políticos sobre la urgencia de traducir o adaptar la democracia liberal clásica a las nuevas realidades sociales, técnicas y económicas, tanto en el mundo occidental como en las naciones en desarrollo y en los países excomunistas europeos y asiáticos. En el mundo occidental (y occidentalizado) se ha producido

---

* Este trabajo forma parte de un proyecto de investigación sobre «La democracia de los ciudadanos», financiado por la DGICYT (PB/92 417), del que soy responsable principal. Agradezco a mis colegas del grupo de investigación su ayuda en la discusión, en especial a José M.ª Rosales, algunas de cuyas sugerencias han sido incorporadas al texto.

«un cambio de escala» (R. Dahl) a todos los niveles que es preciso asumir de modo mucho más decidido; no se trata ya sólo de atender a la nueva situación de sociedades organizativa y tecnológicamente complejas, sino también culturalmente heterogéneas, en las que el concepto de «pertenencia» al grupo étnico o comunitario amenaza cada vez más al de «participación» política estatal; se ha producido, además, un notable cambio en las demandas de los ciudadanos: calidad de vida, valores posmateriales, sensibilidad posmoderna o comunitaria, tolerancia y pluralismo político, moral y religioso, etc.

Por su parte, en los países en vías de desarrollo se registra una tendencia general a la adopción de regímenes democráticos, o de transición hacia la democracia, a partir de regímenes autocráticos u oligárquicos, cuyo proceso está lleno de vacilaciones, retrocesos o tomas de posición democrática más aparente que real en busca simplemente del paraguas legitimador, junto a otras mucho más auténticas. Por último, en los países excomunistas del Este de Europa se está produciendo en nuestros días un doble proceso de transición hacia la modernización capitalista y hacia la democracia liberal; proceso doble que hace extraordinariamente difícil y discutible el análisis, pero que constituye un auténtico laboratorio experimental para estudiar empíricamente, en las diferentes condiciones de cada país, las complejas y ambiguas relaciones democracia-mercado desde sus respectivas transiciones e interferencias.

Las propuestas presentadas hasta el momento para la transformación democrática actual han sido variadas y difíciles de clasificar; pese a ello, cabe distinguir dos líneas de signo antagónico, aunque ambas reivindican inscribirse en el genuino espíritu liberal. La primera, denominada habitualmente «neoliberalismo», preconiza una transformación de la democracia según el modelo de mercado (Schumpeter, Hayek, Downs), o bien conforme al modelo poliárquico (Dahl) o corporatista (Schmitter); la segunda, denominada «republicanismo cívico», se inició a finales de los sesenta e intenta transformarla mediante la promoción de una intensa participación ciudadana en la iniciativa política, reservando a los partidos y a la clase política más bien los aspectos que requieren experiencia o conocimientos técnico-organizativos (Macpherson, Pateman, Barber, Green). Pero no voy a analizarlas nuevamente aquí.

2. Hacia una definición de la democracia

Entre los autores que de modo más consciente han propuesto una trasformación de la democracia liberal y han obtenido considerable

resonancia cabe seleccionar a modo de una muestra suficientemente significativa a Schumpeter, Dahl, Bobbio, Barber, Dworkin y Schmitter, a los que añadiré el interesante análisis lógico-normativo realizado por Giner.

Como es sobradamente conocido, J. A. Schumpeter (1943) fue probablemente el pionero en proponer una urgente transformación de la «teoría clásica de la democracia» en lo que denominó «método democrático económico», esto es, según un modelo de mercado. Schumpeter definía así la democracia clásica liberal: «el método democrático es aquel sistema institucional de gestación de las decisiones políticas que realiza el bien común, dejando al pueblo decidir por sí mismo las cuestiones en litigio mediante la elección de los individuos que han de congregarse para llevar a cabo su voluntad» (Schumpeter, 1963, 321). Para el autor austroamericano era notorio que tal concepción incluía conceptos irreales o erróneos tales como «bien común», racionalidad popular, etc. En todo caso resultaba urgente adaptarla a las realidades de la sociedad de mercado de nuestros días. Por eso propone esta nueva definición: «método democrático es aquel sistema institucional, para llegar a las decisiones políticas, en el que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha competitiva por el voto del pueblo» (ib., 342). Es decir, Schumpeter propone prescindir de elementos democráticos hasta entonces considerados esenciales como la representación o participación popular en la decisión política, facultad que es ahora transferida a los líderes políticos que han resultado vencedores en las urnas. Más adelante volveré sobre esta cuestión.

Robert A. Dahl ha venido insistiendo también desde los años cincuenta en la necesidad de proceder a una acomodación de los procedimientos e instituciones democráticas al «cambio de escala» producido en las modernas sociedades occidentales, aunque manteniendo el espíritu democrático liberal. En efecto, nos encontramos inmersos en un sistema social pluralista competitivo (poliarquía) en el que resulta primordial encontrar unas reglas consensuadas de negociación de los intereses de los diferentes grupos políticamente organizados que entran en conflicto, evitando cuidadosamente su oligarquización. Para ello resulta fundamental encontrar un punto arquimédico entre dos exigencias igualmente apremiantes: autonomía y control. Dahl admite como exigencias democráticas inexcusables las tres siguientes: igualdad en el voto, participación popular efectiva en los procesos de deliberación y de elección, y control efectivo sobre el gobierno y la administración pública. Por tanto, se trata primordialmente de una reorganización de los procedimientos e instituciones de autonomía

y de control democráticos; esto es, de determinar «*¿cuánta autonomía* debe permitirse a *qué actores,* con respecto a *qué acciones,* y en relación *con qué otros actores,* incluyendo el *gobierno* del estado? Y *¿cuánto control* debe ejercerse *mediante qué actores,* incluyendo el gobierno, sirviéndose de *qué medios* de control *sobre qué otros actores* con respecto a *qué acciones*?» (Dahl, 1982, 1-2, s.m.).

Más en concreto, Dahl identifica, según su criterio, las siete instituciones políticas que definen un modelo democrático: a) el control político sobre el gobierno es realizado por representantes electos; b) tales representantes son elegidos en elecciones libres e imparciales; c) prácticamente todos los adultos tienen derecho a voto; d) prácticamente todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir como candidatos a cargos electivos en el gobierno; e) los ciudadanos poseen de modo efectivo el derecho de libertad de expresión, incluyendo el derecho de crítica al gobierno e instituciones; f) los ciudadanos tienen derecho al acceso a medios alternativos de información protegidos por la ley; g) por último, los ciudadanos pueden asociarse libremente en partidos, organizaciones o grupos de interés que gozan de autonomía (ib. 11).

Finalmente, Dahl reconoce e identifica los cuatro «defectos» estructurales de todo modelo democrático pluralista que será preciso controlar severa y eficazmente para evitar su deslizamiento hacia una sistema oligárquico: a) la estabilización de las desigualdades sociales; b) la deformación de la conciencia cívica; c) la distorsión de la agenda pública; y d) la usurpación del control final sobre la política (ib. 40 ss.).

También Norberto Bobbio se ha ocupado detenidamente del «futuro de la democracia» liberal. Para ello le parece imprescindible comenzar por distinguir una definición «mínima» de democracia, que permita fijar sus características propiamente distintivas, y una definición clásica de la democracia: un régimen democrático es «un conjunto de reglas de procedimiento para la formación de decisiones colectivas, en las cuales está prevista y facilitada la participación más amplia posible de los interesados» (Bobbio, 1985, 12). La democracia «mínima», en cambio, la define como «el conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen *quién* está autorizado a tomar las decisiones colectivas y con *qué* procedimientos» (ib. 21). Como puede apreciarse, en la definición mínima desaparece la exigencia de favorecer la participación ciudadana en la gestación de las decisiones políticas, que constituía, sin embargo, el rasgo más notable de su definición clásica de la democracia, sin duda porque la considera irrealizable en nuestro tiempo.

De hecho, Bobbio señala hasta seis «promesas incumplidas» en el modelo clásico de democracia: a) supresión de los cuerpos intermedios; b) la salvaguarda de los intereses nacionales; c) la eliminación de las oligarquías; d) la supresión de los poderes invisibles; e) la participación más amplia posible de los ciudadanos; y f) la educación cívica (ib. 25-40). Pero lo más significativo es que Bobbio considera que tales promesas no se han cumplido porque obedecen a un modelo democrático normativo que no tiene en cuenta la situación social real que las hace «irrealizables» al ponerle «obstáculos» insuperables: complejidad y heterogeneidad social crecientes que exigen «el gobierno de los técnicos» o expertos. De lo contrario la democracia llevaría a una situación de «ingobernabilidad», lo que conduciría finalmente a un régimen autocrático. Es decir, Bobbio acepta el reclamo elitista clásico: un «exceso de democracia» resulta perjudicial para la misma democracia (ib. 41-45).

Muy distinto es el diagnóstico y la solución que propone Benjamín Barber como representante de la línea participativa. Barber viene defendiendo que, justamente, la actual sociedad heterogénea y compleja exige una transformación participativa de la democracia al facilitarla extraordinariamente gracias al desarrollo tecnológico y a la realidad de unos medios de comunicación cada vez más poderosos y plurales. Barber denomina «democracia fuerte» *(Strong Democracy)* a este modelo participativo y lo define como «la política de modalidad participativa en la que el conflicto se resuelve en ausencia de una fundamentación independiente a través de un proceso participativo continuado, de una autolegislación aproximativa, y de la creación de una comunidad política capaz de transformar a los individuos dependientes y privados en ciudadanos libres, y los intereses parciales y privados en bienes públicos» (Barber, 1984, 132). Esto es, Barber sustenta su concepción de la democracia sobre el equivalente de las «promesas» del modelo liberal clásico (¡Rousseau redivivo!) que Bobbio considera irrealizables y Schumpeter simplemente ilusorias.

Barber ha confeccionado un interesante cuadro normativo-comparativo de los diferentes modelos posibles de democracia:

Forma de régimen	Modalidad política	Valores	Tendencia institucional	Posición ciudadanos	Posición gobierno	Fundamentación independiente como
DEMOCRACIA REPRESENTATIVA						
autoritativa	autoridad (poder/sabiduría)	orden	ejecutivo	deferente unificada	centralizada activa	nobleza obliga sabiduría
jurídica	arbitraje y adjudicación	derecho	judicial	deferente fragmentada	centralizada limitada	derecho natural ley superior
pluralista	negociación e intercambio	libertad	legislativo	activa fragmentada	descentraliz. activa	«mano invisible» igualdad natural reglas mercado
DEMOCRACIA DIRECTA						
unitaria	consenso	unidad	simbólica	activa unificada	centralizada activa	el colectivo la voluntad general
fuerte	participación	actividad	populista	activa centralizadora	descentraliz. activa	no fundamentada independiente-mente

El cuadro permite identificar con claridad, al menos tendencialmente, las propuestas de Schumpeter (autoritativa), Dahl (pluralista) y del propio Barber (fuerte), mientras que resulta posible situar sólo aproximativamente las de Bobbio (entre la autoritativa y la jurídica) y la de Schmitter (pluralista-corporatista).

Barber distingue, además, nítidamente las tres fases del proceso democrático, con sus instituciones características: 1) fase de *conversación política,* esto es, de discusión y deliberación, de negociación y afiliación, con vistas a la construcción de una comunidad de intereses públicos, bienes comunes y ciudadanos activos. Barber considera ésta la fase decisiva y generalmente menos atendida del proceso y apela a las nuevas posibilidades que ofrece la tecnología electrónica para desarrollar planes de educación cívico-política («asamblea de televisión ciudadana», «servicio cívico de teletexto», «acción postal», etc.). 2) fase de *toma de decisiones,* esto, de aplicación de los juicios políticos en cuanto procedimientos de decisión o de voluntad pública. Aquí Barber añade a los procesos electorales clásicos la utilización de otras instituciones como el referéndum (utilizado tradicionalmente en Suiza y también frecuente u ocasionalmente utilizado en otros países europeos; en EE.UU. su uso es frecuente en numerosos estados a nivel local), la «votación electrónica» (aunque por el momento sólo en plan experimental), sector público voluntario

a nivel local y regional, sistema de concesionarios, etc. 3) Por último, fase de *acción democrática,* esto es, de realización de las decisiones adoptadas. Barber insiste en que su modelo de democracia avanzada no precisa de ninguna fundamentación independiente y, en efecto, se atiene a un constructivismo autofundante, aunque implícitamente resulta obvio que se apoya en la concepción clásica de la democracia, aunque fuertemente adaptada a la realidad actual.

Entre nosotros, Salvador Giner ha realizado un valioso intento para establecer la «estructura lógica de la democracia» (Giner, 1987), con fines regulativos y orientadores. Giner define la democracia como «una *politeya* secular, de legitimidad racional, que se plantea a sí misma, por el mero hecho de constituirse como tal, un haz de disyuntivas, cuyo intento incesante de resolución constituye la espina dorsal de su proceso político» (ib. 236). Es decir, la democracia posee una estructura dilemática, esto es, incluye en su estructura lógica ciertas «contradicciones básicas» o, al menos, «una estructura política conflictiva». Más en concreto, Giner señala los cinco rasgos normativos distintivos de la democracia: a) *política participativa* (el ciudadano tiene que participar en la vida pública, al menos a través de representantes que elige y controla); b) *teoría de la obligación política* (sólo se justifica la obediencia al poder legítimo, quedando a salvo la propia autonomía racional); c) *ciudadanía plena* (los ciudadanos tienen plenitud e igualdad de derechos políticos); d) *comunidad política* (y no mera asociación de intereses, con la exigencia de conciliar los intereses privados con los públicos, la sociedad civil con el estado); y e) *libertad individual* (pero la sociedad política ha de respetar y promover la libertad individual, incluyendo el derecho a la privacidad).

Ahora bien, en la práctica resulta imposible conciliar plenamente entre sí las exigencias dispares y, con frecuencia, contrapuestas que marcan estos cinco rasgos distintivos, por lo que es necesario aceptar de antemano una realización solamente aproximativa e imperfecta de la democracia. Consecuentemente, el mismo Giner apunta ciertas contradicciones agudas que todo modelo democrático realista habrá de intentar neutralizar, si no ya resolver, incesantemente: a) *contradicción del uno y los todos* («*deben* mandar todos y no *pueden* mandar todos»); b) *contradicción del individuo y la coalición* (que suscita los conocidos problemas de lógica de la acción colectiva o de la función del bienestar social, planteados por Olson y Arrow, respectivamente); c) *contradicción de los intereses fluctuantes* (ante tales problemas se produce la abstención o el retiro a la privacidad de numerosos ciudadanos); d) *contradicción de la escasez* (el sistema democrático presupone un cierto nivel de igualdad económica, cultural y social; de lo contrario puede favorecer el aumento de la desigualdad social o la tiranía de la mayoría); y e) *contradicción del*

disenso (el ciudadano responsable se ve inevitablemente envuelto en conflictos de público-privado, mayoría-minoría, subordinación o negociación de intereses, etc.) (ib. 237ss.)

En esta línea resulta muy oportuna y esclarecedora la actualización presentada recientemente por R. Dworkin sobre las «dos concepciones de la democracia» (R. Dworkin, 1993), ya adelantada, entre otros, por mí mismo (Rubio Carracedo, 1990b). Dworkin invoca la distinción a propósito de la polémica típicamente estadounidense provocada por el liberalismo más radical que llega a juzgar como antidemocráticas las disposiciones adicionales introducidas en la constitución americana que ponen límites (en general, para garantizar los derechos fundamentales) a los cambios que la mayoría podría introducir por la simple fuerza de sus votos. A juicio de algunos juristas liberales, el sello típico de una constitución lo confieren las «disposiciones estructurales» *(structural provisions),* que definen los poderes y las instituciones, mientras que las «disposiciones explícitamente limitativas» *(disabling provisions)* resultan sospechosas por el simple hecho de poner límites irrebasables a los cambios, incluso constitucionales, que pudiera introducir la mayoría democrática, aunque sea para garantizar los derechos básicos de las minorías.

Dworkin apunta que el conflicto tiene su origen en las dos concepciones de la democracia moderna, fundamentadas sobre los dos modos de entender la acción colectiva. La primera concepción de la democracia liberal concibe la acción colectiva en términos «estadísticos», es decir, en términos agregativos: es el tratamiento estadístico de las elecciones individuales aisladas. La segunda, en cambio, concibe la acción colectiva como «comunitaria» y, como tal, no puede ser reducida a mera estadística de los votos individuales, sino que tiene en cuenta también la realidad de los grupos o comunidades, al modo como actúa una orquesta. El mismo Dworkin cita a Rousseau como el principal valedor de esta «concepción comunitaria» de la democracia, aunque a su juicio debe preferirse la concepción comunitaria «integrada», en la que se reconoce la importancia de los individuos, a diferencia de la versión supuestamente «monolítica» del ginebrino, que no la reconocería (Dworkin, 118-9).

Pues bien, es coherente que la «democracia estadística» no reconozca más que las «disposiciones explícitamente estructurales» de los textos constitucionales, con las simples reglas formales del juego que rigen la formación de mayorías y minorías. Pero para la «democracia comunitaria» resultan esenciales también las «disposiciones limitativas» ya que toda democracia auténtica implica un concepto de comunidad política fundada sobre ciertos ideales compartidos (los «valores superiores»), que definen y prestan su sentido último al juego democrático; por lo mismo, la salvaguarda y la promoción de

tales derechos fundamentales constituyen un objetivo y, consiguientemente, un límite irrebasable para toda decisión mayoritaria. Es decir, hace imposible la «tiranía de las mayorías» y las obliga a reconocer y garantizar, en todo caso, los derechos ciertos de las minorías.

Esta distinción permite afinar mucho más, a mi juicio, un concepto tan ambiguo como el de «igualdad política». Ante todo porque permite diferenciar con nitidez la igualdad en los derechos básicos, sobre cuya garantía y promoción se constituye justamente la comunidad política democrática, del igualitarismo que se seguiría de adoptar siempre y sin restricciones la regla estadística de la mayoría (aparte de los problemas de racionalidad de la acción colectiva suscitados por Arrow y Sen, y que atañen, sobre todo, a esta concepción estadística de la democracia).

¿Cómo ha de entenderse, pues, la igualdad política? Para diferenciar la igualdad del igualitarismo políticos, Dworkin introduce una doble consideración del poder: la «horizontal» (el poder de los diferentes ciudadanos o grupos de ciudadanos) y la «vertical» (el poder de los ciudadanos frente al de los gobernantes). La primera es la más enfatizada por las democracias representativas europeas, pero sólo se comprende cabalmente cuando se le añade la segunda. La consideración «horizontal» se centra sobre la «igualdad de impacto» de cada voto individual, mientras que la consideración «vertical» se refiere al poder de «influencia» de los votantes. La primera garantiza la igualdad en el sufragio; la segunda añade las influencias legítimas derivadas de los derechos de expresión y de asociación, etc. El igualitarismo de influencia política no es, pues, un ideal democrático. Es normal que se produzcan diferencias de influjo. Lo decisivo, sin embargo, es que tales diferencias no procedan exclusivamente de los recursos invertidos en las campañas electorales (que, en realidad, se plantean el acceso al poder democrático mucho más como un «recurso particular» que como una «responsabilidad colectiva») sino que se originen en la dedicación y el compromiso de los ciudadanos invertidos en la promoción de los objetivos públicos de su comunidad política. Esta distinción, sin embargo, no deja de resultar, a mi entender, un tanto ambigua.

Dworkin se pronuncia claramente por la concepción «comunitaria» de la democracia, aunque a condición de entender la acción comunitaria en términos integrativos que eviten toda connotación totalitaria y, obviamente, no conlleve una prioridad ontológica de la comunidad sobre el individuo. Se trata, en definitiva, de una «comunidad liberal» (Dworkin, 1989). Se trata, en efecto, de una comunidad política socialmente constructa mediante cierto tipo de actitudes compartidas por los individuos que la constituyen y que se expresan en la «unidad de responsabilidad», al modo de un grupo orquestal o

de un equipo deportivo, cuyo éxito depende de la integración de la iniciativa individual con la estrategia del conjunto, pero dejando de lado la «unidad colectiva de juicio», propia de la acción «monolítica» característica de la democracia orgánica o totalitaria.

En definitiva, en una democracia «auténtica» el pueblo «no gobierna estadísticamente, sino comunitariamente». La comunidad política es una «unidad colectiva de responsabilidad», nunca una «unidad colectiva de juicio» (democracia totalitaria), pero tampoco una mera distribución de poderes y funciones entre los ciudadanos (democracia «estadística»). De ahí resulta la complejidad y la dificultad de la democracia comunitaria, e igualmente sus ventajas: se trata de un proceso de integración de la responsabilidad colectiva y del juicio individual. Tal proceso integrativo ha de producirse mediante la conjunción de tres principios: a) *principio de participación,* que señala a cada ciudadano el puesto desde el cual va a influir en el contenido de la decisión política en cuanto «miembro igual» que los demás (sufragio universal efectivo, libertad de expresión y de asociación, etc.); b) *principio de implicación,* que señala a cada ciudadano su interés igual y recíproco en los intereses de todos, dado que se trata de una acción comunitaria integrada, lo que implica que una distribución desigual de los bienes primarios sería tan injusta como antidemocrática (democracia «para el pueblo»); y c) *principio de autonomía,* que asegura el carácter integrador y no «monolítico» de la comunidad política: cada ciudadano se siente colectivamente solidario y responsable, pero sus juicios y convicciones son personales, aunque forjados en la deliberación pública, que estimula y refuerza su «competencia cognitiva» sin corromperla mediante procedimientos más o menos veladamente coercitivos. Esta exigencia de autonomía de juicio de los ciudadanos conlleva un sentido fuerte (sin restricciones) a las garantías constitucionales de libertad de expresión, de asociación, etc., así como de la tolerancia liberal (libertad de conciencia, pluralismo ético en cuestiones controvertidas, etc.). De este modo, la democracia 'comunitaria' se distingue de la democracia «estadística» en que ésta última sólo requiere el principio de participación política en sentido formal, y de la de signo «monolítico» porque ésta no reconoce el principio de autonomía.

Por último, Philippe C. Schmitter ha sido el principal promotor de una transformación de la democracia liberal (representativa o participativa) en una democracia corporatista, declarando la insuficiencia y hasta el desenfoque del modelo pluralista-competitivo que ha de trocarse en modelo pluralista-cooperativo o negociador. A su entender, la realidad política tras la Segunda Guerra Mundial ha sido -y ha de continuar siendo- la de una redefinición implícita, pero creciente,

del modelo democrático liberal según la cual los partidos políticos han ido cediendo protagonismo representativo y de control a las asociaciones corporativas y grupos de presión, a la vez que el ejecutivo, desprestigiado por el fracaso del modelo intervencionista del estado del bienestar, se ve obligado a trocar su autoritarismo en agente promotor, y ocasionalmente árbitro, de la intermediación entre los grupos de intereses enfrentados (especialmente corporaciones empresariales y sindicales) que tienden cada vez más a sustituir el conflicto por la negociación o el pacto de las soluciones (Schmitter, 1979).

Es preciso distinguir, no obstante, entre las dos versiones del corporatismo, la «fuerte» (democracia corporativa) defendida por Schmitter, que tiende a conjugar progresivamente el debate parlamentario con los resultados de la negociación corporativa, y la «débil», defendida por Giner y Pérez-Yruela (1979), que preconiza un modelo más social que político, lo que, ciertamente, alivia los problemas de legitimidad, pero no la coherencia del sistema, pese a su indudable realismo. Lo cierto es que el corporatismo sostiene actualmente un fuerte debate interno y externo, por lo que todavía habrá que esperar un tiempo para ver el signo que adopta en su definitiva consolidación, si es que ésta llega a producirse.

Schmitter ha insistido en que la democracia corporativa devuelve su protagonismo político a los ciudadanos, esto es, a la sociedad civil, que está llamada a asumir un papel cada vez más activo. Pero tal papel no lo asumen los ciudadanos individuales, sino las asociaciones «organizadas permanentemente y especializadas» que, sin embargo, no adoptan la estructura ni los objetivos de los partidos políticos, sino que actúan como vehículos de la «representación funcional» de los grupos de interés, obteniendo para éstos un reconocimiento público y una autorización estatal para la negociación económica y social. En realidad, son las cúpulas burocráticas de las organizaciones empresariales y sindicales quienes se han ido imponiendo como los gestores de la intermediación de los intereses de sus representados funcionales, desplazando cada vez más a los diputados parlamentarios, y hasta adquiriendo en la práctica su estatuto de inmunidad. Propiamente, *significan el paso de la representación de los intereses a la intermediación de los mismos por sus principales gestores,* aunque arrogándose una representatividad mucho más factual que legítima (sobre todo en los países donde es muy baja la tasa de afiliación empresarial y sindical), como, por lo demás, también ocurre con los partidos políticos. Lo decisivo, a mi entender, es que los ciudadanos individuales vuelven a ser suplantados por grupos profesionalizados que pretenden representar y negociar sus intereses mediante una lógica mucho más elitista -si no claramente oligárquica- que realmente democrática.

3. Hacia la formulación del paradigma democrático

Justamente, Schmitter ha presentado recientemente una interesante propuesta de paradigma democrático («Qué es y qué no es la democracia», 1993) que vale la pena analizar y discutir con cierto detenimiento para llegar a formular, si es posible, un modelo alternativo al que propone. Es de advertir que el trabajo de Schmitter es un informe para una agencia gubernamental estadounidense y persigue un objetivo más pragmático que teórico; más en concreto, trata de establecer las «condiciones mínimas» para que una determinada politeya pueda ser homologada como régimen democrático. Pese a ello, refleja con suficiente fidelidad y precisión, a mi juicio, su propuesta de una democracia corporativa. Schmitter comienza con una definición «amplia» de la democracia y seguidamente selecciona los «conceptos genéricos que la distinguen» como sistema de organización de las relaciones de los gobernantes y los gobernados. A continuación intenta completar los criterios de Dahl para señalar las instituciones y procedimientos esenciales para su correcto funcionamiento y fija los dos «principios operativos» que la garantizan. A continuación somete a examen algunos conceptos e instituciones que otros autores han juzgado como necesarios cuando son, en realidad, a su juicio, expresiones contingentes o coyunturales que sirven para diferenciar diversos tipos de democracia. Por último desmiente cuatro atribuciones que suelen hacerse al régimen democrático y que de ninguna manera le son propios o exclusivos.

Schmitter propone la siguiente definición de régimen democrático, que contiene los conceptos e instituciones que considera necesarios y suficientes: «la democracia política moderna es un sistema de gobierno en el cual los gobernantes son hechos responsables de sus acciones en el dominio público por los ciudadanos, que actúan indirectamente a través de la competición y la cooperación de sus representantes elegidos» (Schmitter, 1993, 18). Es de notar que cita en nota la definición de Schumpeter, pero señala con la misma dos discrepancias: «nuestro énfasis sobre la responsabilidad de los dirigentes ante los ciudadanos y la relevancia de otros mecanismos de competición distintos de las elecciones» (ib., nota 3). Ciertamente tales discrepancias me parecen ambas positivas, pero Schmitter apunta claramente a su designio democrático-corporativo.

Llama la atención, en cambio, su énfasis primordial sobre el poder ejecutivo, aunque al final haga una referencia explícita a los «representantes elegidos»; y resulta sorprendente que no deje resquicio alguno para la acción ciudadana directa, ni siquiera a través de la opinión pública, limitándola a una actuación «indirecta» y mediada por los procesos de competición y cooperación de sus representantes electos.

Seguidamente Schmitter analiza los conceptos esenciales de la democracia:

a) *Gobernantes*: son las personas investidas de autoridad y que, por lo mismo, están legitimadas para dar órdenes a los demás; pero el gobernante democrático ejerce la autoridad según normas prefijadas y se hace responsable de sus acciones ante los ciudadanos. Se trata, pues, en realidad, de *gobernantes responsables ante sus electores.*

b) *Dominio público*: es el ámbito regulado por normas colectivas de obligado cumplimiento y respaldadas coercitivamente. Su contenido puede ser más o menos reducido según el signo liberal (mínimo necesario) o socialista (máximo desarrollo del sector público) o socialdemócrata (intermedio entre los anteriores). Se trata, pues, en realidad, de *dominio público regulado colectivamente.*

c) *Ciudadanos*: constituyen «el elemento más distintivo de las democracias», ya que todo régimen político tiene gobernantes y dominio público, pero sólo las democracias tienen ciudadanos y no súbditos. Actualmente han desaparecido casi todas las restricciones de sexo, raza, clase, nivel cultural, etc., que limitaban el ejercicio de los derechos políticos. Sin embargo, como ya quedó apuntado, Schmitter limita su acción política al mero ejercicio del voto electoral y/o de representación funcional. Se trata, pues, de *ciudadanos en el ejercicio de la plenitud de sus derechos políticos.*

d) *Competición*: Schmitter apunta que la competición es un rasgo propio de la democracia moderna, ya que la clásica se basaba en la cooperación y en el consenso, y hasta vetaba la formación de grupos de interés. Hoy nadie duda de que es preferible asumir la realidad del conflicto de intereses para regular adecuadamente las normas de la competición. Se trata, pues, en realidad, de la *competición regulada por normas equitativas.*

e) *Elecciones*: es, sin duda, el rasgo distintivo más popular de las democracias. Hay que prevenirse, sin embargo, contra «la falacia electoralista», ya que no toda elección es democrática, sino únicamente las elecciones regulares «debidamente conducidas y honestamente computadas». Pero incluso en este caso las elecciones ofrecen posibilidades de acción política limitada: son intermitentes y los ciudadanos han de elegir entre las alternativas muy agregadas que presentan los partidos políticos. Al menos durante los intervalos electorales los ciudadanos han de tener la posibilidad de actuar «a través de una amplia variedad de otros intermediarios» como grupos de interés, movimientos sociales, agrupaciones locales o clientelares, etc., ya que «son algo integral a la práctica» democrática, como subraya Schmitter. Se trata, pues, de *elecciones regulares e imparciales.*

f) *Gobierno de la mayoría*: generalmente se acepta «la regla de la mayoría» entendida como la mitad más uno de los votantes, pero para cuestiones de especial importancia como la reforma de la constitución, etc., se exigen «mayorías cualificadas». No obstante, es frecuente que se intente salvaguardar los derechos de las «minorías», sobre todo cuando se trata de intereses étnicos, culturales o corporativos, generalmente mediante provisiones constitucionales o leyes especiales. Más difícil de resolver es el problema de atender las reivindicaciones de los «nuevos movimientos sociales» que compensan su escaso número de participantes con una gran «intensidad» en sus demandas y fuertes influencias emocionales. Se trata, pues, en realidad, del *gobierno de la mayoría que respeta los derechos de las minorías.*

g) *Cooperación*: Schmitter admite que «siempre ha sido un rasgo central de la democracia», pero la orienta hacia la competencia: los ciudadanos deben agruparse en partidos, asociaciones y movimientos y «cooperar para competir». También reconoce la importancia de la cooperación para deliberar, descubrir sus necesidades comunes y resolver sus problemas desde la misma sociedad civil, en la línea preconizada por Tocqueville. Una sociedad civil vigorosa es capaz de un alto grado de autogobierno, lo que, además de ser generalmente más satisfactorio, evita sobrecargar al sistema político y hacer «ingobernable» la democracia.

Obviamente, desde su inspiración corporativa, Schmitter no considera un rasgo esencial de la democracia el sistema de *representantes*, elegidos directa o indirectamente, sino que los engloba en el apartado de la «cooperación» democrática, lo que ciertamente me parece discutible, pese a moverme en una onda similar en este punto. Concede que realizan «la mayor parte del trabajo real en las democracias modernas» y que constituyen una clase profesional, de la que no es posible prescindir. Sin embargo, «hay muchos canales de representación en la democracia moderna»; ciertamente, el electoral, que culmina en la formación de un parlamento; pero el crecimiento incesante del ejecutivo ha llevado a la creación de variadas y poderosas «agencias gubernamentales» y administrativas que no son electas; además, en su entorno se han creado agrupaciones o asociaciones funcionales o de interés que desplazan cada vez más a los partidos políticos en la verdadera representación de la sociedad civil, aparte de las intervenciones más puntuales de los movimientos sociales. Y esta cuestión le parece especialmente crucial en las jóvenes democracias surgidas «desde 1974», que han de moverse en un «tiempo comprimido», pues deben realizar en un breve espacio de tiempo lo que las democracias más consolidadas han cumplido a lo largo de dos siglos, lo que plantea riesgos y desafíos hasta ahora inéditos.

Se trata, pues, de una *colaboración mediada por representantes electos políticos y/o funcionales.*

Seguidamente plantea Schmitter el segundo apartado de su esquema: «Procedimientos que hacen posible la democracia». Aquí se atiene a las «condiciones procedimentales mínimas» señaladas por Dahl (y ya recogidas en su lugar), a las que añade dos más, aunque sea en calidad de simples, aunque importantes, explicitaciones: la primera (y octava del conjunto) explicita la primera al poner de relieve que los cargos públicos electos constitucionalmente no han de sufrir una «oposición invalidante» por parte de cargos públicos no electos, lo que constituye una clara referencia a las politeyas «militarizadas» de América Latina. La segunda (y novena del conjunto) hace explícito que la politeya democrática ha de poder «autogobernarse» de modo efectivo, con independencia de «constreñimientos» derivados de la situación neocolonial, de bloques de alianzas o esferas de influencias.

A continuación formula Schmitter los dos «principios que hacen factible la democracia», esto es, que están en la base de su funcionamiento fáctico. El primero hace referencia al «consentimiento popular», que Schmitter, fiel a su inspiración elitista, formula como *«el consentimiento contingente de los políticos que actúan bajo condiciones de incertidumbre limitada»*. Consiste, en definitiva, en el reconocimiento de los resultados electorales y de la contingencia de los mismos, de modo que los perdedores respetan el derecho de los vencedores a gobernar y éstos el de aquéllos para no intentar excluirlos en el futuro del juego político. Es el «acuerdo democrático» (Dahl). El segundo hace referencia a la existencia de alternativas reales de gobierno: *«todas las democracias implican un grado de incertidumbre acerca de quién será elegido y qué políticas llevará a cabo»* (Schmitter, 24-25). Lo que implica que cabe dudar seriamente de la calidad democrática de ciertos países donde la realidad de un único partido institucional se encubre con la presencia de otros partidos que, en la práctica, sólo pueden funcionar como comparsas. Ciertamente, tal grado de incertidumbre varía considerablemente de unos países a otros.

En cambio, y muy significativamente, Schmitter niega que la *«cultura cívica»* constituya un principio básico del funcionamiento democrático, pese a ser «un tema persistente en la literatura reciente sobre la democracia, pero a la vez engañoso». La exigencia de tal «cultura cívica», con sus hábitos democráticos profundamente arraigados, sólo puede ser «producto» del proceso democrático mismo, y no «productor» del mismo. Lo realista es, pues, atenerse a la interacción «entre actores antagonistas y mutuamente suspicaces» (ib. 25-26). Con esta aseveración, Schmitter repite la vieja falacia del modelo elitista liberal: no puede ponerse como condición de la democracia lo que es el producto de la misma.

La realidad, sin embargo, es que resulta imprescindible *un mínimo* de cultura y de actitud cívica para que sea posible el proceso democrático; de lo contrario nadie puede extraer *ex pumice aquam*: de las prácticas oligárquicas nunca podrá surgir democracia ni cultura cívica, como de la simple negociación egocéntrica de los intereses particulares nunca podrá surgir la consideración del interés público, por más procesos *mano invisible* que se pretendan.

Tal sustrato de «cultura cívica» existe más o menos consolidado en todos los países occidentales como fruto del proceso posrevolucionario y sobre el mismo se sustenta la práctica democrática al igual que el impulso que permite poner en marcha las transiciones hacia la democracia tras los paréntesis de involución autocrática o francamente totalitaria. Pero es preciso que los poderes públicos democráticos promuevan de modo sistemático y eficaz el cultivo y la profundización de la cultura cívica y del interés público como condición necesaria y suficiente para el perfeccionamiento del sistema democrático. Es más, a mi entender, aquí radica el criterio decisivo para juzgar sobre la autenticidad democrática de los diferentes modelos que se proponen. Obviamente, la denominación «democrático» resulta indispensable a efectos legitimadores; por eso todos los regímenes modernos tienden a utilizarla, aun en lo casos en que el abuso lingüístico es manifiesto. Pero tampoco interesa la realidad democrática a los sistemas o procedimientos que son larvadamente oligocráticos.

El cuarto apartado lo dedica Schmitter al examen de otros criterios o conceptos que, de modo frecuente u ocasional, se plantean como definidores de la democracia y que, a su juicio, poseen, en realidad, un estatuto meramente contingente y diferenciador entre los diversos «subtipos» de democracia existentes, de acuerdo con las diferentes circunstancias históricas, culturales y sociales de cada país. Obviamente, la discusión de tales criterios o conceptos resulta decisiva, ya que de la presencia necesaria o meramente contingente de alguno de tales criterios se sigue la autenticidad o la mera variación legítima de un modelo democrático determinado. He aquí la relación presentada:

a) *Consenso*.-No es preciso, ya que basta la mayoría.

b) *Participación*.-No es precisa la participación «activa e igual» en la política; basta con que exista posibilidad «legal» de hacerlo.

c) *Acceso*.-Aunque el concepto de «ciudadanía implica que los individuos y los grupos deberían tener igualdad de oportunidades para expresar sus preferencias si optan por hacerlo», los gobernantes deciden libremente entre las diversas preferencias manifestadas.

d) *Responsabilidad*.-Cuando los gobernantes no siguen la preferencia ciudadana en base a «la razón de estado» o a «intereses nacionales ineludibles» han de ser «finalmente responsables de sus acciones a través de procesos regulares y justos».

e) *Gobierno mayoritario*.-Es el criterio común, pero no resulta obligado, aunque cualquier desviación del principio ha de ser «defendida explícitamente y aprobada previamente».

f) *Soberanía parlamentaria*.-El legislativo no tiene que ser, necesariamente, el único poder con capacidad de iniciativa legislativa, «ni siquiera el que posea la autoridad final para decidir leyes de obligado cumplimiento». También pueden serlo los poderes ejecutivo y judicial a condición de que en tal caso sean «responsables de sus acciones».

g) *Gobierno de partido*.-El gobierno no ha de ser necesariamente «nominado, promovido o disciplinado por partidos políticos», aunque esto sea lo más frecuente y efectivo.

h) *Pluralismo*.-Tampoco es un criterio necesario, aunque «donde hay monopolios de representación, jerarquías de asociación y afiliación obligatoria es más probable» que se produzca un estatalismo y una indefinición de los intereses públicos y privados.

i) *Federalismo*.-Aunque «alguna dispersión del poder a través de unidades territoriales o funcionales es característica de las democracias», ello no ha de hacerse precisamente mediante la fórmula federal.

j) *Presidencialismo*.-No es un criterio necesario, como tampoco el que el presidente haya sido elegido directamente por el pueblo. Basta con que exista «alguna concentración de poder» en el ejecutivo sobre los demás poderes del estado, aunque sea ejercida colectivamente y aunque sea tenida como responsable ante el electorado «sólo indirectamente».

k) *Controles y contrapesos*.-Los gobiernos han de rendir cuentas a los ciudadanos «en su conjunto», no necesariamente mediante la vigilancia y el contrapeso de unos poderes del estado por los otros.

Parece claro que Schmitter ha seleccionado estos criterios pensando en la politeya estadounidense y como rasgos propios de la misma que, por lo tanto, no puede ni debe ser entendida como «modelo universal de gobierno democrático». Sin duda pesa también en la justificación que presenta su carácter de «informe» con vistas a homologar a partir de un denominador común mínimo los variopintos regímenes políticos actualmente en transición desde las autocracias occidentales y desde los regímenes exsoviéticos. Añade, incluso, que «los arreglos parlamentarios, consociacionales, unitarios, corporatistas y concentrados de la Europa continental» pueden ser

más adecuados para guiar la «incierta transición» hacia regímenes democráticos.

Esta finalidad operativa explica en buena medida el deliberado grado de ambigüedad con que se expresa, aparte de su conocida proclividad hacia las formas de la autodenominada «democracia corporativa». Pero a efectos teóricos y verdaderamente discriminativos tal grado de ambigüedad resulta un tanto chocante. Nada que decir sobre los criterios de *consenso, acceso, gobierno mayoritario* y *gobierno de partido,* que me parecen oportunos y correctos. Por otra parte, los criterios de *federalismo* y de *presidencialismo* los plantea en el contexto estadounidense y son netamente secundarios. Pero examinemos, siquiera sea brevemente, los demás:

- *Participación*: obviamente, ninguna democracia está legitimada para obligar a participar en la política a sus ciudadanos, pero sí, en cambio, resulta obvio y obligado que estimule y facilite la mayor participación posible de los mismos, sin que pueda decirse que el índice de participación ciudadana sea contingente. De hecho, toda elección obtenida mediante una participación menor que la mitad del censo se considera deslegitimada (aunque no ilegal), y resulta invalidante en los casos de referéndum (institución democrática a la que Schmitter, por cierto, jamás hace la menor alusión). No basta, pues, sin más la mera posibilidad «legal» de participar. Creo, por el contrario, que los sistemas representativos y de intermediación, que han cumplido un papel imprescindible en la transición histórica hacia la auténtica democracia, han de ir cediendo progresivamente su papel a la iniciativa directa y a una acción ciudadana mucho más libre de ataduras y mordazas, conforme los mayores niveles de cultura cívico-política existentes y las nuevas posibilidades tecnológicas lo permiten. Es más, estoy persuadido de que las razones que se siguen esgrimiendo para entorpecer y hasta impedir la mayor participación ciudadana directa corresponden ya al pasado; en especial, la tesis de la «ingobernabilidad» del sistema democrático por el «exceso de participación ciudadana» constituye, a la vez, una falacia y una demostración de cinismo: la «ingobernabilidad», si existe, se debe mucho más a la inexistencia real o la estrechez de los cauces institucionales ofrecidos a tal participación. En esta línea se impone toda una serie de reformas urgentes y profundas entre las que cabe mencionar tres ejemplos clamorosos (y, lamentablemente, no sólo en el caso español): la ley electoral (intolerablemente restrictiva), los reglamentos internos de los partidos políticos (todos ellos con mayor o menor déficit democrático) y la ley de referendo (de modo que se constituya en procedimiento ordinario de decisión democrática en los asuntos de especial trascendencia para el estado).

- *Responsabilidad*: No puede aceptarse que el gobierno democrático pueda desviarse de la opinión pública por pretendidas «razones de estado» o «intereses estratégicos» de la nación cuando, justamente, es la opinión pública quien ha de decidirlo. Y en los casos en que, razonablemente, pueda plantearse tal dilema, ha de apelarse a la institución referendaria, una vez que ha sido debidamente preparada la votación mediante un proceso amplio, sincero y eficaz de discusión pública del problema. De ningún modo parece suficiente remitirse a la responsabilidad «final» de los gobernantes.

- *Soberanía parlamentaria*: resulta chocante que Schmitter pretenda admitir como legítimamente democrática la abusiva práctica (también estadounidense) de reconocer el derecho de veto presidencial a un determinado proyecto de ley aprobado por el legislativo, derecho de veto que se apoya sobre pretendidas «razones de estado» y que constituye, en realidad, un resto anacrónico o una adherencia injustificable del poder autocrático. Pase que, por razones operativas, el parlamento ceda con frecuencia al ejecutivo la iniciativa legislativa; pero resulta obvio desde la normativa democrática que el legislativo es la «autoridad final» para la aprobación de leyes de obligado cumplimiento, incluso para el ejecutivo, del mismo modo que también el poder judicial es la «autoridad final» en su ámbito propio.

- *Pluralismo*: ciertamente, no todo pluralismo es democrático, pero el pluralismo es condición necesaria para los procesos democráticos, pues ni siquiera es necesario el consenso pleno ante el acuerdo constitucional que fija las reglas del juego democrático. Este criterio, por lo demás, viene ya implícito por los que Schmitter reconoce como criterios seguros: la «competición», las «elecciones regulares», el gobierno de «la mayoría» y la «cooperación» deliberativa y funcional. Otra cuestión es que el pluralismo sea signo seguro de democracia porque, en efecto, caben dos tipos de pluralismo: el de los grupos de presión o de interés, movidos únicamente por la salvaguarda o la imposición de sus intereses privados respecto al interés público, con talante oligárquico irreductiblemente antidemocrático, que da lugar a las oligocracias (frecuentemente enmascaradas con apariencias democráticas), y el de los grupos de opinión, que discuten o deliberan sobre el verdadero interés público, con talante democrático capaz de responder a la pregunta rusoniana ¿a quién beneficia realmente tal medida propuesta? En definitiva, el pluralismo es una condición necesaria para toda democracia, aunque no es una condición suficiente.

- *Controles y contrapesos*: desde Montesquieu se ha venido considerando que la separación de poderes del estado, su plena autonomía en el ámbito de su competencia (legislativa, ejecutiva y judicativa,

respectivamente), así como su mutua vigilancia y control, constituyen un rasgo característico de la democracia. En especial, el control del ejecutivo por el legislativo y el judicial, aparte del control que ejerce la opinión pública, ofrece una garantía indispensable para frenar la tendencia estructural que se observa históricamente en el ejecutivo a aumentar más y más su ámbito de acción sirviéndose de todas las circunstancias (estado de guerra, crisis nacional, etc.) y de diversos pretextos (razón de estado, seguridad pública, etc.) para invadir las competencias del legislativo y del judicial. La tendencia actual al presidencialismo, con capacidad de veto en ciertos casos, es una muestra clara de su impenitente afán de procurarse en lo posible el monopolio del poder real. Dicho control del ejecutivo, tan enfatizado por Rousseau, constituye igualmente la mejor garantía para neutralizar la proclividad del poder hacia la corrupción o, al menos, para mantenerla bajo mínimos tolerables. Otra cuestión distinta es que en las fases de transición hacia la democracia, precisamente porque todavía no son democracias plenas, se tolere provisionalmente cierta acumulación de poder.

Por último, Schmitter se ocupa de despejar («Qué no es democracia») algunas atribuciones o consecuencias infundadas que suelen hacérsele al régimen democrático y que son, en realidad, variables independientes del mismo. La primera es que «las democracias no necesariamente son económicamente más eficientes que otras formas de gobierno», en particular en la fase de transición hacia las mismas, aunque a largo plazo suelen mejorar las prestaciones sociales y económicas. La segunda es que las democracias «no son necesariamente más eficientes administrativamente»; por ejemplo, la toma de decisiones es siempre más lenta, aunque suele compensarse con su mayor trasparencia y menor grado de corrupción. La tercera es que «no es probable que las democracias aparezcan como más ordenadas, consensuadas, estables o gobernables que las autocracias que reemplazan»; sus valores son otros, aunque la falta de habilidad para gobernar puede provocar el desencanto de la población. Por último, lo propio de las democracias es promover «sociedades y politeyas más abiertas que las autocracias a las cuales reemplazan, pero no necesariamente economías más abiertas» (Schmitter, ib. 28-29). Esta última apreciación me parece más que discutible, al menos a largo plazo.

Las matizaciones de Schmitter resultan ciertamente realistas, pero quizá excesivamente condicionadas por su modelo mínimo de democracia corporativa: a su juicio, debemos conformarnos con que la democracia promueva «la emergencia de instituciones políticas que puedan combatir pacíficamente para formar gobiernos e influenciar políticas públicas, que puedan canalizar conflictos sociales y económicos a través de procedimientos regulares, y que tengan suficientes

ligámenes con la sociedad civil como para representar a sus bases y comprometerlas en cursos colectivos de acción» (ib. 29).

Parece un mínimo pragmático, pero la cuestión es ésta: ¿se trata de un mínimo verdaderamente democrático? O lo que viene a ser lo mismo: tal objetivo mínimo ¿no puede conseguirse con una oligocracia ilustrada? Entonces, si el listón exigido es tan bajo que pude obtenerse indiferentemente con una oligocracia ilustrada o con una democracia mínima es que el listón elegido para discriminar resulta inadecuado. Para Schmitter el valor democrático máximo parece ser el asegurar la estabilidad política y la paz social. Pero estos valores ni son exclusivos de la democracia ni ocupan la cúspide de su axiología. Si la democracia no va a garantizar un mínimo de justicia y de derechos humanos tampoco vale demasiado la pena. Schmitter justifica su postura aseverando que es de esperar que su modelo mínimo no sólo será estable «en el marco de sus condiciones confinadoras iniciales, sino que se expansionará eventualmente más allá de ellas», dado que las democracias se caracterizan por su capacidad para modificar consensuadamente sus reglas e instituciones ante las circunstancias cambiantes (ib. 30). Pero esta no es una expectativa de mejora en la calidad democrática, sino más bien de mera supervivencia; y en esta dirección las oligocracias se han mostrado siempre incomparablemente superiores conforme al conocido lema de Lampedusa: «que todo cambie para que todo siga igual». Como se ve, al final el hilo de separación entre la democracia corporativa (elitista) y la oligocracia ilustrada se hace imperceptible en la noche en que todos los gatos son pardos. Ofrecer homologaciones democráticas dudosas puede tener un sentido pragmático a corto plazo, aunque seguramente más aparente que real; pero a largo plazo tal ambigüedad de ningún modo beneficia al mismo proceso de transición democrática que se pretende favorecer con la misma. Y, desde luego, resulta inadmisible desde el punto de vista teórico-normativo.

4. La democracia mínima

Conforme a los conceptos y criterios ya expuestos, parece factible, sin embargo, un intento de formulación del paradigma democrático en el que queden claramente perfiladas en un «mínimo democrático» el conjunto de condiciones necesarias y suficientes que debe cumplir un régimen político a fin de alcanzar la homologación democrática desde el punto de vista lógico-normativo de tal modo que posea capacidad discriminativa entre los modelos auténticos y los solamente aparentes, dada la gradiente general para adoptar ropajes democráticos a efectos de legitimación. Para este objetivo hemos

de dejar de lado las consideraciones concretas de estabilidad política, expectativas internacionales creadas, etc. La conveniencia de que ciertas agencias gubernativas y organismos supranacionales apoyen las transiciones a la democracia y tiendan a exigir unos mínimos para canalizar tales ayudas es una cuestión completamente distinta. También dejaré de lado aquí la cuestión de si la auténtica democracia es mucho más que una forma de organización política para representar una forma de vida, una cierta actitud de mente y de espíritu. Baste decir que estoy persuadido de que es así y de que, en ausencia de tales presupuestos, la democracia como mera forma de organización política se convierte en otra forma de dominación con las obvias consecuencias de desviación de autoridad, procedimientos oligocráticos, prácticas elitistas y corruptelas de todo tipo.

Si atendemos a las diferentes caracterizaciones y rasgos distintivos que confieren a la democracia los autores representativos seleccionados resulta posible elaborar el siguiente cuadro:

Rasgo democrático	Clásica	Schum-peter	Dahl	Bobbio	Baber	Giner	Schmitter	Dworkin
1. Sistema institucional para las decisiones políticas basado en la libertad-igualdad	*		*	*	*	*	*	*
2. Comunidad política, bien común	0					*	*	0
3. Elección de representantes	*		*	*	*		*	*
4. Líderes políticos electos con responsabilidad ante sus electores			*	*	*		*	*
5. Participación popular efectiva:								
- sólo electoral		*	*	*			*	
- también en la deliberación	*				*	*		*
6. Educación cívica, cultura cívica	*					*	*	*
7. Estructura conflictiva		*	*	*		*		
8. Ciudadanos con pleno ejercicio de los derechos políticos	*					*	*	*
9. Pluralismo político, opinión pública	*		*		*	0		0

Además de estos 9 rasgos, mencionados por al menos tres de las definiciones o autores representativos, será preciso añadir, a mi juicio, los 8 siguientes, la mayor parte de los cuales he defendido como rasgos necesarios, frente a su clasificación por Schmitter como rasgos meramente diferenciales. Algunos se solapan parcialmente, pero también se explicitan más claramente:

10. Dominio público regulado constitucionalmente.
11. Controles y contrapesos entre los tres poderes del estado.
12. Gobierno de mayoría que respeta los derechos de las minorías.
13. Elecciones regulares e imparciales.
14. Incertidumbre suficiente sobre los resultados electorales.
15. Apertura permanente del sistema con independencia del último ganador.

16. Libertad individual y derecho a la privacidad garantizados.

17. Vinculación efectiva a los principios de justicia y garantía de los derechos humanos.

El último rasgo es una explicitación de contenido que puede parecer, a primera vista, innecesaria, ya que los textos constitucionales actuales la contienen ya en su inmensa mayoría bajo la denominación de «valores superiores» o similar; pero no es difícil imaginar una constitución puramente formal en la que tales «valores superiores» no se mencionasen y su asunción implícita resultase dudosa o ineficaz. El caso de la república de Weimar y su transición al nazismo es un precedente suficientemente significativo al respecto.

En cambio, han de considerarse como rasgos diferenciales y cambiantes según los diversos modelos de democracia existentes o posibles, conforme a la experiencia histórica, la cultura política y las tradiciones institucionales concretas de cada país, abandonando definitivamente la idea de un universal democrático de máximos, los siguientes:

a) consenso requerido en los asuntos más importantes;

b) gobierno del partido mayoritariamente votado;

c) gobierno formado por miembros de una coalición de partidos e independientes;

d) utilización del referéndum en cuestiones de especial trascendencia política;

e) intermediación de los intereses en sistema mixto, aunque subordinado a la representación parlamentaria;

f) presidencialismo, o parlamentarismo, o modelos mixtos;

g) federalismo o asimilados.

Según los criterios expuestos a lo largo del trabajo, creo que el conjunto de los 17 rasgos característicos del modelo democrático constituyen un conjunto de condiciones necesarias y suficientes para definir la «democracia mínima» o «mínimo democrático», que permite homologar o no como régimen democrático cualquier tipo de sistema político, estabilizado o en transición, que quiera someterse a tal consideración. Podría darse el caso de que muy contadas democracias realmente existentes superasen esta prueba de mínimos; ello no supondría, sin embargo, un argumento contra la plausibilidad de tal modelo, del mismo modo que las pruebas sociológicas o estadísticas en contra de su cumplimiento no invalidan las correspondientes normas morales, ya que, en ambos casos, se trata de modelos normativos. Significaría, simplemente, que se ha producido un uso abusivo de las denominaciones democráticas, como antaño se producía con el término «revolucionario» (régimen, gobierno, partido autodenominados

revolucionarios). Pero nadie se llama a engaño: se trata de abusos lingüísticos con propósitos de autolegitimación.

El rasgo decimoséptimo fija de modo explícito el contenido mínimo específico del régimen democrático: su vinculación necesaria a unos principios de justicia y a la garantía y promoción de los derechos humanos, no sólo en el ámbito de las relaciones nacionales sino también en el de las internacionales. Aunque en la cultura occidental los términos «política» y «democracia» tienden a usarse indistintamente, dada la generalización en su ámbito del régimen democrático, ello no debe dar lugar a equívocos: la democracia es el único régimen político legitimable justamente porque se sitúa más allá de la lógica de la dominación y de los enfoques característicos del paradigma «realismo político» (Rubio Carracedo, 1990a), propios de las autocracias y de las oligocracias, pero que amenazan con contaminar también a la democracia. Por tanto, no es redundante aclarar que, al menos en el ámbito occidental, cuando se invita al realismo con la frase «En política...», no puede olvidarse que, en realidad, debe decirse «En democracia...». Tal vez esta mención explícita baste para desmentir pretendidas exigencias ineludibles.

Mucho más discutible me parece, en cambio, que los otros siete rasgos propuestos como «diferenciales» signifiquen o no una mejora cualitativa del modelo democrático, con la sola excepción del rasgo d) que añadiría la obligación de remitir la decisión de las cuestiones de especial importancia o repercusión ciudadana al resultado de un referéndum convocado al efecto, suficientemente preparado y realizado como tal, esto es, con la actitud efectivamente neutral de los poderes del estado y de la administración. Esta mejora cualitativa me parece incuestionable, pero no voy a extenderme aquí en su justificación.

Por último, cabría ensayar una nueva definición de la democracia a partir de los 17 rasgos característicos. Pero sería demasiado extensa para ser útil. A mi parecer, cualquiera de las definiciones de la democracia clásica liberal ofrecidas por Schumpeter y Bobbio resulta válida, aunque ninguna sea suficientemente comprensiva.

5. ¿Fundamentalismo democrático o la democracia en serio?

Durante el último decenio se observa una tendencia creciente, por un lado, a relajar los requisitos mínimos para la homologación democrática de los regímenes políticos y, por el otro, a desacreditar de modo cada vez más agresivo a los defensores de las condiciones clásicas del sistema democrático que son tildados de incurrir en «fundamental ismo democrático» o de mantener una visión cuasisacral de un régimen político surgido del periodo revolucionario, que

lógicamente debe ir cambiando para adaptarse a las nuevas realidades históricas, económicas y sociales. Muchos politólogos parecen haber tomado partido por las democracias realmente existentes, dejando de lado cada vez más las exigencias del modelo clásico en aras del pragmatismo, a la vez que parecen dar por garantizado un paulatino y cuasiautomático proceso de convergencia hacia posiciones democráticamente homologables. Dada la actual «revolución democrática» es preciso mostrarse comprensivos y pacientes con las nuevas democracias en transición, con sus particulares dificultades en cada caso. De hecho, se ha ido acuñando una nueva terminología: democracias «inciertas», democracias «frágiles», democracias de «baja intensidad», democracias «imperfectas»..., que ha venido a sustituir a otra terminología mucho más franca: democracias «vigiladas», «tuteladas», «pseudodemocracias», «oligocracias» o, simplemente, «democracias en transición».

Obviamente, el modelo democrático clásico ha de adaptarse a las transformaciones del mundo contemporáneo, tanto en Occidente como especialmente en los estados exsoviéticos, en los países en vías de desarrollo y en el Tercer Mundo en general. Pero parece claro que no ha de tratarse tanto de un cambio del modelo democrático como de su adaptación a situaciones históricas, económicas y culturales muy distintas de las occidentales. En definitiva, es preciso evitar netamente el peligro de etnocentrismo democrático y afrontar con valentía el reto que supone su adaptación a otras idiosincrasias, lo que implica realizar una compleja y delicada tarea de traducción e interpretación de la democracia en todo el mundo, pero evitando las ambigüedades más o menos calculadas e interesadas, tanto de orden interno como externo, que amenazan con hacer abortar el proceso. Se precisa, en resumen, mantener incólume una doble fidelidad: al modelo democrático en sus requisitos mínimos característicos y a las circunstancias idiosincráticas de cada país. Tal es la exigencia de tomar la revolución democrática en serio, evitando a la par los excesos contrapuestos de un fundamentalismo democrático etnocéntrico y la excesiva complacencia, interesada por lo demás, con situaciones de democracia aparente, que enmascara los diferentes modos de dar cumplimiento a la perenne aspiración oligocrática: «que todo cambie para que todo siga igual».

Dejando de lado ahora los denodados esfuerzos del realismo político por reducir la democracia a una mera forma de organización política compatible con la oligocracia liberal, de los que ya me ocupé en otras ocasiones (Rubio Carracedo 1990b; 1993), para entender la actual actitud de relajamiento en la homologación democrática, frecuentemente con el recurso a los eufemismos antes mencionados, resulta indispensable tener en cuenta que tal actitud complaciente

constituye un factor determinante en la nueva estrategia expansiva del capitalismo occidental que tiende a sustituir desde los años ochenta el término «desarrollo» por el término «democracia» en su creciente proceso de globalización mundial. Baste recordar el programa reaganiano denominado «Crusade for Democracy» (1982) dirigido no sólo a los regímenes comunistas sino, especialmente, a los países del Tercer Mundo, en los que la estrategia desarrollista había fracasado ya o suscitaba cada vez más reticencias. En definitiva, se trataba de persuadir a las autocracias y oligocracias de los países latinoamericanos, africanos y del sudeste asiático de que la adopción de un régimen democrático les resultaría ventajoso desde el punto de vista económico; de hecho, la administración estadounidense lanzó todo un programa de incentivos comerciales para los países que pusieran en marcha procesos políticos de transición a la democracia.

Sin duda, resultan exageradas las acusaciones de mera estrategia de expansión capitalista lanzadas por autores como A. Gunder Frank, Samir Amin o Noam Chomsky (B. Gills, J. Rocamora & R. Wilson, eds., 1993). Pero lo cierto es que dicha estrategia tuvo algo que ver con el rápido desmoronamiento de los regímenes comunistas del este de Europa y de la URSS. En todo caso, es indudable que este hecho crucial permitió a los consejeros de Bush diseñar el «Nuevo Orden Mundial» no sólo sobre la base de «conflictos de baja intensidad» (que se mantienen y aun se alientan) sino también de «democracia de baja intensidad», estrategia que habría de conducir a la extraordinaria proliferación del sistema democrático en los años noventa hasta alcanzar actualmente a la mitad de los estados reconocidos por la ONU. El problema es ahora discernir si se trata de verdaderos regímenes democráticos en fase de transición o de simples democracias enmascaradas para acceder a las ventajas que ofrece el nuevo sistema hegemónico de relaciones internacionales. Es decir, se trata de encontrar criterios capaces de discriminar entre los procesos sinceros, aunque lentos y difíciles, en busca de su propio modelo democrático, de otros procesos oportunistas que persiguen establecer democracias aparentes. Para este propósito resulta indispensable la identificación y adopción de unos requisitos que marquen el mínimo democrático (o paradigma de la democracia mínima), aunque obviamente interpretados o traducidos idiosincráticamente según la doble fidelidad antes mencionada.

Se trata, en definitiva, de disponer a corto plazo de unos criterios suficientemente discriminativos para desenmascarar, en su caso, la estrategia de complicidad del capitalismo internacional disfrazado de promotor de la democracia con las oligarquías locales autoritarias, económicas y militares que siguen manteniendo su privilegiada posición mediante una democracia meramente aparente y formal, que les

ofrece no sólo una máscara sino incluso una legitimación sobreañadida. En esta línea resultan claramente sospechosas aquellas transiciones a la democracia en las que se han efectuado únicamente modificaciones en la legalidad política (en muchos casos tal cambio se reduce a la introducción de las elecciones periódicas al parlamento y algunas formalidades de alcance menor), sin producir auténticas reformas sociales, por lo que queda intacto el entramado autocrático u oligocrático del poder efectivo.

El proceso de transición democrática se complica ciertamente cuando se produce -como acontece en los países excomunistas- simultánea e integradamente con un proceso de transición a la sociedad de mercado. Pero, en todo caso, es claro que la mera transición a la sociedad de mercado de ninguna manera conduce espontáneamente a medio plazo -y menos lo garantiza- a un régimen efectivamente democrático.

Ahora bien, si se confirmara que la actual proliferación de los sistemas democráticos obedece básicamente a una estrategia de expansión capitalista nos hallaríamos ante un fraude de consecuencias catastróficas, ya que, por una parte, el fraude funcionaría en tales países como vacuna antidemocrática de alcance histórico impredecible, a la vez que, por la otra, agravaría profundamente la actual crisis del modelo en las democracias occidentales, hasta provocar, quizá, una reacción autocrática en algún caso, o bien poniendo en marcha un auténtico proceso de regeneración democrática en otros. Si se tratara, en cambio, más bien de una actitud meramente pragmática que persigue una victoria rápida de la democracia en el mundo en base a rebajar sus requisitos mínimos, se trataría, en realidad, de una victoria pírrica: las autocracias u oligocracias dominarían realmente el mundo a corto plazo. Tal situación sería tanto más imperdonable cuanto que en la actualidad resulta innegable que se da una oportunidad excepcional para la extensión efectiva de la democracia, una oportunidad histórica inédita hasta ahora. A mi juicio, de la exigencia o no de un mínimo democrático discriminativo depende el éxito o el fracaso del actual empeño democratizador.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Barber, B., *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age,* Univ. of California P., 1984.

Bobbio, N., *El futuro de la democracia,* Barcelona, Plaza & Janés, 1985.

Dahl, R. A., *Dilemmas of a Pluralist Democracy: Autonomy versus Control,* New Haven, Yale U. P., 1982.

Dworkin, R., «Deux conceptions de la démocratie», en J. Lenoble & N. Dewandre, dirs., *L'Europe au soir du siècle. Identité et démocratie,* París, Esprit, 1992.

- «Liberal Community», *California Law Review* 77, 3, (1989), 479-504.
Gills, B.; Rocamora, J. & Wilson, R., «Low Intensity Democracy», en Id., eds., *Low Intensity Democracy: political power in the New World Order,* Londres, Pluto, 1993.
Giner, S., «La estructura lógica de la democracia», *Sistema*, n.º 70, 1986, 3-25 (recopilado en Id., *Ensayos civiles,* Barcelona, Península, 1987, por donde cito).
- Pérez-Yruela, M., *La sociedad corporativa,* Madrid, C. I. S., 1979.
Rubio Carracedo, J., *Paradigmas de la política. Del estado justo al estado legítimo,* Madrid, Anthropos, 1990a.
- *¿Democracia o representación? Poder y legitimidad en Rousseau,* Madrid, C. E. C., 1990b.
- «De la democracia al corporatismo. Genealogía de una frustración histórica», *Claves de razón práctica,* n.º 33,1993, 54-59.
Schmitter, P. C. y Lehmbruch G., eds., *Trends toward Corporatist Intermediation,* Londres, Sage Publ., 1970.
- Karl, T. L., «Qué es y qué no es la democracia», *Sistema*, n.º 116, 1993, 17-30.
Schumpeter, J., *Capitalismo, socialismo y democracia* (1943), Vers. esp. Madrid, Aguilar, 1963.

JUSTIFICACIÓN DE LA DEMOCRACIA Y LÍMITES A LA DECISIÓN POR MAYORÍAS

I. Introducción

La justificación de la democracia es un tema recurrente en la abundante y fecunda producción científica del profesor Elías Díaz. Desde el ya clásico y siempre actual Estado de Derecho y Sociedad Democrática hasta el reciente los Intelectuales contra el poder, pasando por sus importantes artículos publicados en Cuadernos para el Diálogo en la dictadura de Franco y Sistema en el inicio de la transición, constituye una clave de lectura de su obra.

En las líneas que siguen me propongo contrastar la tesis de E. Díaz sobre la legitimidad y justicia de los regímenes democráticos con las restricciones que las tesis del coto vedado, y de la inalienabilidad de los Derechos Humanos comportan al principio de decisión por mayorías. Para ello partiré de algunos presupuestos de la democracia como la legitimidad y la autonomía que justifican el poder y la decisión individual respectivamente. Analizaré a continuación, el relativismo y la tolerancia, como caracteres que entre otros permiten distinguir los sistemas democráticos y finalmente, confrontaré el resultado, con las restricciones antes mencionadas a la decisión de las mayorías.

II. Presupuestos de la democracia

II.1. Legitimidad

Partiendo del concepto de legitimidad que siguiendo a J. de Lucas consiste en «la cualidad que se atribuye a un orden jurídico político y que supone su reconocimiento como dominación, y el

reconocimiento de su capacidad para dictar órdenes que deben ser obedecidas»[1], la tesis de E. Díaz afirma que la decisión de las mayorías no es un requisito suficiente, aunque sí necesario, de todo régimen democrático, y que en consecuencia la legitimidad, si bien no coincide con la justicia, sí es, un elemento esencial para identificar y justificar los regímenes democráticos. Dice textualmente E. Díaz: «una teoría de la legitimidad y una teoría de la justicia son cuestiones sin duda íntimamente unidas, y a la vez claramente diferenciables, en donde la primera es la parte y la segunda el todo, por tanto habrá que convenir en que caben un Derecho y un Estado legítimos, que poseen suficiente legitimidad y que, sin embargo, no todo lo que produzcan sea ya, por ello mismo, justo; y viceversa, que pueda darse algún caso de justicia concreta en el marco de ordenamientos jurídico-políticos carentes, cabe decir, de suficiente legitimidad»[2].

Bobbio y Peces-Barba comparten la tesis de E. Díaz que identifica justicia del Derecho y legitimidad del Poder como dos elementos inescindibles. Para el Rector de la Universidad Carlos III, «situar el Poder (legítimo) como el origen del Derecho, desmiente el idealismo iusnaturalista sobre la racionalidad del fundamento de validez del Derecho positivo y confirma la conclusión confirmada por el análisis empírico de que el Derecho Positivo es válido con independencia de su justicia». Desde su concepción del normativismo realista define, siguiendo al último Kelsen, a Bobio, a Hart y al propio E. Díaz el poder como el hecho fundante básico necesario pero insuficiente de cualquier régimen jurídico que requiera la obediencia de los ciudadanos para lo cual precisa de la realización de valores (superiores) que por su incorporación al ordenamiento jurídico podrán ser exigidos coactivamente constituyéndose en un test de legitimidad del propio ordenamiento. La relación entre Derecho y Poder -dice Peces-Barba-, «supone finalmente reconocer que la justicia del Derecho es inseparable de la legitimidad del Poder, que si queremos saber cuál es el Derecho justo tendremos que plantearnos previamente cuál es el poder legítimo», concluyendo de modo categórico que «el fundamento de un Derecho justo es un poder legítimo»[3]. Esta tesis salva

---

[1] Cfr. De Lucas, J., *Légitimité*, en *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit,* París, LGDJ, 1988, págs. 225 y ss.

[2] Cfr. Díaz, E., *La justificación de la democracia, Sistema*, n.º 66/85, págs. 3-23, ahora en *Ética contra política. Los intelectuales y el poder,* Madrid, CEC, 1990, págs 17-53. *Vide* del mismo autor *Legitimidad democrática versus legitimidad positivista y legitimidad iusnaturalista,* en *ADHs*, n.º 1/82, págs, 51-72. *Notas (concretas) sobre legitimidad y justicia* en J. Muguerza y otros, *El fundamento de los derechos humanos,* ed. a cargo de G. Peces-Barba, Madrid, *Debate*, 1989, págs. 145-153.

[3] Cfr. Peces-Barba, Martínez, G., Introducción a la Filosofia del Derecho., Madrid, *Debate*, 1984 (2.ª ed.), págs. 320 y ss. Del mismo autor cfr. *Los valores*

el objetivismo iusnaturalista y a la vez, los distintos formalismos que imponen sus concepciones de la justicia al margen de la legitimidad y/o consentimiento de los ciudadanos, sin incurrir en la *«reductio ad hitlerum»*. Como advierte Bobbio, «poner como fundamento último de un orden jurídico positivo el poder no quiere decir reducir el derecho a la fuerza, sino simplemente reconocer que la fuerza es necesaria para la realización del Derecho»[4].

Sin embargo, esta es una cuestión no exenta de problemas. Laporta señala como la legitimidad y la justicia de una norma no son elementos que necesariamente deban coincidir punto en el que los autores citados anteriormente estarían de acuerdo, advirtiendo además que la legitimidad no es un elemento que de por sí contribuya o aminore la justicia de una norma: «una norma jurídica justa, escribe Laporta, no pierde un ápice de su fuerza moral por haber sido dictada mediante un procedimiento no democrático; igualmente, una norma jurídica injusta no pierde un ápice de fuerza moral por haber sido emanada de un órgano perfectamente representativo»[5]. Totalmente de acuerdo con la posición de Laporta, pero el problema no es la justificación moral sino la jurídica. En ese caso estaríamos en presencia de un Derecho justo pero ilegítimo que actuaría como instancia crítica frente a la legalidad legítima (es el supuesto histórico del Derecho natural) o de un Derecho injusto pero legítimo (supuesto del positivismo ideológico o del legislador que pierde la legitimidad *quod exercitium* ante el que cabría recurrir a las ficciones o al derecho a mentir.

Podrá haber también casos en que legitimidad y justicia coincidan; es el supuesto del art. 1 de nuestra Constitución que constituye la norma básica del sistema[6], y reúne lo que para Ferrajoli definen los criterios de legalidad o validez formal (quién y cómo se manda), y los de validez substancial o material (que se manda), y vincula materialmente a los poderes públicos a la garantía de los derechos

---

superiores, Madrid, Tecnos, 1984. Finalmente *vide*, *Curso de Derechos Fundamentales (I) Teoría General.* En colaboración con Rafael de Asís y Ángel Llamas Cascón, Madrid, Eudema, 1991, cap. 8.

[4] Cfr. Bobbio, N., *Teoria del Ordinamento Giuridico,* Torino, Giappichelli ed., 1960, págs. 61 y ss. También de Bobbio, *vide Del Derecho al Poder y viceversa,* en *Contribución a la Teoría del Derecho,* ed. a cargo de A. Ruiz Miguel, Madrid, 1990 (2.ª ed.), págs. 355-367.

[5] Cfr. Laporta, F. J., *Ética y Derecho,* en A.A. V.V., *Historia de la Ética 3. La Ética contemporánea. La Ética contemporánea.* (Victoria Camps ed.), Barcelona, Crítica ed., 1989, págs. 282 y ss.

[6] Cfr. Laporta, F., *Norma básica, Constitución y decisión por mayorías,* en Revista de las Cortes Generales, n.º 1/84, págs. 35-57. Peces-Barba Martínez, G., *Los valores superiores,* Madrid, Tecnos, 1984, págs. 92 y ss. Ahora en *Entre el Derecho y la Moral,* México, Fontanara, ed. 1993, pág. 82.

fundamentales[7]. En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 1.º de la Constitución que es la Norma básica del sistema establece la conexión entre legitimidad del poder y justicia de las normas, realizando, por primera vez en la historia del constitucionalismo la síntesis entre contenidos formales y materiales del Derecho, e introduciendo unos valores superiores que sin perder la condición de normas directa e inmediatamente aplicables, definen la legitimidad material del ordenamiento. La consideración de norma jurídica directa e inmediatamente aplicable de la Constitución y por consiguiente de los valores y principios, permite definirlos como conceptos abiertos al cambio y no como concepciones cerradas e inmunes a la decisión por mayorías y al cambio histórico[8].

En definitiva, sin legitimidad no hay justicia, aunque la legitimidad no agota la justicia. De ahí la necesidad de justificación del razonamiento jurídico, que exige que la solución adoptada no sólo sea justa sino que además esté justificada, y la presencia en nuestros sistemas jurídicos de casos fáciles (si es que aún cabe mantener la tesis del silogismo en la aplicación de las normas), de casos difíciles en los que el establecimiento de la premisa normativa y/o fáctica es problemática (prácticamente la mayoría), y finalmente de casos trágicos[9].

II.2. Autonomía

En el ámbito filosófico-político el reconocimiento de la autonomía deriva del valor general de la libertad e igualdad y se manifiesta en el pluralismo político y la tolerancia. De ahí la conexión que no pocos autores establecen entre el principio de autonomía y la constitución de un régimen democrático de modo que el reconocimiento de uno sea condición del otro. La autonomía es condición del establecimiento del poder normativo de los individuos que implica el reconocimiento de su *status* como sujetos de derechos y

---

[7] Cfr. Ferrajoli, L., *Dirito e Ragione. Teoria del Garantismo Penale,* Bari, Laterza, 1990, cap. XIII, págs. 895 y ss.

[8] Cfr. García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* Madrid, Civitas, 1981, págs. 226 y ss. Prieto Sanchís, S. L., *Estudios sobre Derechos Fundamentales,* Madrid, Debate, 1990, págs., 87 y ss., y Pérez Luño, A. E., *Concepto y concepción de los Derechos Humanos,* en *DOXA*, 4/87, págs. 47-66.

[9] Cfr. Atienza, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación jurídica,* Madrid, CEC, 1991. Del mismo autor, *La huelga de hambre de los GRAPO. Las razones del Derecho y las decisiones jurídicas,* en CLAVES, n.º 14/91, págs.8-18. Prieto, L., *Ideología e interpretación jurídica,* Madrid, Tecnos, 1987.

obligaciones y su condición de ciudadanos frente al Estado; autonomía y derecho subjetivo expresan el poder del individuo como titular de derechos y obligaciones y son por ello requisito necesario pero insuficiente del régimen democrático. Ahora bien, dado que ningún derecho es absoluto e ilimitado y que una característica fundamental del Estado constitucional es el igual sometimiento de ciudadanos y poderes públicos al imperio de la Ley, la autonomía no puede entenderse, como ya apuntó Kelsen, en el sentido fuerte de autodeterminación o autogobierno, sino en el más débil que comporta la capacidad de darse Leyes a sí mismo y a los demás, o lo que es igual, de autogobernarse con sujeción a lo establecido en las Leyes.

Quienes piensan que la voluntad de la mayoría no conoce límite alguno están por la primacía del principio liberal del que es expresión máxima la autonomía moral del sujeto que en su sentido más fuerte consiste en la capacidad de darse leyes a sí mismo y de no obedecer a nadie más que a sí mismo en la línea de Rousseau, Kant y Mil[10]. En su sentido débil, la autonomía siguiendo a Locke, es compatible con un catálogo de derechos «inalienables» que la razón debe descubrir y el derecho proteger, siendo compatible, mediante el establecimiento de un sistema constitucional de frenos y garantías, con el principio de mayoría que a través del sufragio universal especifica el régimen democrático.

En uno y otro supuesto la autonomía es condición *sine qua non* de legitimidad del sistema democrático; el individualismo ontológico que siguiendo a Bobbio parte del presupuesto de la autonomía de todo individuo respecto a todos los otros y de la igual dignidad de cada uno, y el individualismo ético «según el cual todo individuo es una persona moral»[11], que se manifiesta mediante el ejercicio de la libertad, serán sus fundamentos. Sin libertad (externa) puede que haya autonomía como sucede históricamente con las concepciones morales de los estoicos y quizá, con el régimen paternalista en Kant, pero sin autonomía, sin poder de decisión individual no es posible el ejercicio de la libertad. Esta tesis conecta directa e inmediatamente con la fundamentación de la democracia en la tradición individualista, que no excluye la existencia de límites, ni la adopción de medidas paternalistas (justificadas) y entiende la democracia como un sucedáneo

---

[10] Sobre Mill, cfr. la excelente Tesis Doctoral de J. García Añón, *La teoría de la justicia y los derechos morales en J. S. Mill* (J. de Lucas director), Valencia, 1994.

[11] Cfr. Bobbio, N., *El tiempo de los Derechos,* Trad. de Rafael de Asís Roig, Madrid, *Sistema*, págs. 108 y ss. Sobre la distinción de los distintos tipos de individualismo (metodológico, ontológico y ético) cfr. Laporta, F. J., *Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para debate,* en *DOXA*, 6/89, págs. 121-141.

del discurso moral[12]. Por ello frente al individualismo liberal que extralimita la autonomía como facultad de autogobierno e imposibilita la convivencia por su carácter absoluto, cabe un individualismo democrático que, manteniendo la autonomía limitada de los individuos fundamenta la existencia política mediante el consenso y el contrato. Como al respecto apunta Bobbio, «ninguna concepción individualista de la sociedad prescinde del hecho de que el hombre es un ser social ni considera al individuo aislado»[13]. En la misma línea se manifiesta E. Díaz cuando afirma que la libertad individual (positiva y negativa) es la base de la democracia que radica en la autonomía de la persona, la autoconciencia y la toma de decisiones por uno mismo[14].

En pocas palabras y siguiendo a Bobbio, «el individuo es la base filosófica de la democracia: una cabeza, un voto»[15]. En este punto radica para Bobbio, la justificación de la prioridad que los regímenes democráticos confieren a los derechos sobre los deberes: «concepción individualista significa que primero está el individuo, se entiende el individuo singular, que tiene valor por sí mismo y después está el Estado y no viceversa»[16]. No se trata pues de insistir en la conjunción de liberalismo y democracia que no es tan clara como parece puesto que por ejemplo según se ponga el acento en la libertad negativa o positiva puede existir un régimen coherentemente liberal y limitadamente democrático (como sucede en Locke y en Mill), y a la vez plenamente democrático y nada liberal (un régimen en el que la mayoría no reconozca las minorías, como sucede en la lectura de Rousseau por Talmon), e incluso se puede ser coherentemente liberal y nada democrático como lo fue Kant, sino de situar el tema en el ejercicio de las propias libertades que constituyen la autonomía para afirmar en ese punto sí, que el régimen democrático se asienta sobre el principio individualista y liberal y se opone algunas concepciones perfeccionistas y/o paternalistas, que como puede suceder con las tesis del coto vedado y de la inalienabilidad de los derechos humanos, anteponen una concepción del bien, siquiera con la justificación de salvar el riesgo apuntado por Garzón Valdés de las instituciones

---

[12] Cfr. Nino, C. S., *Ética y Derechos Humanos,* Barcelona, Ariel (2.ª ed.). Sobre la concepción del autor, *vide* Rosenkrantz, C., *La democracia: una crítica a su justificación epistémica,* en *DOXA*, 10/91, págs. 261-277, y Ródenas, A., *Sobre la justificación de la democracia en la obra de Carlos. S. Nino,* en *DOXA*, 10/91, cit, págs. 279-293.

[13] Cfr. Bobbio, N., *El individualismo y el organicismo,* en *Liberalismo y Democracia,* México, FCE, 1992, págs. 49 -53.

[14] Cfr. Díaz, E., *La justificación de la democracia,* cit., pág. 5.

[15] Cfr. Bobbio, N., *El tiempo de los Derechos, op. cit.,* pág. 108.

[16] Cfr. Bobbio, N., *El tiempo de los Derechos, op. cit.,* pág. 107.

suicidas que por ello, sustraen a la decisión de la mayoría lo que se refiere a estos extremos[17].

II.3. El relativismo

La tesis del coto vedado trata de limitar el relativismo inherente a todo régimen democrático, sustrayendo de la discusión y decisión por mayorías algunos elementos sin los cuales el régimen perdería su significación. En efecto, si es verdad, como advierte Bobbio que pluralismo y democracia pueden no coincidir puesto que hay regímenes pluralistas que no son democráticos (el régimen feudal y en general el orden político medieval), y regímenes democráticos no pluralistas (las democracias antiguas)[18], lo bien cierto es que la democracia conlleva el relativismo. Así lo señala, siguiendo a Kelsen, Garzón Valdés cuando indica que la concepción kelseniana presupone estos tres elementos: primero, el relativismo axiológico versus el objetivismo; segundo, la negociación y el compromiso que implican la tolerancia y constituyen el núcleo de la actividad parlamentaria, y, finalmente la nota de la homogeneidad social[19].

Cierto es, y así lo advierte, Ruiz Manero que en Kelsen «el relativismo ético es condición necesaria y suficiente del democratismo político» lo que no excluye la existencia de contraejemplos como los de Mill, que reúne objetivismo y democratismo para el que el relativismo no es condición necesaria de la democracia, y Hobbes para quien el relativismo no es condición suficiente de la democracia. Ello no obstante, la conclusión para Ruiz Manero es clara «si como Kelsen gusta de repetir democracia es discusión, emplear la discusión para determinar las reglas del ordenamiento social no tiene sentido, desde luego, si se parte de la existencia de verdades morales absolutas, inmunes al examen crítico-racional, que nos sirvan de patrón absolutamente válido para la conformación de tales reglas»[20]. De ahí que frente a la concepción tradicional que considera absolutos a los derechos humanos e imposibilita el diálogo y la discusión, la doctrina se refiera al carácter resistente de los derechos fundamentales

---

[17] Cfr. Garzón Valdés, E., *Instituciones suicidas,* en *Isegoría*, n.º 9/94, págs. 65-128.

[18] Cfr. Bobbio, N., *Il futuro de la Democrazia,* Torino, Einaudi, 1984, págs. 48. Hay trad. castellana, Barcelona, Plaza y Janés, 1985.

[19] Cfr. Garzón Valdés, E., *Representación y Democracia,* en *DOXA* 6/89 págs. 143-163.

[20] Cfr. Kelsen, H., *Escritos sobre la democracia y el socialismo.* Selección y presentación de J. Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988, págs. 14 y ss.

que no afecta el relativismo, la tolerancia y la libre discusión, que definen el sistema democrático[21].

III. Los límites a las mayorías

III.1. Derechos humanos y principio de decisión por mayorías

La existencia de instancias de legitimidad externas al proceso democrático plantea el problema de la existencia de límites al criterio de las mayorías que en nuestra comunidad cobra especial relevancia en torno a los Derechos humanos que para unos definen el coto vedado y para otros constituyen supuestos de inalienabilidad. La historia de Doxa refleja esta cuestión en los números dedicados a los problemas derivados del concepto y fundamento de los Derechos Humanos (n.º 4), del Paternalismo (n.º 5), de los conceptos de Representación y Democracia (n.º 6), de la Tolerancia y el Comunitarismo (n.º 12).

No es la decisión por mayorías sino el sufragio universal a través del principio mayoritario quien define el régimen democrático. Ahora bien el principio de mayorías muestra siguiendo a Bobbio y a Peces-Barba la deslegitimación de los argumentos de autoridad y expresa el relativismo filosófico y el pluralismo ideológico. Es cierto que hay límites que la decisión por mayorías no debe traspasar. Las cuestiones científicas, como la propia racionalidad y razonabilidad de la decisión, y en última instancia la renuncia a la libertad en el ejercicio de la libertad (Mill, Rousseau) constituyen algunos[22].

El punto de partida podría ser, siguiendo a E. Díaz el siguiente: la justificación ética del Derecho y del Estado se concreta hoy en la defensa y realización de una serie de derechos humanos básicos derivados de la libertad, pero también de la igualdad y de la solidaridad, considerados totalmente imprescindibles y que no deben sacrificarse a otras instancias transpersonalistas»[23]. Si esto es cierto, ¿cabría sostener que una vulneración de esos derechos básicos, aún a través de la legitimidad democrática, constituye una perversión del régimen democrático que anula la legitimidad y por consiguiente destruye la justicia y la justificación de la decisión? Este es el núcleo de lo que hoy en día definen constitucionalismo y el garantismo como técnicas al servicio de la libertad que se manifiesta en la tradición

[21] Cfr. Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre derechos fundamentales,* cit., págs. 99.

[22] Cfr. Bobbio, N., *La regola di maggioranza: limiti e aporie,* en Bobbio. Offe, Lombardini, *Democrazia, maggioranza e minoranze,* Bologna, Il Mulino, 1981, págs. 33-72.

[23] Cfr. Díaz, E., *Ética contra Política* cit., pág. 24.

del gobierno de las leyes frente al gobierno de «reyes»[24]. La consecuencia es clara; si ello es así (y piénsese en lo que sucede en la actualidad en nuestra sociedad respecto de la eutanasia, o en un ámbito intercultural y transnacional con la cuestión en torno del aborto que se ha suscitado en la reciente Conferencia de El Cairo sobre Población y Desarrollo), ¿no se estaría tutelando mediante un catálogo de verdades inatacables, la autonomía individual, el pluralismo y el relativismo que constituyen el fundamento de la decisión democrática? Desde su origen el garantismo intenta limitar la potestad de las mayoría, manteniendo el principio de la soberanía, pero negando frente a Rousseau que ello implique capacidad de disponer soberanamente de la existencia de los individuos y de sus derechos y libertades fundamentales. En este sentido el constitucionalismo, entendiendo por tal siguiendo a MacCormick, «la doctrina legal según la cual el poder político sólo debe ser ejercido bajo las disposiciones constitucionales y sometido a los límites constitucionales» representa la antítesis de la democracia; para el autor escocés, la democracia entendida como gobierno de la mayoría pura, sin trabas, es una doctrina anticonstitucional, por lo que concluye afirmando que el constitucionalismo es un requisito previo a la democracia[25]. En la misma línea, si bien con alguna importante matización puesto que el constitucionalismo no es como para MacCormick un elemento antitético de la democracia cuanto su complemento necesario y sustancial se pronuncia Ferrajoli cuando dice que los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política que aparece limitada y vinculada por dichos derechos que son indisponibles e inalienables tanto a la decisión política como al mercado como a su propio titular punto este último en que discrepo del profesor italiano, puesto que una cosa es la indisponibilidad frente al mercado y otra muy distinta la indisponibilidad frente al propio sujeto, contradictoria con la titularidad[26]. Si aceptamos esta tesis, tendremos que repensar la tesis sobre la Norma Fundamental de nuestra Constitución, en donde el art. 1.2, de la Constitución, sería reemplazado por el art. 10 en que define el coto vedado en torno a la persona y los derechos fundamentales interpretados conforme con la Declaración Universal de los Derechos Humanos[27].

---

[24] Cfr. Bobbio, N., *Il futuro de la Democrazia,* Torino, Einaudi, 1984, págs. 148-169. Hay trad. castellana, Barcelona, Plaza y Janés, 1985.

[25] Cfr. MacCormick, N., *Constitucionalismo y Democracia,* en *ADHs*, n.º 5/88-89, págs. 367-380.

[26] Cfr. Ferrajoli, L., *El Derecho como sistema de garantías,* trad. de Perfecto A. Ibáñez en *JPD*, n.º 23/92, págs. 61-69.

[27] Cfr. Rodríguez Paniagua, J. M.ª, *El artículo 10.1 de la Constitución Española y la fundamentación ética de los Derechos Humanos,* en *Lecciones de*

En sentido fuerte las tesis del coto vedado como la de la inalienabilidad de los Derechos humanos pese a sus indudables diferencias, constituyen límites tan severos que pueden llegar a anular el principio de autonomía individual que sustenta la legitimidad última de los valores principios y normas que integran el ordenamiento jurídico. Si como se ha señalado, el gran logro del régimen democrático consiste en la superación de la escisión entre autonomía de la moral y heteronomía del Derecho que justifica la obediencia al mismo, ya que como mandato autónomo que es, el Derecho no fuerza sino que obliga y cabe por consiguiente tanto la obediencia como la desobediencia al Derecho[28] por razones morales y a *fortiori*, jurídicas, la existencia de esos límites corre el riesgo de empañar este avance decisivo. Estoy de acuerdo por ello con Peces-Barba cuando señala que «la teoría democrática supone el más importante esfuerzo hasta ahora realizado para conseguir una racionalización de la obligación política y de la obediencia al Derecho en tanto en cuanto convierte al ciudadano en partícipe de la voluntad política con lo que coinciden el poder con el titular de la obligación política y con el destinatario de las normas y en tanto en cuanto institucionaliza y encauza la resistencia por medio de los derechos fundamentales en sus diversas perspectivas»[29].

III.2. El coto vedado

Como señala J. de Lucas, para esta concepción los Derechos Humanos integran un catálogo de bienes primarios que quedan al margen del criterio de las mayorías[30]. Para Garzón Valdés «los derechos incluidos en el coto vedado, son aquellos vinculados con la

---

Derecho natural como introducción al Derecho, Madrid, Univ. Compl. 1988 (3.ª ed.), págs. 205 a 209.

[28] Cfr. González Vicén, F., *La Obediencia al Derecho,* en *Estudios de Filosofía del Derecho,* La Laguna, 1979, págs. 365-398. De Lucas, F. J., *¿Por qué obedecer las leyes de la mayoría?* en A.A. V.V., *Ética y política en la sociedad democrática,* Madrid, Espasa-Calpe, 1981, págs. 167-257. Atienza, M., *La filosofía del Derecho de Felipe González Vicén en R. F. D. U.C.,* n.º 62/81 págs. 84 y ss. Díaz, E., *De la maldad estatal y la soberanía popular,* Madrid, Debate, 1984, págs. 76-94. Maguera, J., *La Obediencia al Derecho,* Madrid, Civitas, 1987, y *Estudios de Ética Jurídica,* Debate Madrid, 1990, págs. 79-97. Guisan, E., *Razones morales para obedecer al Derecho* en A. C. F. S., n.º 28/88, págs. 131-153.

[29] Cfr. Peces-Barba Martínez, G., *La concepción democrática de la obediencia,* en *El País,* 29-III-80, pág. 12, ahora en *Derecho y Derechos fundamentales,* Madrid, CEC, 1993, págs. 373-384.

[30] Cfr. De Lucas, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural,* Madrid, Temas de Hoy, 1994, págs. 74-91.

satisfacción de los bienes básicos, es decir que son condición necesaria para la satisfacción de cualquier plan de vida»[31]. La existencia del coto vedado plantea inmediatamente el problema del paternalismo, de siempre difícil justificación[32] y se extiende a los que se derivan de la representación política puesto que como observa, J. de Lucas está claro que existiría un grupo de cuestiones que afectan a la institución de la representación y quedan fuera del alcance de disposición de los representantes»[33]. Todo ello implica una limitación considerable a los principios de relativismo, tolerancia y autonomía sobre los que se asienta el régimen democrático y se convierte en una seria amenaza para su legitimidad. Porque de lo que se trata es de descubrir, conocer, proteger, tutelar ese catálogo de verdades autoevidentes, que supuestas (en el supuesto de incorporación a un ordenamiento jurídico positivo del catálogo de derechos naturales) o puestas (en el caso de «construcción» de dicho catálogo a través de la decisión por mayorías de algo que ya no se podrá alterar) constituyen e integran el coto vedado.

Amenaza asimismo la existencia de la minoría que es también condición de existencia de la democracia: si lo que constituye la democracia es el principio de mayoría y este se asienta como muy bien se ha señalado sobre el respeto de la minoría, no parece que uno y otro, por definición coexistan frente al coto vedado, en donde no hay discusión ni decisión ni autonomía, sino acatamiento. Paradójicamente el coto vedado, en sentido fuerte atenta contra lo que constituye la democracia que Kelsen resume en tres puntos: la idea del relativismo versus el objetivismo, la existencia de la negociación y el compromiso como medios de soluciones los conflictos sociales y la homogeneidad social como elemento sobre el que se asienta la democracia. A este respecto no queda sino asumir la impecable exposición de J. de Lucas cuando entendiendo la homogeneidad social en sentido normativo como «la existencia de un consenso en torno a un *minimum* ético que decían los clásicos, a un código de valores que actúa como mínimo común denominador que es lo que hoy parece representar la Constitución»[34],

---

[31] Cfr. Garzón Valdés, E., Algo más acerca del coto vedado, *DOXA*, 6/89, págs. 209 y ss. Sobre los bienes básicos, cfr. Añón Roig, M.ª J., Necesidades básicas y Derechos. Un ensayo de fundamentación, Madrid, CEC, 1994, págs. 283 y ss.

[32] Cfr. *DOXA*, 5/89, con artículos de Garzón Valdés, Dieterlen, Camps, Atienza y De Lucas. *Vide* también Atienza, M., *Paternalismo y Consenso,* en J. Maguera, y otros, El fundamento de los Derechos Humanos, G. Peces-Barba ed., Madrid, Debate, 1989, págs. 187-199.

[33] Cfr. De Lucas, J., *Sobre la justificación de la democracia representativa,* en *DOXA* 6/89, cit., págs. 187-199.

[34] Cfr. De Lucas, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia*

advierte que tanto en la versión habermasiana del patriotismo de la constitución, o en la concepción de Garzón Valdés sobre el coto vedado se genera una uniformidad y un consenso moral sustraído a la discusión pública que exige aceptación y crea resistencia y rechazo frente a los disidentes y a los diferentes.

Si llevamos esta tesis al extremo, podríamos perfectamente admitir la existencia de un Derecho justo que no emanase de un poder legítimo en la concepción tradicional del déficit de legitimidad *(quod titulum)* o de un poder legítimo en su origen que al limitar la libertad de decisión de aquellos que lo han constituido ha perdido su legitimidad *(quod exercitium),* siendo este un riesgo claro de pérdida o cuando menos de déficit de legitimidad que afecta a nuestras democracias en donde no sólo los derechos fundamentales que integran el coto vedado quedan inmunes a la discusión sino, y lo que es más grave, a través de la aparición de otros cotos vedados (lo concerniente a la Defensa Nacional y los Secretos de Estado), imponer por medio del secreto y la negación del principio de publicidad[35], la primacía de la razón de Estado.

III.3. La Inalienabilidad

Quienes afirman la inalienabilidad se sitúan en la línea del comunitarismo que postula la existencia de instancias superiores al individuo sobre las que no puede decidir, defendiendo esos derechos como apunta Ballesteros, «frente a la voluntad individual del sujeto de los mismos», y apostando en consecuencia por «la inalienabilidad de los Derechos humanos que integran los bienes clásicos»[36]. En esta línea Martínez Pujalte defiende el carácter inalienable de los Derechos Humanos, entendiendo por derechos inalienables, «aquellos sobre los cuales el titular no puede llevar a cabo actos de disposición»[37].

Creo que en esta tesis hay una confusión entre el plano moral y el jurídico y una consiguiente extrapolación de las consecuencias. Nada que objetar a cuanto se argumenta respecto a la indisponibilidad de la dignidad como principio moral en Kant. Mill defiende otros principios y no creo que esté renunciando a la dignidad de cada cual. En cambio me parece contradictorio como ya he mostrado en

[35] Cfr. De Lucas, J., *Anotaciones sobre el principio kantiano de publicidad. DIANOIA*, 1987, págs. 131-148.

[36] Cfr. Ballesteros. J., *Postmodernidad: decadencia o resistencia,* Madrid, Tecnos, 1989, pág. 146.

[37] Cfr. Martínez Pujalte, A. L., *Los Derechos Humanos como derechos inaliena*bles. En *Derechos Humanos (J. Ballesteros ed.)* cit., págs. 86-99.

otro lugar[38], afirmar, en el plano jurídico la titularidad y negar su plena disponibilidad, que son conceptos correlativos. Los actos que se realizan en el ejercicio pleno de un derecho y como tal la renuncia son actos libres cuando su titular es el *dominus* del derecho. En otro caso son actos debidos de cuyo ejercicio se debe responder a un tercero. La renuncia en nuestro ordenamiento es un acto libre, pues sólo aparece limitado en perjuicio de tercero, no de uno mismo, o como apunta Ruiz Miguel en relación con el conflicto suscitado entre el derecho a la libertad y el derecho a la vida de miembros de los GRAPO, tiene una dimensión interpersonal y no intrapersonal, probablemente porque se piense que este es un asunto más moral que jurídico, lo que abona la tesis que aquí sostengo[39]. Por consiguiente, si se mantiene la inalienabilidad habrá de admitirse que la titularidad sobre el derecho no es plena sino limitada y que se ejercerá un acto que es debido y no libre, reemplazando por consiguiente el principio liberal por el paternalista. Una versión «light» de la inalienabilidad sería la tesis que inmuniza los derechos inalienables frente a la voluntad de su titular que en todo caso tendría un poder mediato sobre ellos, y hace posible su inclusión aunque no su exclusión del coto vedado[40].

IV. Conclusión

En esta línea mi propuesta iría encaminada a la recuperación de la autonomía individual entendida como facultad de darse leyes a sí mismo que comprende el ejercicio de la libertad, negativa frente al Estado paternalista y las concepciones comunitarias y/o perfeccionistas extremas, como de la libertad positiva democrática y de participación y que constituye la condición *sine qua non* del régimen democrático que se justifica procedimental y materialmente en tanto en cuanto es manifestación y expresión de dicha libertad en el ejercicio de la autonomía. Ello es compatible con la existencia de medidas paternalistas cuya justificación sería precisamente la de suplir y en todo caso aumentar la libertad de los que están positivamente afectados por ellas, pero creo por el contrario que es difícilmente compatible.

---

[38] Cfr, Vidal Gil, E. J., *Los Derechos Humanos como derechos subjetivos,* en *Derechos Humanos* (J. Ballesteros, ed.), cit., págs. 22-41.

[39] Cfr. Ruiz Miguel. A., *Autonomía individual y derecho a la propia vida (un análisis filosófico jurídico). Revista del CEC,* n.º 14/93, págs. 135-165. Vide además, Atienza, M., *La argumentación jurídica en un caso difícil: la huelga de hambre de los presos del GRAPO,* en *JPD*, n.º 9/90, págs. 31-41.

[40] Cfr. Laporta, F., *Sobre el concepto de Derechos Humanos,* DOXA, 4/87, págs. 23-45.

La existencia del coto vedado como la concepción de la inalienabilidad de los derechos sean fundamentales morales o naturales, capaces de obstaculizar o impedir esas libres decisiones populares convertibles en ley como apunta E. Díaz[41], son límites que si no anulan, sí aminoran considerablemente el ejercicio de la autonomía. En este sentido es decisiva, aunque insuficiente la afirmación de E. Fernández, «si los derechos morales son previos al contrato, esto quiere decir que son anteriores a cualquier legislación o convención, incluida la que aquí se considera la más legítima que es la democrática. Si los derechos morales son previos al sistema democrático, ello quiere decir también que los derechos morales tienen prioridad axiológica sobre la democracia. Aunque un sistema democrático se caracteriza generalmente, y entre otros rasgos, por el respeto a los derechos morales de los individuos, lo anterior quiere decir, como última conclusión, que pierde justificación por injusta, cualquier decisión o disposición tomada democráticamente que atente contra los derechos morales de las personas. Los derechos morales funcionan, así, como límites *a priori* del contrato y como control *a posteriori* de la democracia. La última conclusión no expresa desconfianza ante la democracia, sino más bien tomarla en serio, como una forma de organización política de la convivencia de los ciudadanos, que materializa los contenidos morales de autonomía libertad e igualdad»[42]. Insuficiente porque no estará de más señalar la paradoja que supone para la concepción liberal fundamentar los derechos en la autonomía y a la vez sustraerlos del consenso, mediante el recurso a su carácter absoluto e inmutable, o a través de la inalienabilidad y el coto vedado. Estamos ante la paradoja de la positivación que siguiendo a Rafael de Asís, en un excelente estudio del tema, «se produce porque los derechos fundamentales son límites al poder, pero a la vez es el propio poder el que los reconoce»[43]. Como bien señala Prieto, el fundamento de los derechos no puede ser previo al consenso, sino reposar en el consenso mismo[44].

Por ello creo que la legitimidad democrática es condición necesaria y suficiente para justificar un determinado régimen. Por supuesto que ello incluye siguiendo a E. Díaz una legitimidad mudable abierta a los cambios y a la reversibilidad incluso del propio régimen que constituye como es sabido la clave de reconocimiento del sistema

---

[41] Cfr. Díaz, E., *Ética contra Política,* cit., pág. 56-57.

[42] Cfr. Fernández, E., *La Obediencia al Derecho,* Madrid, Civitas, 1987, págs. 176 y 177.

[43] Cfr. De Asís Roig, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder,* Madrid, Debate, 1992, pág. 74.

[44] Cfr. Prieto Sanchís, L., *Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los Derechos Humanos. Observaciones críticas, ADHs,* 4/87, págs. 291-321.

democrático. En consecuencia y siguiendo a Kant[45] la única limitación que considero legítima y justificada del soberano legal que frente al absoluto está sujeto a la ley, a sí mismo y a los demás, deriva de su propio deber de obediencia a la ley. La renuncia al ejercicio de la libertad sería pues, la única condición que limitaría el ejercicio de la libertad.

[45] Cfr. Bobbio, N., *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant,* Torino, Giappichelli, 1969, págs. 255 y ss.

DOXA 15-16 (1994)

LA CRÍTICA NEOLIBERAL AL ESTADO SOCIAL. UN RESUMEN Y UNA VALORACIÓN*

1. El viejo ideal del Estado liberal y la realidad del Estado social

La implantación del Estado social, que aparece como un compromiso entre las diferentes fuerzas sociales y políticas por reestablecer una nueva sociedad y un nuevo Estado tras la crisis del 29 y la II Guerra Mundial, no estuvo exenta de críticas desde sectores conservadores y liberales, pese al aparente consenso que le rodeó. Sólo que los éxitos de la actividad planificadora y promotora de los gobiernos de los países occidentales en un breve plazo de tiempo acalló muchas de las voces disonantes y aunó en su torno muchas voluntades. Con la honrosa salvedad de F. A. Hayek, quien escribió un virulento ataque al nuevo estado de cosas en su *Camino de Servidumbre* (1944), y su círculo de fervientes admiradores reunidos en la sociedad Mont Pelèrin (Suiza, 1947), quienes mantuvieron en estado latente las ideas liberales[2]. Honrosa excepción, pues los partidos políticos liberales sí que se prestaron al compromiso y a la transformación del Estado, puesto que, en definitiva, suponía de algún modo la pervivencia de los principios políticos liberales, aunque algo corregidos.

Pero, la tradición liberal presenta un modelo estatal bien distinto al materializado en el Estado social. Los grandes padres artífices del

---

* Este artículo sobre las críticas neoliberales al Estado social pretende ser un boceto de un libro sobre el Estado, o de alguno de sus capítulos, en los que se tratan, de forma más global, las diferentes teorías sobre el mismo, vengan de donde vengan. Por lo demás, me ha parecido que, por su trayectoria intelectual y su especial preocupación por la filosofía política, era lo más apropiado para un homenaje al profesor Elías Díaz.

[2] No obstante, sistematizó su pensamiento en *Los fundamentos de la Libertad* y, sobre todo, en los tres volúmenes, publicados bastantes años después del primero. del tratado *Derecho, Legislación y Libertad*, 2.ª edic., trad. L. Reig Albiol, Madrid, Unión Editorial, 1985.

liberalismo construyeron esta doctrina política sobre la triple relación entre Estado-sociedad-individuo. Veían al Estado liberal «como un conjunto de instituciones políticamente neutrales y ajenas a otras fuerzas sociales. El Estado es necesario para crear, definir y reforzar el marco regulador en el que operan las distintas fuerzas políticas, económicas y sociales»[3]. La neutralidad y la pasividad del Estado y del ejecutivo son dos principios básicos del pensamiento liberal, pues lo único que debe hacer es garantizar el marco de las reglas de juego, y vigilar su correcta concreción. Por el contrario, toda la dinámica, la expansión de las fuerzas sociales y económicas se produce en la sociedad, en donde los diferentes agentes actúan libremente sin más cortapisa que sus propios intereses y las reglas marcadas por el derecho privado.

Son muchos los autores que han ido con el tiempo formulando la teoría liberal clásica. La visión liberal encuentra sus raíces en el pensamiento ilustrado que, de la mano, de Th. Hobbes, J. Locke o el mismo J. J. Rousseau, formuló sus presupuestos y sus ideas básicas, y que encuentra su desarrollo posterior en escritores tan variados como E. Burke, J. S., Mill, H. D. Thoreau o, incluso, los utilitaristas. Por citar un ejemplo clarificador, el pensamiento liberal de Locke insistía en el papel protector y garantista del Gobierno en relación con los derechos -a la vida y a la propiedad- y la libertad individual hasta el punto de denunciar cualquier tiranía que atropellase estos principios básicos. Magníficamente, ilustra todo el ideario liberal en un texto que merece la pena transcribir: «Ese poder que todos los hombres tienen en el estado de naturaleza y del que se desprenden, entregándolo a la sociedad en todos los casos en que ésta puede servirles de salvaguardia, consiste en poner en acción aquellos medios de salvaguardia de sus propiedades que juzgan buenos y compatibles con la ley natural, y de castigar en los demás el quebrantamiento de esa ley natural, para asegurar razonablemente, hasta donde sea posible, su propia salvaguarda y la del resto del género humano»[4]. El Estado, por tanto, que lubrifica la maquinaria social custodiando los derechos a la vida y a la propiedad y castigando a quienes perturban su buen uso y ejercicio.

La diferencia entre este modelo y la realidad del Estado social no dejó de entreverse rápidamente, y, en definitiva, de incitar a una reactivación de la crítica. En efecto, el momento oportuno para el surgimiento de esta crítica vino de la mano de la crisis económica de

---

[3] Picó, J., *Teorías sobre el Estado del Bienestar,* 2.ª edic., Madrid, Siglo XXI, 1990, pág. 4.

[4] Locke, J., *Ensayo sobre el gobierno civil,* trad. A. Lázaro, 5.ª reimp. de la 1.ª edic., Madrid, Aguilar, 1981, pág. 1321.

los 70s. Problemas como la recesión, el estancamiento económico, la pérdida de empleo, los problemas estructurales y fiscales del Estado, las insuficiencias de los procedimientos democráticos fueron la plataforma ideal que fomentó el inicio de la «reacción liberal-conservadora» y sus críticas al Estado social. Se produce una eclosión de los movimientos liberales y, entre otros, la reaparición en escena del pensamiento de Hayek. Todos coinciden en demandar una vuelta al viejo Estado liberal y sus anquilosadas estructuras; por ello, abanderan un repliegue del Estado a sus fronteras naturales y, como medida de política práctica, el total desmantelamiento del Estado social. Se habla a partir de estas fechas y de la organización de movimientos liberales de la «revolución conservadora» que ha tenido hasta fechas muy recientes, y todavía tiene, una singular incidencia en la política de EE. UU. y Gran Bretaña. No es extraño que, después de años de críticas liberales y de la incapacidad de quienes han detentado el poder para resolver los problemas anticipados, los partidos liberales o conservadores hayan desbancado del poder a los partidos socialdemócratas y que hayan llevado a la práctica sus principios políticos con el éxito ya conocido. Sus recetas tampoco han servido para salir de la crisis y no han generado más que conflictos sociales.

Aunque la receta básica de la reacción es similar para todos aquellos que se dicen liberales o conservadores, entre cada uno de ellos se pueden encontrar algunas diferencias. Aun a riesgo de simplificar demasiado el panorama ideológico de quienes defienden esta postura, puesto que las deudas entre unos y otros en la formación de su pensamiento es mutua -en general, todos deben mucho al pensamiento y la perseverancia de Hayek-, éstos pueden agruparse en tres corrientes. La primera de todas es, desde luego, la abanderada por el mismo Hayek y su movimiento liberal, quienes, entre sus postulados básicos, argumentan que existe una contradicción en los fundamentos del Estado social que lo hacen especialmente inestable. Esos postulados son el de la libertad y la igualdad, dos conceptos irreconciliables y que, en su opinión, la tensión originada debería resolverse en favor de la libertad, pues las tendencias igualitarias destruyen el sistema económico de mercado y, además, conduce inexorablemente al autoritarismo, a la pérdida de la democracia. La crítica de los liberales cercanos a Hayek insiste en que el exceso poder del Estado ha conducido a la pérdida de la libertad del individuo que es la piedra angular sobre la que se sustenta todo el orden social. No es otra cosa lo que dice el mismo autor cuando ya tempranamente oponía un «orden espontáneo» y un «orden organizado», un orden creado por el libre desarrollo de las fuerzas naturales y un orden reglamentado, maniatado por la voluntad humana, para denunciar así la primacía de los ideales de justicia social o distributiva que había conducido a un

«modelo de institución democrática liberal hoy predominante» en el cual se había producido «la gradual transformación del orden espontáneo libre en un sistema sometido a un sistema totalitario sometido a las veleidades de alguna coalición de intereses»[5]. La excesiva obsesión de los partidos socialistas o socialdemócratas en el logro de la igualdad a través de la organización, distribución y planificación de la vida social ha puesto en peligro la libertad individual al alterar el funcionamiento espontáneo y la textura jurídica de una sociedad libre.

La *segunda corriente*, que es la que más proyección práctica ha tenido y que, en algunos países, ha tenido aparentes éxitos es la liderada por M. Friedman y que está institucionalizada en torno a la «escuela de Chicago». Está compuesta por economistas que frente a las medidas fiscales propugnadas por Keynes exigen una dura política monetarista para salir de la crisis, o sea, una reducción de la cantidad monetaria en el mercado para controlar la inflación generada por el déficit estatal generado por sus políticas de asistencia y protección social. Confían en el libre desarrollo de las fuerzas del mercado para lograr una correcta distribución de los recursos naturales, un aumento de productividad y un mayor desarrollo económico. Hasta la fecha, se ha sobrestimado excesivamente la bondad de la intervención del Estado para paliar las deficiencias del mercado, incluso las necesidades reales de esa intervención y, por supuesto, su eficacia, resultado de hecho que estas actividades se han convertido en un elemento espúreo que subvierte su buena marcha.

Por último, la *tercera*, que ha surgido al alimón de esta última, se conoce con el nombre de la teoría de la Decisión Colectiva *(Public Choice)* y que tiene como representantes más cualificados a J. Buchanan y G. Tullock, pero se ha extendido por EE. UU. y Europa formando un colectivo que se autoproclaman un poco petulantemente «los nuevos economistas», aunque el grupo, en realidad, es bastante heterogéneo. Lo que caracteriza a esta escuela consiste en que en sus estudios aplican los nuevos métodos de análisis económico a la realidad política, a los procesos de decisión pública, en lo que entienden es el «mercado político»[6]. En efecto, «tras la creciente evidencia de la

---

[5] Hayek, F. A., *Normas y Orden,* vol. 1 de *Derecho, Legislación y Libertad*, *op. cit*., págs. 19-20.

[6] Como afirma H. Lepage, un conspicuo defensor de estas tesis, el pensamiento económico se extiende más allá de y transgrede sus propias fronteras disciplinares: «Del mismo modo, los enfoques económicos se utilizan para comprender el funcionamiento del *mercado político*, para estudiar los efectos insospechados de las intervenciones reglamentarias, para analizar la lógica del funcionamiento de las *instituciones democráticas* o incluso para informar de la evolución *del derecho y de las instituciones sociales*», H. Lepage, Mañana el Liberalismo, J. I. Oyarzábal, Madrid, Espasa Calpe, 1982, pág. 25.

esterilidad que ofrecían los sofisticados modelos económicos de los años cincuenta y sesenta, en esta última década, el economista se ha decidido abiertamente a cruzar el puente analítico que suponen al considerar el análisis económico que el mismo tipo de personas que actúan en el ámbito privado del mercado son las que intervienen en el ámbito público de la política, y que, en ambas circunstancias, sus motivaciones y esquemas de comportamiento son, en última instancia, análogos»[7]. Al hilo de esta idea básica, las líneas de investigación de esta escuela se dirigen a mostrar la falacia del argumento que sustentaba la moderna economía del social, según el cual se apoyaba la actividad del Estado dado que había pruebas evidentes de la quiebra de la confianza del mercado como instrumento eficiente de asignación de recursos y rentas y, en consecuencia, se aboga por el sector público fuerte y poderoso que impulse el desarrollo económico y el social general. En realidad, esta aportación de la *Public Choice* al debate político es consecuencia lógica del presupuesto individualista en la medida que evidencia que la actividad rectificadora estatal está mediatizada por las interferencias derivadas de las presiones de los beneficiarios potenciales de sus actuaciones. De este modo, lo que viene a detectar es que también el funcionamiento de las instituciones públicas tiene sus «fallos», o, mejor dicho, sus «costes» según el lenguaje de la ciencia económica.

Junto a estas corrientes, existen otros autores también de orientación liberal y que, en absoluto, pueden considerarse meros «francotiradores», pues sus propuestas tienen su enjundia. Es el caso de R. Nozick, entre otros, quien, por su rechazo por todo lo que esté relacionado con el Estado, su poder y capacidad interventora y, en especial, por sus derechos, y por su defensa del minimalismo estatal parece estar directamente enlazado con las ideas de Hayek, aunque salvando las distancias. Otra cosa es el caso, mucho más dudoso, de J. Rawls, quien, desde las bases ideológicas del liberalismo, pretende buscar una vía de armonía entre los fundamentos individualistas de la libertad y las pretensiones igualitarias de un mayor social, por lo que parece lograr el milagro del *tertium datur* de la tercera vía entre los dos polos opuestos. Por ello, cabe hablar tanto de un Rawls liberal como de un Rawls socialdemócrata, según el aspecto de su teoría que se destaque. También está el caso de B. Ackerman quien, engarzando

[7] Del «Prólogo» de J. Salinas al libro de J. Buchanan, y G. Tullock, *El cálculo del consenso (Fundamentos lógicos de una democracia constitucional)*, trad. J. Salinas, Madrid, Espasa Calpe, 1980, pág. 11. Y estos autores escriben en la página 288 de este libro: «Una de las ventajas del enfoque esencialmente económico para la acción colectiva estriba en el reconocimiento implícito de que el 'intercambio político', en todos sus niveles, es básicamente equivalente al intercambio económico».

con el liberalismo clásico, defiende una postura sobre el Estado -el Estado limitado al estilo de J. S. Mill- bien distinta de la anarquía libertaria del Estado mínimo de Nozick y distinta también del Estado igualitario de Rawls.

Con el objeto de una exposición clara, a continuación, voy a agrupar el conjunto de las críticas de las corrientes neoliberales según sus aspectos económicos y sociales, por un lado, y los jurídicos y políticos, por otro. Por supuesto, esta distinción puede parecer aleatoria y podría especificarse aún más, pero ello no es óbice para que estén interrelacionados.

2. La crítica liberal a los aspectos económicos y sociales del Estado social

El diagnóstico de los grupos liberales del Estado social tiene bastantes puntos en común que paso a relatar brevemente. Entre los autores que han estudiado la crítica liberal al Estado social, el análisis de R. Misrha sobre el surgimiento de la Nueva Derecha en el mapa político de las sociedades occidentales me parece bastante claro en alguno de sus puntos y, en lo que sigue, me voy a guiar por sus comentarios y sus apreciaciones, aunque creo que, con todo, deben completarse con algunos añadidos oportunos[8]. En líneas generales, la amalgama de liberales y conservadores que se aglutinan bajo ese rótulo proclaman su fe en las doctrinas clásicas del mercado y del individualismo y, ahora, deploran insistentemente el compromiso habido entre capitalismo y socialismo, entre capital y trabajo. Por ello, denuncian una serie de fenómenos ocurridos en el Estado social y producto de sus transformaciones internas y que, en su opinión, hay que corregir. Muchas de las ideas, todo hay que decirlo, coinciden, aunque las vistan con otros ropajes, con las críticas provenientes de las trincheras marxistas, por utilizar un símil bélico, dada la guerra que tanto unos como otros acaudillan contra el Estado social.

Primero de todo, los sectores más conservadores denuncian el excesivo aumento del poder del Gobierno y del Estado. En efecto, desde la II Guerra Mundial, a los ojos de socialdemócratas, de grupos liberales progresistas e, incluso, de algún marxista reconvertido, el crecimiento del poder de los ejecutivos aparece como un fenómeno racional y dentro de la nueva lógica estatal, en la medida que se propone el cumplimiento de ciertos fines que no eran propios del Estado liberal. Cada uno evidentemente dentro de sus coordenadas

[8] Misrha, R., *The Welfare State in crisis. Social thought and social change,* Brighton, Hervaster Press, 1984, cap. 2.

ideológicas. Para la tradición marxista, esto no era sino una lógica consecuencia de la expansión del Estado con el fin de fomentar e impulsar los procesos de acumulación de capital y de lograr una más sólida legitimación de sus actuaciones. En líneas generales, se justificaba esta ampliación de los poderes del Estado como resultado de la concordancia entre la ecuación keynesiana y las medidas del Plan Beveridge: el Estado regulador de la economía de mercado y, al mismo tiempo, distribuidor de un bienestar social y de unas condiciones materiales mínimas para todos. Un Estado paternalista que acepta la responsabilidad de paliar los males de la sociedad. Y ser responsable conduce a intervenir e, incluso, a que crezca el sentimiento de que «debe» actuar, de que es su obligación. En consecuencia, el crecimiento de sus funciones de su poder, aparece como una exigencia, pero como una exigencia imparable e insaciable, pues los mismos ciudadanos requieren constantemente sus actuaciones. Por lo tanto, una situación que se aleja bastante de los viejos modelos liberales del Estado.

Quienes defienden una posición más conservadora ante el Estado social, proveniente principalmente de sectores allegados a Hayek o economistas del estilo de Friedman y la pléyade de manchesterianos, entre otros, a los que podrían sumarse otros neoliberales como Nozick, insisten en que la evolución y las transformaciones internas del Estado social le han conducido a una crisis crónica, a un punto sin salida o sin más salida que su repliegue a las fronteras naturales del Estado liberal. Le acusan, desde una perspectiva económica, de la recesión económica y la inflación, de las pérdidas masivas de empleo, de la crisis fiscal que tan profundamente le afecta, del aumento sin límite de la deuda pública que pesa como una losa insoportable sobre los presupuestos anuales. Igualmente, el *Welfare State* ha pecado de fomentar un excesivo crecimiento de la burocracia que se ha convertido en un imponente grupo de presión capaz de condicionar la política del Gobierno como hacen también los oligopolios empresariales. «El Estado se ha visto obligado a suplir necesidades y provisiones que están fuera de su alcance y esta asistencia tan generosa ha fomentado la pereza y el absentismo. Los grupos de presión, y, en general, el corporativismo, han crecido de tal manera que el Estado se encuentra sobrecargado con demandas imposibles de satisfacer. Se ha extendido el abanico de derechos sociales y la población espera que los gobiernos se responsabilicen e intervengan en sectores cada vez más amplios de la sociedad pero al mismo tiempo piden la reducción de los impuestos y la contención de los precios»[9]. El Estado está en crisis y ésta le conduce a la contradicción de intentar

[9] Picó, J., *Teorías sobre el Estado del Bienestar*, *op. cit.*, pág. 10.

cumplir las funciones asignadas solicitando más impuestos, más financiación y, al mismo tiempo, a intentar satisfacer la expectativa de reducirlos.

Pero, aún más, lo que agrava este aumento de la capacidad estatal es que su ejercicio, su materialización, en opinión de los monetaristas y los economistas de la teoría de la Elección Pública, no se realiza siguiendo la vaga idea de un interés general o de acuerdo a unos principios éticos altruistas, sino que la actuación del Estado depende de lo que llaman el «mercado político», es decir, en términos de competitividad política[10]. En definitiva, este Estado responsable lo es, irónicamente, en la medida que responde a presiones electorales o a los mecanismos de lucha política entre partidos. Pues, en opinión de estos autores, las decisiones y disputas políticas, en particular, la captación de votos, siguen un modelo similar al que se sigue en la economía del libre mercado donde los particulares negocian sus transacciones, salvadas ciertas distancias. (Incluso, todo hay que decirlo, sus análisis tienen un alcance normativo por cuanto al estudiar el fenómeno de las decisiones colectivas encuentran lógico que se comercialice con el voto y con la representación en las asambleas representativas del mismo modo que se hace con otros objetos comunes). Lo grave, por lo tanto, no es sólo, denuncian los conservadores, que haya crecido el poder estatal, sino que su ejercicio y su «responsabilidad» está en relación directa con la capacidad de los gobernantes y los partidos políticos para generar expectativas en amplios sectores de la población. Pero, es más, el «mercado político» no puede olvidar las demandas constantes de grupos de intereses bien organizados que exigen al Estado que vele por esos intereses, esto es, que, sobre todo, haga todo lo posible por el logro de mayores beneficios de estos grupos privados y consolide sus expectativas de dominación. El caso más denunciado es el *lobby* económico-militar en los Estados Unidos que obliga al Gobierno a financiar y, luego, a comprar para su ejército armas de fantasía que luego, en el mejor de los casos, se pudren en los almacenes. El resultado es que estos grupos de presión obligan al ejecutivo a extender sus fronteras, su poder, de forma poco «razonable».

Lo mismo puede decirse la multitud de intereses que presionan constantemente al Gobierno para que vele por sus beneficios y que, inconscientemente, hacen que el poder del Estado crezca desmesuradamente. Un caso a destacar es el de la burocracia, que, muchas veces, lejos de ser fieles sirvientes del bien público o un instrumento

[10] En particular, puede verse el libro emblemático, ya citado, de esta Escuela de J. Buchanan y G. Tullock, *El cálculo del consenso (Fundamentos lógicos de una democracia constitucional)*, *op. cit.*

obediente de la clase política, defienden sus intereses y derechos particulares: su propio crecimiento, subidas salariales, estabilidad en el puesto, sus beneficios sectoriales. El burócrata busca maximizar su posición en la Administración, convirtiéndose, cada vez más, en eficaz instrumento de formación de una voluntad que dirige los designios del Estado y que, sin embargo, se presentan en la opinión pública como una voluntad única y general. El mismo se considera en una situación privilegiada para lograr sus propios beneficios, pues es consciente que, sin el cuerpo de funcionarios, la Administración estatal no funciona, el Estado no ejerce sus funciones. Así, suele reivindicarse por parte de grupos políticos liberales y conservadores la disminución de funcionarios como una medida de disminución del gasto público.

Otro de los ataques conservadores al Estado social, según Mishra, pone en evidencia que, como consecuencia del crecimiento del poder estatal, crecen también los innumerables errores que comete el ejecutivo. Por encima de todo, se trata de evidenciar, con esta crítica y otras similares, la situación de ingobernabilidad en la que se encuentra el Estado en la actualidad. Con todo, la crítica va aún más lejos, pues enlaza el crecimiento desmesurado de las competencias del Estado con la extendida insatisfacción que produce entre los ciudadanos su mala gestión y sus muchos fallos. En efecto, el Estado social en los países occidentales y, preferentemente, en Europa, gestiona competencias relacionadas con la sanidad, educación transporte y comunicación, financia proyectos contra la discriminación y la pobreza y la marginación, dirige y regula buena parte del mercado nacional, es, al mismo tiempo, productor de bienes y servicios con sus empresas públicas, y otras numerosas competencias. Todo ello es consecuencia de la naturaleza dual del Estado en la que ha derivado, producto del desarrollo y realización de las ideas keynesianas. Por un lado, un Estado distribuidor, que busca el bienestar social general a través de una variedad de estrategias políticas: logro de una «procura existencia» de un mínimo vital para todos, reparto equitativo de los recursos y de las cargas, establecimiento de sistemas de asistencia y protección social, financiación pública de instituciones educativas y culturales. Por otro, un Estado patrono o manager, que se caracteriza por la conversión del viejo Estado liberal en empresario, por poseer un amplio conjunto de empresas de sectores clave para la economía nacional de titulación pública. Las razones de esta transformación no son del caso y obedecen a circunstancias históricas de cada país. Lo que importa es reseñar que esta situación ha generado la necesidad de una participación activa del Estado en numerosos proyectos y programas económicos por cuanto se convierte en planificador de la vida económica: «la

planificación económica estatal, única que permite dirigir la enorme masa del sector público por un lado y procurar, además, que no aplaste con su mero peso al sector privado»[11].

Pues bien, los liberal-conservadores ponen de manifiesto el enorme costo de estas actividades y los modestos resultados, sus escasos beneficios, que sus programas raramente se cumplen en su totalidad o que, en su caso, o son muy costosos o nunca logran los resultados apetecidos. Incluso, los errores se cometen también porque, por influjo de la actuación estatal, la realidad social cambia, de forma que cuando pretende resolverse un problema concreto éste se ha transformado o ya no existe de modo que se generan nuevos problemas que hay que solucionar. Y, así, en una espiral sin fin. La crítica se dirige a uno de los puntales sobre los que se asienta el Estado social: su función correctora de las insuficiencias del mercado para distribuir correctamente los recursos a través de la planificación económica y el empleo de medidas fiscales. De hecho, esta práctica lo que ha demostrado, para los liberales, es que la actividad estatal es más ineficaz que el mercado mismo, que coarta el libre despliegue de las capacidades individuales y que lo único que se logra es que el Estado lo invada todo, que se entrometa constantemente en la sociedad civil. Las consecuencias han sido descritas con nitidez por R. G. Cotarelo: «Sobre todo, la injerencia estatal en los ámbitos sociales privados no es más eficaz en lo que a productividad se refiere, sino todo lo contrario, es mucho más ineficaz: la flexibilidad, inventiva, sentido de la oportunidad, agilidad, constancia, rapidez y otras mil virtudes que adornan a la empresa privada en la constelación liberal son substituidas por la rigidez, rutina, inercia, pesadez, irresponsabilidad, lentitud, inconstancia y falta de sensibilidad de la empresa pública, en manifiesto detrimento de la sociedad en su conjunto. Además, para mayor desgracia, esta injerencia es notablemente más cara por todos los conceptos: el libre mercado compuesto por empresas públicas, como la corte de Baltasar, es una ostentación de despilfarro»[12].

La *tercera crítica* importante de las corrientes liberales al Estado social, que enlaza con todo lo anterior, es que, finalmente, el Estado acaba sobrecargado, saturado. Como dicen los autores anglosajones *overloaded*, es decir, sobrecargado, pero, al mismo tiempo, incapaz de actuar, impotente ante la realidad y los problemas y exigencias que se le avecinan. No puede más. Está saturado porque las demandas que se piden al ejecutivo exceden a su capacidad para encontrar

---

[11] Cotarelo, R. G., *Del Estado del Bienestar al Estado del Malestar*, 2.ª edic., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pág. 99.

[12] *Ibidem*, pág. 196.

respuestas eficientes. Ello debido a la contradicción existente entre el incremento de exigencia por parte de grupos de intereses o con fines electorales y su tendencia a restringir la democratización de sus actuaciones para no limitar su capacidad de actuar y que, sin embargo, la sociedad pide. Para ser más eficaz tiene que ser más autoritario, lo que conduce a la ruptura del consenso social, mientras que, si es más democrático, en su opinión, es también más ineficiente. Para solventar estas tendencias antidemocráticas, que ponen en peligro la libertad y la autonomía individual, hay que limitar la actividad estatal y dejar los problemas de eficiencia en manos del mercado. La interacción voluntaria entre individuos es muy superior a cualquier dirección estatal.

Especialmente, los autores de la línea más conservadora ironizan acerca de la ingenua pretensión, muy cercana a los anhelos fáusticos de un Goethe, del cientifismo con que se han tomado decisiones políticas en el Estado social. Los gobernantes social-demócratas han confiado ingenuamente en la capacidad de las ciencias sociales por la prognosis, por las predicciones científicas de los resultados y de los efectos que las medidas políticas tienen en la realidad social. Frente a esta pretensión, los conservadores han insistido en las «paradojas del conocimiento», esto es, cómo el conocimiento del pasado no es condición necesaria y suficiente para conocer el futuro, y, sobre todo, especialmente en el caso de Hayek, en la creciente complejidad de la materia social que hace imposible que un gobernante pueda acaparar toda la realidad y predecir lo que va a suceder[13]. En su opinión, la ingeniería social es todo un fracaso.

3. La crítica liberal a los aspectos políticos y jurídicos del Estado social

Por último, la crítica liberal más relevante y que más éxito ha tenido, por cuanto incide no en los aspectos económicos, como los juicios anteriores, sino en la organización de la sociedad, apunta a la pérdida de libertad individual que supone la mera existencia del Estado social y que es consecuencias del enorme peso de la actividad estatal en la vida social. De alguna manera, la evidencia de las limitaciones a la libertad mostraría, a los ojos de los liberales, el fracaso del Estado en el cumplimiento de un principio básico de su

[13] En este sentido, véase su crítica al racionalismo cartesiano y, en general, al pensamiento constructivista y su afirmación sobre «la inevitable limitación de nuestro conocimiento de la realidad» tal y como aparece en el cap. 1 del volumen *Normas y Orden*, en *Derecho, Legislación y Libertad*, *op. cit*.

existencia. Claro está que esta crítica, en la medida que se fija en el concepto de libertad individual, tiene sus ramificaciones, como puede suponerse, en sus comentarios a la evolución de las instituciones democráticas y a la teoría y práctica jurídica en el marco del Estado social. Del mismo modo que quebranta sistemáticamente el valor Libertad, medular para la convivencia, por medio de sus actuaciones interventoras, ha transmutado también las formas democráticas de participación política en espúreos procedimientos corporativistas no representativos de la voluntad individual y, asimismo, viola en el ejercicio de sus prerrogativas los principios jurídicos del viejo Estado de Derecho, como el de autonomía de la voluntad, el de la legalidad, el de jerarquía normativa, los mecanismos de creación normativa, y un largo etcétera.

De nuevo, Hayek es el más conspicuo defensor de esta corriente, quien la asienta en el siguiente texto: «un orden basado en la libertad permite a todos los seres humanos dedicar sus personales conocimientos al logro de sus particulares fines, sin más restricción que la establecida por ciertas normas de comportamiento igualmente aplicables a toda la población. Ello deparará a cada individuo mayores posibilidades de éxito en la consecución de sus propias apetencias, realidad que sólo resultará posible plasmar si toda autoridad, incluida la de la propia mayoría, se encuentra en todo momento limitada, en cuanto al ejercicio del poder coercitivo, por aquellos principios generales en cuanto a cuya validez la comunidad coincida»[14]. La libertad individual y el libre desarrollo de las capacidades de las iniciativas de cada uno es el sustento de la Gran Sociedad o de la «sociedad abierta», con lo que se suma a las viejas ideas de J. S. Mill y la lectura de K. Popper. Ahora bien, ¿qué entiende Hayek por «libertad individual»? Libertad individual no es sino ausencia de coacción en el sentido clásico, esto es, tal y como lo entendía el pensamiento ilustrado, lo que no deja de ser un tanto ingenuo. Defiende claramente el axioma clásico sobre la libertad de que «la coacción sólo es tolerable en la medida en que venga exigida por el bienestar general o la convivencia política»[15]. Pero, en efecto, un hombre es libre cuando puede actuar sin que sus acciones y su voluntad se vea coaccionada por la voluntad o las acciones de otro, y menos todavía a arbitrariedades extrañas. Por ello, una sociedad es tanto más liberal, o libre, cuanto más reduce la coacción y el dominio de unos sobre otros[16].

---

[14] *Ibidem*, pág. 109.

[15] Hayek, F. A., «El espejismo de la justicia social», en *Derecho, Legislación y Libertad*, vol. 2, *op. cit.*, pág. 19.

[16] Entre los muchos textos de Hayek sobre la libertad puede verse, a título de

Pero, ¿cómo se articula esa sociedad liberal preconizada por Hayek? A través de un sistema democrático gobernado por una Constitución y por «el imperio de la ley»... En este punto, es capital la distinción conceptual entre «derecho» *(law)* y «legislación» *(legislation)*, esto es, la existencia de unas «normas generales de recto comportamiento» que se han ido formando con el tiempo y se han ido adaptando a las necesidades y deseos de los individuos, y que conforman un ideal de lo que es justo e injusto para la sociedad liberal; y la «ley» en sentido estricto que Hayek identifica con la labor técnica de creación normativa que hacen los Parlamentos al editar normas jurídicas y los órganos administrativos cuando establecen reglamentos. Conviene no olvidar que la tradición jurídica en la que se mueve este autor es la de la familia de derecho anglosajón o de *Common Law* y, por ello mismo, tiende a confundir las normas generales de recto comportamiento con este sistema jurídico.

Pues bien, una sociedad libre es la gobernada por el *empire of law*, esto es, por estas normas producto de la evolución de la civilización y de su capacidad adaptativa, y que, en definitiva, materializa un ideal de justicia aceptado por la comunidad. Esto es, contrapone la ley verdadera -del *Common Law*, en suma- frente a los mandatos derivados de la arbitrariedad de las autoridades gubernamentales[17]. Con ello, no hace referencia a un cuerpo de leyes que deben gobernarnos en el sentido del positivismo jurídico, sino a una idea metajurídica de cómo debemos gobernarnos mediante reglas cuyo objetivo es preservar al individuo una esfera de actuación libre en la cual no pueda entrar la autoridad gubernativa, ni ser objeto de su arbitrariedad. Por ello mismo, el imperio de la ley en una sociedad libre implica una serie de exigencias al poder político: su actuación de acuerdo a normas generales; que éstas sean conocidas y ciertas; que se trate a todos por igual; la independencia de los jueces; y la reserva de ese ámbito para la acción individual y el respeto a la propiedad. En este punto, Hayek insiste en que el sometimiento a la ley de los poderes fundamentales del Gobierno estaría garantizada con la existencia de una «Constitución Ideal» que especificaría la separación de los diferentes poderes, con sus funciones y sus relaciones, y establecería un Tribunal Constitucional. Pero, cuyo principio básico sería el

---

ejemplo, el cap. III del volumen 1 de su libro *Derecho, Legislación y Libertad*, *op. cit.*, págs. 109-140. Un comentario claro sobre el tema es el de E. Butler, *Hayek. Su contribución al pensamiento político y económico de nuestro tiempo*, trad. De E. Fuentes, Madrid, Unión Editorial, 1989. Y para un estudio más extenso la recopilación de F. F. Wood y R. N. Woods, *Friederich A. Hayek: Critical Assessments*, 4 vols., London/New York, Routledge, 1991.

[17] En este sentido, es sintomático el título que abre el cap. IV del primer volumen del tratado citado, que dice «Le ley precede a la legislación»:

de que «excepción hecha de la incidencia de circunstancias anormales -que deberían desde luego quedar claramente establecidas-, el ciudadano sólo se vería obligado a hacer algo en la medida en que así lo especificara alguna norma, que, además de ser general, estuviera orientada a garantizar la inviolabilidad de las correspondientes esferas individuales»[18].

A la vista de la exposición anterior, puede fácilmente entreverse las críticas de Hayek y su movimiento de liberales, aceptadas como punto de partida por el resto de corrientes, a la teoría y práctica del Estado social. En verdad, Hayek muy tempranamente mostró su obsesión por desenmascarar sus presupuestos y especialmente dirigió sus baterías contra el socialismo en general y, en particular, contra los partidos socialdemócratas. El ideario de éstos encarnaban todos los demonios que su pensamiento liberal detestaba. Hasta sus últimos días patentizó su manía personal hasta tal punto que su última obra se titula *La presunción fatal. Los errores del socialismo* (1988). Por supuesto, son muchos los comentarios críticos de Hayek hacia el Estado creado por la ideología socialdemócrata. Pero, de todos ellos, me interesa centrar mi exposición especialmente en tres: la sistemática violación de los principios del Estado de Derecho en la práctica administrativa y de gobierno, la subversión de los ideales liberal-democráticos por parte del Estado social y el desenmascaramiento del fraude de la «justicia social» que inspira la práctica política y los programas de los gobiernos socialdemócratas.

En efecto, para el pensamiento liberal contemporáneo, el Estado social resulta incompatible, primero de todo, con el imperio de la ley y, además, con el Estado de Derecho. En primer lugar, porque, en opinión de Hayek, el Gobierno incumple sistemáticamente con el principio básico de respetar las normas generales de recto comportamiento. Estas son la garantía de la libertad individual y del establecimiento de un ámbito reservado y protegido propio de cada ser humano y, por ello mismo, están por encima de cualquier tipo de dominación, incluyendo a la autoridad política. Deben ser respetadas por cuanto lo que hacen es fijar las reglas del juego, un mínimo para la convivencia, y, sobre todo, fijan los límites entre lo privado y lo público. Y, como afirma tajantemente: «Si la salvaguardia de la sociedad libre resulta tarea tan ardua, ello es precisamente debido a que tal labor exige el constante rechazo de medidas que parecen convenientes en relación con la materialización de ciertos resultados prácticos sin otro fundamento que la discrepancia de las citadas

[18] *Vid*. su *El orden político en una sociedad libre*, en *Derecho, Legislación y Libertad*, vol. 3, *op. cit.*, pág. 191.

medidas con determinada normativa de tipo general, desconociéndose casi siempre el costo correspondiente a la vulneración de tal normativa en el específico caso concreto. Por ello, una eficaz defensa de la libertad ha de ser siempre dogmática»[19].

Por el contrario, frente al carácter espontáneo de estas normas generales, las medidas socializantes, sean de carácter político o preceptos jurídicos, están destinadas a producir efectos concretos en la realidad social. Frente al imperio de las reglas producidas en el tiempo por sedimentación y adaptación al ambiente, los gobiernos del Estado social han acelerado la creación de normas reglamentarias, de una legislación motorizada que no contempla la visión más global de las normas generales, conculcando de esta forma uno de los principios básicos del viejo ideal del Estado de Derecho. En resumidas cuentas, el Estado social violaría el principio de legalidad que, desde los tiempos de la lucha por la formación del Estado moderno, desde Hobbes, Locke, Rousseau y Beccaria, es la garantía del control del poder arbitrario del ejecutivo y, además, la salvaguarda de la libertad individual y de sus derechos de propiedad. Además, caerían detrás de este principio otros que son conquista más cercana como el de jerarquía normativa, el de conocimiento y publicidad de las normas, el de abstracción y racionalidad o la irretroactividad de las leyes. Y, en especial, la seguridad jurídica. En realidad, el gran pecado del Estado social reside en que, para el logro de sus fines, ha fomentado la confusión entre los dos tipos de «leyes» que son el presupuesto básico del pensamiento de Hayek primando la creación de una forma de legislación, cuyo objetivo es, sin más, el gobierno de la maquinaria administrativa.

Igualmente, los sucesivos gobiernos que han dirigido a los países occidentales desde la II Guerra Mundial han subvertido el viejo orden democrático decimonónico para convertirlo en un sistema autoritario de dominación. Hayek se erige defensor de los viejos ideales liberaldemocráticos frente a lo que, en su opinión, son abusos de los ejecutivos que han gobernado en base a poderes discrecionales y que, en todo caso, se han servido de la regla de las mayorías para llevar la dirección de los asuntos públicos a su arbitrio. En la obra de Hayek sobre estas cuestiones son habituales los juicios sobre corrupción del sistema democrático, la falta de fe y confianza de las personas en sus ideales, la subversión de la regla de las mayorías y su conversión en una «democracia negociadora» que, «desde luego, nada tiene que ver con los principios sobre los que básicamente se sustenta el ideal democrático» y que lo único que ha logrado es que

[19] Hayek, F. A., *Normas y Orden*, en *Derecho, Legislación y Libertad*, vol. 1, *op. cit.*, pág. 120.

los gobiernos democráticos hayan «quedado reducidos al papel de meros juguetes de los grupos de intereses», lo que ha servido de base a la *Public Choice* para elaborar su reflexión sobre la comercialización de los votos y su teoría sobre el mercado político ya mencionada con anterioridad[20]. El siguiente texto puede servir de botón de muestra de la inclinación política de Hayek: «No cabe ignorar por más tiempo el hecho de que es cada vez mayor el número de personas de talante reflexivo y bien intencionado que paulatinamente van perdiendo la fe en lo que antaño fuera para ellos el noble ideal de la democracia. Prodúcese tal evolución precisamente en la medida en que incesantemente se intenta extender el campo de aplicación del método democrático a nuevas esferas sociales, y cabe ciertamente preguntarse si ello será en parte consecuencia de esta tendencia. La desilusión de referencia, sin embargo, no alcanza sólo a los abusos a los que, sin duda, está siendo sometido el aludido ideal, porque atañe incluso a su propia esencia»[21].

Ahora bien, los comentarios anteriores no son sino la antesala de una de las batallas que más fervientemente ha sobrellevado sobre sus espaldas Hayek y su escuela: la de desenmascarar los ideales de «justicia social» que, como falsos ídolos, han servido de base ideológica al Estado social. Especialmente, por cuanto, a través de sus designios, se trata de plasmar en la realidad social, incluso transformándola, el principio de igualdad. Es más, ha sido precisamente porque se ha querido llevar a la práctica, sin conseguirlo, este principio por lo que se han desnaturalizado tanto la idea del imperio de la ley como el viejo orden democrático, abriendo paso a un sistema de legislación administrativa y constante planificación de objetivos, lo que, a la postre, conduce a un mayor autoritarismo político. En efecto, una de las constantes obsesiones de Hayek es mostrar que la justicia social, como «el rey que estaba desnudo», carece de contenido: «Al igual que sucediera con el niño del cuento de Andersen, «nada podía ver porque nada había que pudiera ser visto». Cuanto más me esforzaba, en efecto, en dar un concreto significado a la expresión de referencia, mayor era mi fracaso al respecto. Nunca logré justificar, en efecto, sobre la base de alguna norma general -cuan exigen los más elementales cánones de justicia-, esa sensación de indignación que en casos concretos todos a menudo experimentamos al abordar los problemas sociales»[22].

---

[20] Hayek, F. A., *El orden político en una sociedad libre*, en *Derecho, Legislación y Libertad*, vol. 3, *op. cit.*, págs. 175-6.

[21] *Ibidem*, pág. 173.

[22] Hayek, F. A., *El espejismo de la justicia social*, en *Derecho, Legislación y Libertad*, vol. 2, *op. cit.*, pág. 16.

Hayek critica no sólo la carencia de significado del término «justicia social», por cuanto entiende que existen una polaridad de significados y una falta general de acuerdo sobre lo que quiere decirse, sino también todas sus implicaciones históricas para la subversión real de su ideal de sociedad libre. En efecto, si lo critica es porque, intentando lograr la igualdad económica entre todos los ciudadanos y una justa distribución de la riqueza, se han utilizado mecanismos de planificación de la economía, se han propuesto medidas de carácter fiscal y de usurpación de bienes y propiedades que repelen a su visión de una sociedad liberal. Porque, detrás de todo ello, se justifica el empleo de la legislación administrativa, de las normas de organización, y no de normas generales de recto comportamiento, y una mayor potenciación de los sectores públicos en oposición a su deseo de salvaguarda de la libertad individual y de las esferas privadas. Supone, en definitiva, que la sociedad está organizada deliberamente y que, por ello, puede lograrse un sistema social más igualitario.

Indudablemente, junto a todo lo anterior, la crítica más conservadora tiene también su vertiente cultural. El Estado social aparece como un monstruo diabólico que sistemáticamente ha lesionado principios y valores propias de la tradición occidental y que sirvieron como base al desarrollo de la civilización. La Nueva Derecha americana pone especial énfasis en señalar los efectos que el crecimiento del Estado y sus incapacidades ha tenido en los valores tradicionales, especialmente, los que rodean a la familia como institución. Viste así su discurso político con alegatos en favor de la moral burguesa, de la ética protestante del trabajo y del cálculo mercantil, y de las bondades de la sociedad capitalista, confiando en los viejos controles individuales antes que en los controles estatales. Con una retórica melosa y empalagosa, defiende una vuelta a esos valores, lo mismo que al Estado liberal, como una forma de regeneración moral imprescindibles para un nuevo progreso, una Nueva Sociedad, conduciendo, de paso, a la marginación a amplios sectores de la población que, en el caso de EE. UU., son amplias mayorías: negros, hispanos, gays, prostitutas, lesbianas, etc.

Todas estas circunstancias han conducido, según los conservadores, a la deblacle del Estado social, pero, sobre todo, a la crisis económica que afecta a la sociedad y a la crisis fiscal o financiera que, en particular, atañe al Estado. Las recetas de Keynes para salir de la crisis en el 29 resultan hoy en día la causa de la actual quiebra económica y un auténtico fiasco para salir de ella. Por primera vez, desde hace décadas la *stagflación* -aumentan los precios y aumenta el paro a pesar de que se lucha contra la inflación- reina por sus campales en la sociedad occidental. Incentivar la demanda, el pleno

empleo y la política fiscal, y el aumento del gasto público son ineficaces en la actual coyuntura. El intento de los gobiernos por dominar la inflación a través de los impuestos y el control de precios es una estrategia errónea: primero, porque es impracticable y, después, porque no ataca a la raíz del problema. En el mejor de los casos, permite un respiro, pero la crisis vuelve más aguda que antes. La receta liberal monetarista es, más bien, la contraria: reducción de impuestos, reducir el dinero en movimiento, disminuir la carga fiscal, equilibrar los gastos públicos reduciendo el déficit, privatizar empresas públicas, desregularizar el mercado, fomentando la iniciativa privada, y la vida social. Pues bien, los efectos de estas medidas allí donde se ha puesto en práctica no se han dejado esperar, en el caso de los EE. UU. de Reagan y Bush y la Inglaterra de Thatcher y Major. Y he ahí la paradoja: los resultados saltan a la vista.

4. Una infundada hostilidad hacia el Estado social

A tenor de lo expuesto, la postura neoliberal es de franca hostilidad hacia el Estado social que, por su parte, es contemplado como la materialización de todos los demonios antiliberales: el enemigo que atenta contra su fe en lo espontáneo, en el mercado. Y, por ello, mantienen una actitud de sospecha permanente frente a cualquier actividad del Gobierno. Esta actitud ha sido resumida magistralmente por V. George y P. Wilding en su libro sobre el panorama de la filosofía política actual en siete acusaciones abanderadas por los neoliberales[23]: 1) En primer lugar, el Estado social es acusado de amenazar el principio básico de la libertad, tanto individual como política, a causa de las extralimitaciones y aumento de poder que implican la ejecución de sus políticas sociales y sus proyectos de un mayor bienestar para todos; 2) igualmente, las medidas políticas que debe materializar afectan también a la misma naturaleza del gobierno que, como consecuencia de ello, es objeto de innumerables presiones por los grupos sociales que lo apoyan y que quieren ver satisfechos sus intereses particulares. El gobierno diario es un gobierno mediatizado de forma que deja de guiarse por las reglas generales y acaba por dirigir la vida política de acuerdo con los intereses particulares más poderosos; 3) en esta línea, resulta que, con sus actuaciones, el Estado social desestabiliza el sistema económico y social al impedir que la distribución de bienes y recursos, de la riqueza, en suma, se

[23] George, V., y Wilding, P., *Ideolgy and Social Welfare*, New York, Routlege, 1992, págs. 35 y ss.

realice de forma natural y espontánea a través, claro está, del mercado; 4) otra acusación pone en evidencia que, pese a sus esfuerzos, la provisión de bienestar social, objetivo y obsesión prioritaria del Estado, no responde a las necesidades reales de los individuos y de los grupos sociales. Un servicio público sólo proporciona aquél bienestar que políticos, funcionarios y asesores públicos *creen* que los ciudadanos desean; 5) por lo demás, la tarea estatal de proporcionar bienestar general resulta, a todas luces, ineficiente por varias razones: porque, como ya han puesto en evidencia, la burocracia y los servicio sociales no responden a los deseos de los ciudadanos, porque, en su trabajo, no existe competencia que es la clave del éxito económico, y porque, de todas formas, los programas públicos presentan claras limitaciones en su configuración y materialización; 6) además, el conjunto de medidas públicas desatienden siempre otros procedimientos y sistemas de obtención de bienestar, como la familia, el sector de voluntariado y el mercado, entre otros, que así son minusvalorados y olvidados por el Estado social cuando cumple un papel de primer orden; 7) por último, resulta que, a pesar de todos sus esfuerzos, no se producen los resultados deseados porque las actuaciones públicas, a la postre, perjudican a la gente al potenciar la dependencia estatal de los individuos y al inducir así a la desmoralización general y a la irresponsabilidad en detrimento de las viejas virtudes públicas.

Las críticas aquí vertidas a lo largo de la exposición son, desde luego, de gran calado y van dirigidas frontalmente contra los fundamentos del Estado social. Con todo, y con ser certeras en alguno de sus puntos, me parecen excesivas y, en ocasiones, pecan de una parcialidad bastante evidente. Detrás de algunos comentarios, bien pudiera decirse que se encuentra una sopesada parcialidad no exenta de hipocresía. En este sentido, me parece oportuno traer a colación la opinión de Offe sobre la postura neoliberal en la medida que aclara la doble moral con la que juega la crítica neoliberal al Estado social. En efecto, como afirma este autor, son críticas revestidas de una exagerada intencionalidad motivadas más por el juego político que por evidencias suficientemente contrastadas. Pero, un juego político que obliga a urdir estrategias según las cuales se presenta «la carga del Estado del Bienestar como algo más intolerable de lo que es 'realmente'». Y ello porque, en definitiva, quienes acusan, especialmente, las élites políticas y económicas, los grandes inversores, son quienes realmente y, a pesar de los gobiernos, están en situación de *definir la realidad* denunciada. Por eso, no le falta razón cuando afirma que «el debate relativo a saber si el Estado del Bienestar está realmente exprimiendo beneficios es puramente académico, porque los inversores están en posición de *crear la realidad -y los efectos-*

de semejante cosa»[24]. La frase de Offe no deja de tener su jugo por cuanto pone en evidencia la necesidad de que el Estado precise, para el éxito de sus políticas, la colaboración de las élites, de quienes pueden, en definitiva, definir la realidad. Y lo que muestran esas críticas, probablemente, es el escaso entusiasmo de las actuales élites por definir la realidad en armonía con las políticas sociales. De ahí, la justificación de esa hostilidad.

En otro orden de cosas, Mishra, al valorar la crítica de la Nueva Derecha al Estado social, no deja de mostrar también varios puntos vulnerables de la teoría neoliberal. En particular, al estudiar críticas de índole parecido a las reseñadas más arriba, señala los siguientes elementos de réplica: 1) Encuentra en la postura neoliberal una clara tendencia a exagerar y generalizar las críticas y comentarios sobre bases de evidencias insuficientes; 2) igualmente, abusan del empleo de ejemplos selectivos, contrarios al papel cumplido por el Estado social, olvidando otros en los que queda mejor parado; 3) incluso, cuando analizan la función del Estado social y la labor de los gobiernos muestran, asimismo, un punto de vista unilateral, demasiado cerrado en sus premisas y en su afán de atacar sin más; 4) a su vez, las críticas políticas muestran una concepción inadecuada del papel de la democracia en los sistemas políticos actuales y un gusto excesivo por despolitizar las relaciones económicas con lo que patentizan un enfoque ingenuo y simplista del mercado y de la política; 5) por último, señala que son evidentes los errores de los neoliberales al estudiar el problema de la integración social a través de la sociedad del mercado ignorando los fenómenos de ruptura y de conflicto que surgen en un sistema puro en donde el individualismo, la libertad entendida en el sentido neoliberal y los derechos de propiedad se combinen de forma espontánea como elementos y fuerzas de distribución de la riqueza[25].

Estas son, sin duda, aportaciones interesantes que permiten desbrozar los elementos de crítica de la postura neoliberal. Pero, de todas formas, para una comprensión cabal de este enfoque, creo que esta crítica confluye en tres frentes destacados que pretendo analizar con más detenimiento: 1) la relación entre la actividad interventora y planificadora de los gobiernos y el sistema de mercado; 2) la cuestión de si la creciente asunción de funciones estatales conduce a una sobrecarga en sus actuaciones y, de aquí, se derivaría una ingobernabilidad generalizada en la sociedad democráticas; y 3) si realmente

---

[24] Offe, C., «Algunas contradicciones del moderno Estado del Bienestar», edic. de *Contradicciones en el Estado del Bienestar*, edic. de J. Keane, versión española de A. Escohotado, Madrid, Alianza Editorial, 1990, pág. 139.

[25] Msihra, R., *The Welfare State in crisis*, *op. cit.*, págs. 53 y ss.

el despliegue del Estado social ha supuesto una amenaza a la libertad. Estos tres temas, por tanto, parecen concentrar la atención de esa hostilidad neoliberal hacia el Estado social. Lo curioso es que, en su día, los argumentos favorables al mismo insistían en su labor rectificadora de las insuficiencias del mercado, su potenciación de los sistemas democráticos y de una mayor participación de los ciudadanos en el Gobierno y, además, el Estado social aparecía como el garante y la máxima expresión de la libertad individual. Por eso, cuando se estudia la postura neoliberal respecto al Estado social, muchas veces, lo importante no es tanto la certidumbre de su crítica, que, aunque parcial, parece acertar de pleno en muchos de sus comentarios, sino mostrar lo que no dice, sus silencios, y lo que olvida. Y precisamente lo que olvida es el pasado devenir histórico de un modelo que en los países occidentales ya ha sido probado y que muchos de los países llamados del Tercer Mundo soportan sus consecuencias en la actualidad. No se puede olvidar la historia. De este modo, la crítica externa resulta más apropiada para desenmascarar el trasfondo que subyace a la posición que estoy analizando.

A pesar de todo, el pensamiento neoliberal tiene una fe ciega en el despliegue de las fuerzas naturales en un sistema de libre mercado al considerar a éste como la forma más eficiente de organizar una economía. El juego económico debe organizarse de tal forma que dichas fuerzas operen libremente en un orden en el que impere la competencia entre unas y otras. El mercado aparece así como el modelo paradigmático de orden espontáneo en el que se plasman inmejorablemente los valores liberales de libertad, individualismo y reconocimiento de la desigualdad natural entre los hombres. En Hayek y, en general, en todos los neoliberales, el mercado se caracterizan no sólo por organizar eficientemente la economía, sino también por ser la mejor manera de obtener un conocimiento e información que, en principio, está dispersa y que es la base de las futuras transacciones, y de su éxito potencial. En él, se coordinan todos los esfuerzos sin existencia de coerciones o de limitaciones. Por ello mismo, es un sistema delicado y frágil, fácilmente perturbable por injerencias espúreas. Precisamente, la labor de los gobiernos ha venido a interferir y alterar ese orden metódico y espontáneo que es el mercado. De ahí, la acerada crítica al intervencionismo estatal no sólo porque sus actuaciones son ajenas al mismo, sino también porque, en ella, se evidencia fallos y, además, porque a la postre, a través de los gastos públicos se sustraen al mercado fuerzas necesarias para su desarrollo e impulso. Lo curioso del caso, en fin, es que, en su día, se justificó la labor intervencionista estatal como un mecanismo de rectificación de los fallos internos del mercado, las internalidades, cuando hoy precisamente lo que se critica es la existencia de

esas externalidades producidas por dichas actuaciones y que alteran al pulso natural del sistema. Se denuncia, por tanto, que en realidad, las disfunciones del mercado no surgen de la marcha espontánea de sus leyes, sino que aparecen ante las alteraciones producidas por elementos externos al mismo, esto es, por la actividad interventora de los ejecutivos. Por eso mismo, pretenden reducir el poder del Gobierno a las clásicas funciones de mantenimiento del orden y de la ley limitando sus competencias a la provisión de una estructura necesaria para el funcionamiento eficiente del mercado y de todo orden espontáneo. En todo caso, las actuaciones del Estado se justifican en aquellos casos en los cuales las relaciones de mercado o son costosas o son prácticamente imposibles. Y, en definitiva, cuando cumple un papel meramente paternalista.

A la vista de estos argumentos y de otros de semejante índole, la fortuna del Estado social es desoladora. Para las élites económicas y políticas, ciertamente, parece que se ha llegado a una situación en la que esta forma estatal ya no sirve una vez cumplido su papel inicial de apaciguar e integrar a las masas trabajadoras, además de impulsar el desarrollo económico y, por consiguiente, la obtención de beneficios durante unas cuantas décadas, por lo menos, en el contexto europeo. El Estado social, hoy, parece no constituir el mecanismo adecuado para el logro de beneficios. Y así, como apunta la crítica marxista, después de todo y si se fuera coherente con las premisas y no se olvidase la historia pasada, lo que muestra la quiebra del Estado social no es otra cosa que el fracaso de todo el sistema capitalista. Como afirma Wolfe, el sistema capitalista en la historia de los últimos siglos ha ido adaptando su estructura a medida que surgían conflictos sociales de forma que en la actualidad se ha llegado a un callejón sin salida, pues se ha quedado sin nuevas fórmulas que adoptar para salir de sus crisis sempiternas[26]. Por ello, en realidad, y eso no lo manifiesta la crítica liberal, si a algo debe a achacarse el supuesto fracaso al Estado social, probablemente, deba ser a la tendencia inherente del capitalismo a producir contradicciones entre los elementos de su estructura y a reproducir cíclicamente sus crisis.

Pero, aún más, la receta del pensamiento neoliberal para resolver esta encrucijada no evidencia demasiada imaginación. Son las de siempre: esto es, rebajar impuestos y demás cotizaciones públicas, dejar sectores de la economía en sus manos, liberalizar el mercado laboral, reformar la seguridad social hasta casi su desaparición. En fin, la receta puramente monetarista. Por ello, aunque la crítica al intervencionismo estatal en el sistema de mercado acierta en buena

[26] Wolfe, A., *Los límites de la legitimidad*, trad. T. Carbó, México, Siglo XXI, 1980.

medida al poner de manifiesto los crasos errores del Gobierno, no obstante, adolece de escasez de ideas cuando se trata de presentar medidas curativas. Se acude a las clásicas, a las que favorecen un incremento de la tasa de ganancia, que, por cierto, ya criticara Marx hace unos cuantos años. Y los efectos, en suma, ya son conocidos.

Por otra parte, la crítica neoliberal contra la actuación del Estado social puede tildarse de exagerada por cuanto olvida que, muchas de las medidas intervencionistas, se justifican precisamente porque tienden a promover una situación óptima para la obtención de beneficios. En efecto, es cierto que existe un sistema fiscal que promueve un reparto equitativo de la riqueza a través de cargas onerosas -impuestos, tasas, prestaciones sociales, etc.-, pero también es cierto que muchas de las medidas intervencionistas procuran exenciones fiscales a los inversores, incentivan ciertos sectores económicos frente a otros, suplen muchas de las carencias privadas en materia de infraestructuras, sanidad y educación que, sin esta labor, nadie cubriría. Y, finalmente, no es extraño, como así ha sucedido en casos muy particulares en nuestro país, que el dinero público subvencione los errores cometidos en la gestión privada de empresas fundamentales para la economía nacional cuyo cierre, a la postre, supone más un coste político, que el partido en el Gobierno difícilmente puede sortear, que económico. Empresas multinacionales, en definitiva, que, de esta forma, actúan a sabiendas de que, para la economía de un país, es mucho mayor el daño producido por su marcha que el originado por los efectos políticos de una subvención pública. Y, de esta forma, someten al Estado a un continuo chantaje.

La segunda de las críticas fuertes hacia el Estado social denuncia el estado de ingobernabilidad al que conduce la ejecución de los objetivos sociales y la provisión de bienestar para todos los ciudadanos. Se basa esta tesis, como ya se apuntó antes, en el progresivo crecimiento de las competencias que ha supuesto la emergencia del Estado social así como, paradójicamente, el aumento de las exigencias de la ciudadanía que cada vez más requiere al poder político un mayor número de actuaciones. De esta forma, y para cumplir con estas demandas, el Gobierno ve aumentar considerablemente los gastos públicos precisando más ingresos ya sean a través de una mayor presión fiscal, crecimiento de la deuda pública o cualquier otro tipo de mecanismo de recaudación que le ayude a suplir sus carencias. El problema surge cuando quedan patentes las limitaciones recaudatorias y, además, también las limitaciones en la dirección y gestión estatal de los recursos y en la planificación de sus proyectos. Cada vez se exige más al Estado y éste, por el contrario, se ve más impotente para cubrir todas las demandas eficazmente. Se dice, entonces, que el Estado está saturado y que no puede dar respuesta a

todos los problemas. De ahí el fundamento de la tesis de la ingobernabilidad. Basta con echar una mirada atenta a la conducción cotidiana de la vida política para percatarse de que lo que afirma la crítica neoliberal no está falto de razón. Que, ante tanta presión, el Estado parece impotente y resaltan más sus errores que sus aciertos. Además, la usurpación de competencias no sólo ha afectado a la eficacia del poder político, sino también al funcionamiento del mismo sistema político y de las instituciones democráticas. En este sentido, esta acusación pone de manifiesto la tendencia autoritaria y la subversión del sistema democrático que supone el ejercicio de un mayor número de funciones, puesto que para ello el poder político se ha servido de mecanismos espúreos a la democracia o, por lo menos, formalmente improcedentes en relación con los clásicos principios políticos de la democracia.

No obstante, y aunque dicha tesis pudiera ser cierta, la postura neoliberal y su respuesta final es falaz. De nuevo, hay que fijarse más en lo que no se dice explícitamente. En efecto, aunque, a todas luces, la gestión administrativa ordinaria parece sobrecargada, lo cierto es que de ahí no se deducen las consecuencias que pretenden defender. Es decir, frente a la evidencia de la sobrecarga estatal o de la ingobernabilidad no puede oponerse la tesis del «no gobierno» como reivindican ostensiblemente. Como el Gobierno no funciona, entonces, dejemos que las fuerzas naturales se desplieguen libremente en un sistema de mercado y sean ellas las que configuren la realidad. Frente al Gobierno ineficiente, el no Gobierno, esto es, la ausencia de un poder político que interfiera en el funcionamiento del mercado. Esto es, en definitiva, lo que defienden autores como Hayek cuando critica la idea de la justicia social y al socialismo en general como forma política. Y otro tanto puede decirse de Nozick y su «Estado mínimo», reducido a la más mínima expresión. O de la defensa no ya de la supresión de una sanidad o educación pública, sino, incluso, de sustraerle al Estado el monopolio de la fuerza, de la seguridad pública -con policías y cárceles privadas-, o de otras competencias como la edicción de moneda.

La falacia de esta postura consiste en presentar como única alternativa la reconducción de las competencias del poder político a las funciones asignadas al viejo Estado liberal. Sin embargo, ignora que hay otras soluciones menos drásticas. Empezando por la elaboración de una teoría sobre la «buena o correcta» gestión del poder político, de la gestión administrativa, y, por tanto, de la presentación de unas líneas maestras que permitan dirigir la actuación pública. Igualmente, otra aportación pudiera ser la de establecer con claridad los límites de la actuación estatal, de espacio asignado a la esfera pública, sin que, por ello, se propugne la pasividad gubernamental. Frente

a la maldad estatal cabe defender la postura de una reconducción de sus actuaciones dentro de unos límites prefijados. Más que la tesis del «no gobierno» es justificable una teoría que se plantee, ante las nuevas situaciones, una delimitación o redefinición de las funciones del Estado del futuro. En este sentido, parece más apropiado el inicio de una discusión pública que allane este camino. Sin lugar a duda, con la crisis del Estado y con la rápida emergencia del debate surgido tras la obra de Rawls ésta es una de las cuestiones que más se está tratando.

Igualmente, puede decirse que la crítica neoliberal ha llevado a cabo una apropiación injustificada de conceptos como el de democracia y de la libertad. Incluso, juegan con una excesiva idealización de ambas nociones. El caso de Hayek es, de nuevo, paradigmático. Ensalza hasta límites insospechados el principio de la libertad individual como piedra angular de toda concepción política y social de la ideología liberal y, luego, su teoría política se queda en la construcción de un sistema de democracia formal como si, desde el siglo XIX hasta la fecha, no hubiera sucedido nada. En efecto, la hipostasía el valor básico de la libertad como condición necesaria para preservar su presupuesto individualista. Aparece como un derecho natural al propio individuo que debe ejercer sin cortapisas ni restricciones. Por eso mismo, el concepto de libertad está íntimamente ligado a la ausencia de coerción que debe gozar el individuo en sus acciones y en la realización de sus proyectos vitales. En este sentido, el concepto clásico de libertad va unido al hecho de que el individuo, en su vida diaria, no debe tener más limitaciones que las naturales y las que se derivan de sus capacidades o habilidades personales. De ahí que, en consecuencia, las medidas del poder político sean contempladas como restricciones artificiales a la libertad natural del individuo. Por lo tanto, cortapisas sin justificación. Las decisiones de los gobiernos no son sino ataques continuos a esa libertad individual hipostasiada.

A la luz de esta premisa, el enfoque político de Hayek y de los neoliberales insisten en el papel de la democracia como la forma más adecuada para organizar la vida social. Primero de todo, aparece como una garantía y salvaguarda importante de la libertad individual en la medida en que, a través de los mecanismos jurídicos del Estado de Derecho, se protege los derechos y libertades básicos del individuo, especialmente, los civiles y políticos. Por el contrario, no se insiste en la especial protección de otro tipo de derechos. Con todo, la postura neoliberal, al vincular la libertad individual y democracia formal, adolece de una cierta ingenuidad ilustrada. En realidad, si se defiende el sistema democrático es porque es sólo una forma de resolver las diferencias pacíficamente y porque es la mejor manera

de educar correctamente a la ciudadanía en los valores del sistema. A la postre, no es extraño observar en algún grupo de neoliberales -y, de nuevo, hay que citar a Hayek- reticencias y poca confianza respecto, por ejemplo, a un principio tan importante para el sistema democrático como es la regla de las mayorías.

La justificación política del Estado social, por su parte, intenta una mayor profundización de estos principios ya señalados y no como se pretende su subversión. Sólo que la libertad individual debe ser sopesada con el principio de igualdad: todos los ciudadanos deben ser igualmente libres. Y la idea de una democracia formal como garante de derechos y libertades formales debe dar paso a una democracia material que posibilite el igual ejercicio para todos de esos derechos y libertades, lo que resulta imposible, en consecuencia, sin una potenciación del principio de igualdad. La libertad sin igualdad sería un concepto vacío. De ahí la necesidad de que el gobierno dirija la vida económica y procure el logro del mayor bienestar general.

5. Observación final: sobre los nuevos modelos neoliberales del Estado

Offe, al concluir su análisis acerca de los ataques y críticas al Estado del Bienestar, apunta lo siguiente: «mi pretensión es que los dos argumentos clave del análisis liberal-conservador son válidos en amplia medida, al revés de lo que a menudo argumentan críticos de la izquierda. El principal defecto que veo en este análisis se relaciona menos con sus afirmaciones explícitas que con aquello que omite considerar»[27]. Es decir, que el fallo de estos críticos reside en sus silencios y no en lo que critica. En particular, según Offe, no explicitarían dos elementos importantes en toda teoría política: la cuestión de definir el modelo o meta coherente y practicable y la cuestión de identificar las fuerzas y estrategias que deben impulsar la transformación de la sociedad. En ambos casos, la crítica neoliberal y, en particular, los partidos políticos que la abanderan fracasarían. En el primer caso, por cuanto no está demostrado que «capitalismo avanzado menos Estado del Bienestar» fuese un modelo operativo. Y, en el segundo, porque resulta difícil identificar esas fuerzas transformadoras. O como afirma: «resulta extremadamente duro hoy en Europa occidental concebir una estrategia política prometedora orientada a eliminar siquiera parcialmente los componentes institucionalmente

[27] Offe, C., «Algunas contradicciones del moderno Estado del Bienestar», en *Contradicciones en el Estado del Bienestar, op. cit*., pág. 141.

establecidos del Estado del Bienestar, por no hablar de su total abolición».

Con ser una opinión certera con la que, en líneas generales, estoy de acuerdo, no obstante, no está del todo claro que estos dos argumentos se ajustan realmente al panorama actual del pensamiento neoliberal. En primer lugar, resulta harto controvertido afirmar que este enfoque no presenta modelos teóricos contrastables. De hecho, basta con mirar la literatura política para percatarse de la vigencia del pensamiento liberal en la actualidad, aunque, por supuesto, habría que empezar por aclarar una serie de conceptos y de definiciones. Otra cosa es que sean modelos esgrimibles o coherentes y con los que se pueda estar de acuerdo. Sin duda, por centrarnos en el pensamiento liberal más retrógrado, no resulta muy clarificador negar la validez, como modelos teóricos, a las obras de Nozick o de Buchanan. Y, probablemente menos todavía al, por utilizar conceptos del profesor E. Díaz, liberalismo social de un Rawls. Igualmente, resulta bastante comprometida su afirmación sobre la ausencia de fuerzas que impulsen políticamente los cambios para realizar dichos modelos. Por lo menos, en el plano de posibilidades futuras, no se puede rechazar que dichos modelos neoliberales puedan ser practicables si en un momento dado se produce una transformación política radical. No hay más que echar un vistazo a la situación política de algún país europeo no muy lejano al nuestro para ver que es posible. Por otra parte, sus comentarios se centran en exceso en el área del capitalismo tardío de Europa occidental y parece olvidar al resto del planeta en donde sí que puede contemplarse la plasmación de estos modelos y sus efectos económicos y sociales, lo que viene a demostrar sus posibilidades reales.

En realidad, el problema central de la discusión política actual debería girar, como el propio Offe reconoce y sobre lo que se sustenta de hecho su análisis del pensamiento neoliberal, consiste en la irreversibilidad o no del Estado del Bienestar en aquellos sitios donde se ha implantado una estructura y unas prácticas políticas tendentes a asegurar la provisión de bienestar social para todos los ciudadanos. Es decir, la cuestión no será tanto si existen modelos o estrategias políticas a seguir como el hecho real de si cabe una vuelta atrás el viejo Estado liberal. En este punto, es factible lo que dice Offe cuando afirma que el Estado del Bienestar se ha convertido en una estructura irreversible, cuya abolición exigiría nada menos que la abolición de la democracia política y los sindicatos, así como cambios fundamentales en el sistema de partidos. No se vislumbra como factor significativo una fuerza capaz de suscitar cambios tan dramáticos, incluso tomando en cuenta movimientos populistas de clase media y orientación derechista que brotan ocasionalmente en algunos

países». Y, en este punto, es donde falla el ataque neoliberal al Estado social. Al menos, en los países donde éste ha tenido una implantación duradera.

BIBLIOGRAFIA

Abendroth, W.; Forsthoff, E. y Doehring, *El Estado social*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

Ackerman, B. A., *Social Justice in the Liberal State*. New Haven/London, Yale Univ. Press, 1980. Traducción española de C. Rosenkrantz, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Bell, D., *El advenimiento de la sociedad post-industrial*. Madrid, Espasa Calpe, 1980.

Díaz, E., *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Madrid, Editorial Debate, 1984.

García Cotarelo, R., *Del Estado del Bienestar al Estado del Malestar*. Madrid, CEC, 1986.

García Pelayo, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid, Alianza, 1982.

George, V. y Wilding, P., *Ideology and Social Welfare*. London, Rotledge, 1985.

Hayek, F. A., *Camino de servidumbre*. Madrid, Alianza Editorial, 1978.

- *Los fundamentos de la libertad*. Madrid, Unión Editorial, 1978.

- *Derecho, Legislación y Libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*. Madrid, Unión Editorial, 1978.

Kern, L. y Muller, H. P., comps., *La justicia: ¿discurso o mercado?,* trad. J. Malem, Barcelona, Gedisa, 1992.

Lepage, H., *Mañana el liberalismo*. Madrid, Espasa Calpe, 1982.

Mishra, R., *The Welfare State in crisis*. Brighton, Harvester, 1983.

Nozick, R., *Anarchy, State and Utopia*. New York, Basic Books, 1974.

Pico, J., *Teorías sobre el Estado de Bienestar*. Madrid, Siglo XXI, 1987.

Rawls, J., *Teoría de la Justicia*. Trad. de M.ª Dolores González, Madrid, FCE, 1979.

Rubio Lara, M.ª Josefa, *La Formación del Estado Social*. Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

UNA DEFENSA DE LA OBLIGACIÓN POLÍTICA

En los últimos años ha llegado a ser un lugar común la tesis de que no existe una obligación moral de obediencia al Derecho. Esto es, que no existen razones «independientes de su contenido» para hacer lo que el Derecho exige, aun en el caso de un sistema jurídico razonablemente justo y legítimo[1]. Todas las discusiones que conozco al respecto parten del presupuesto (dado por autoevidente) de que el Derecho exige obediencia, y se articulan en torno a las razones morales que el individuo puede esgrimir, frente al Derecho, para excusar esa obediencia[2].

En mi opinión, un cuidadoso análisis del concepto «obligación de obediencia», u obligación política, que emplearé aquí como sinónimos[3], puede llevarnos a la conclusión de que, en sistemas jurídicos de cierto tipo (en concreto, los de carácter democrático) sí existe una obligación de obediencia, predicable de todas las normas pertenecientes al sistema que exigen (o prohíben) un determinado comportamiento. Esto no quiere decir que debamos obedecer todas las normas, sea cual sea su contenido[4]. Este matiz reviste, a mi juicio,

---

[1] Así lo reconoce Bayón (1991a), págs. 696-97. La lista es interminable: M. B. E. Smith, R. Wasserstrom, R. P. Wolff, R. Sartorius, R. Dworkin, J. Ladd, A. J. Simmons, W. Nelson, J. Feinberg, J. Raz, A. Goldman, D. Regan, y, entre nosotros, F. González Vicén, J. Muguerza, M. Gascón y J. C. Bayón, por ejemplo. La posición opuesta ha sido recientemente defendida por A. Peczenik: «Dimensiones morales del Derecho», *Doxa* 8 (1990), págs, 89 y ss.

[2] Vid Bayón (1991a), págs, 602 y ss., en concreto págs. 623-31, discutiendo la presunta existencia de un «derecho a mandar» correlativo a una «obligación de obedecer».

[3] R. Dagger y Th. McPherson han expresado algunas dudas al respecto, pero la postura que sostengo en el texto es generalmente aceptada.

[4] Este distingo pasa desapercibido a muchos autores, y es causa de no pocos equívocos: tener una obligación política implica sólo que existen algunas razones, de un tipo específico, para obedecer (todas) las normas de ciertos sistemas jurídicos (no de otros); y que estas razones pueden ser sobrepujadas («overridden») por otras razones.

una importancia trascendental. En este artículo pretendo sentar las premisas del análisis al que aludía arriba, revitalizando la ya clásica noción de «obligación política» frente a sus críticos.

A) La obligación política es, ante todo, una forma o modalidad especial de obligación; y una obligación es una exigencia («requirement»). Las obligaciones son limitaciones a nuestra libertad, que deben ser aceptadas y cumplidas («discharged») independientemente de nuestros deseos e inclinaciones[5]. Esto apunta al hecho de que las obligaciones se relacionan con la coerción o la presión sobre el libre actuar del individuo: la presión puede ser psicológica, moral, social, religiosa, jurídica, pero sin este elemento veo difícil hablar de «obligación».

Así pues, decir que «A tiene la obligación de hacer x» significa, en primer lugar, que la acción x es *exigible* del sujeto A. Esta exigibilidad supone que:

- Hay buenas razones para hacer x.
- No las hay (o son menos relevantes) para no hacer x.
- Hay buenas razones para exigir que A haga x.
- Existen principios o reglas que justifican esa exigibilidad (Hart, 1974a, págs. 102 y ss.; Brandt, 1982, págs. 412 y ss.; Bayón, 1991a, págs. 434-36).

La obligación es una guía o pauta de conducta: cumplir nuestras obligaciones es algo que determina nuestro curso de acción. Sin embargo, no existe una única convención sobre el correcto empleo de este concepto, lo que ha dado lugar a debates teóricos. Se ha señalado, por ello, que el concepto de «obligación» admite ser empleado con diferentes sentidos. La primera y más destacada distinción que según creo debemos hacer se establece entre un uso o sentido estricto (paradigmático), y un uso o sentido amplio (extendido) de obligación. El primero la configura como un tipo específico de requerimiento, como una modalidad de exigencia que reviste ciertas características formales[6]. El segundo cubre todo el campo de la moralidad y del

[5] Cfr. Hart (1974a), págs. 87 y ss.; Hart (1977), págs. 19 y ss.; Feinberg (1980), págs. 136 y ss., Simmons, págs. 7 y ss. Similar postura en Richards, Gauthier, Lemmon y Brandt.

[6] En concreto, las obligaciones presuponen la existencia de normas y reglas sociales: sin ellas, carece de sentido afirmar que «x es obligatorio». Algunas obligaciones son voluntarias, y otras dependen de mandatos formulados por una autoridad (obedienciales): cfr. sobre esto Neil MacCormick: «Obligaciones voluntarias», en *Derecho legal y socialdemocracia.* Madrid, Tecnos, 1990, págs. 155 y ss.

razonamiento práctico[7]. Una distinción similar es conocida por los juristas: un concepto estricto de obligación, típico del Derecho Civil, que relaciona a un acreedor con un deudor en tomo a una prestación debida; y otro amplio, que se confunde con el de deber jurídico.

Richard Brandt realizó un análisis minucioso de estos dos usos. Para él, hay dos contextos lingüísticos que sugieren el uso paradigmático de obligación: el de las promesas y pactos, de un lado, y el de la aceptación de beneficios. Los rasgos o facetas que caracterizan este uso estricto son:

- Se requiere o exige un acto o conducta específica de una persona concreta.
- Dos partes entran en relación: el acto exigido a una parte se entiende en favor o beneficio de la otra.
- Una transacción o conducta anterior es la fuente original de dicha relación (Brandt, 1964, págs. 385-87).

Por contra, el uso extendido de «obligación» tiende a hacer este término sinónimo de «deber», y a proyectarlo sobre toda la esfera de la moralidad: es obligatorio hacer todo aquello que es correcto, y lo correcto es cumplir con nuestras obligaciones. Este sentido es el que emplean autores como Kurt Baier (1970, págs. 132-33), P. H. Nowell-Smith (1977, pág. 200), Bernard Williams, Donald Regan y A. B. Crawford. Para Baier, por ejemplo, decir que «A tiene la obligación de hacer x» es idéntico a «A debe hacer x». «Obligación» es el nombre lógicamente correlativo a lo «moralmente debido»[8].

Sin embargo, esta postura es minoritaria en la filosofía política anglosajona. La corriente más influyente propuso trazar una distinción entre «tener una obligación» y «deber hacer», insistiendo en la dinámica peculiar de la primera[9].

La lista de autores que han distinguido entre «obligación», de un lado, y «deber» y otros tipos de enunciados normativos, de otro, es amplísima[10]. Estos autores defienden un concepto estricto de «obligación»

---

[7] La distinción aparece por primera vez con claridad en Whiteley (1985: ed. orig. 1952/53). Vid. asimismo John Ladd: «The Distinctive Features of Obligation Statements», en *Journal of Philosophy* 53 (1956), págs. 653-662.

[8] Baier señala, como corolario de su tesis, que la noción de «obligación» es siempre moral, y va ligada a la noción de «bien», Baier reconoce que éste es un uso más amplio que el habitual, pero considera que es el uso que moral y políticamente reviste más relevancia.

[9] Es curioso observar que, a menudo, esta tesis ha sido defendida desde una perspectiva propia de la filosofía analítica: la necesidad de preservar distinciones conceptuales que se dan en el lenguaje ordinario, de no confundir términos, de definirlos de forma precisa y muy cuidadosa... Pero, como indicaré, esta operación aparentemente depuradora del lenguaje y, por ello, neutral, tiene una cierta relevancia moral y política.

[10] Entre otros formulan la distinción C. H. Whiteley, H. L. A. Hart, J. Feinberg, John Rawls, E. J. Lemmon, G. J. Warnock, D. A. J. Richards, R. Sartorius, D. Gauthier,

porque creen que éste preserva diferencias semánticas y contextuales importantes, que una noción amplia pasaría por alto. No trazar la distinción entre «obligación» y «deber» representa una carencia teórica: ambas nociones expresan segmentos distintos de la moralidad, se refieren a tipos distintos de conducta y no agotan todo el campo del razonamiento práctico (Hart, 1974a, pág. 89, nota 7; también Dagger, 1977, pág. 86, y Sartorius, 1969, págs, 69-70).

El elemento que más resalta a la hora de formular el concepto estricto de «obligación» es que no coincide con «lo que moralmente debe hacerse, considerados todos los factores». Así, en ciertos casos, podremos expresar un conflicto o dilema moral[11] diciendo: «debo no hacerlo, aunque estoy obligado a hacerlo», y esto no es contradictorio o paradójico. Sencillamente, estamos haciendo referencia a rasgos normativos diferentes, y no a formas diferentes de decir lo mismo (Peña, 1991, págs. 48 y ss.; Hart, 1974a, pág. 99; y Lemmon, 1962, págs. 150-52). Cuando decimos a alguien que «A tiene la obligación de hacer x», siendo x un acto particular, normalmente le estamos informando sobre las relaciones y situación de A, y le expresamos que A tiene, en concreto, razones para realizar el acto x. O, dicho de otro modo, que x es un caso de un acto genérico que se considera *debido* (por razones específicas) en una evaluación *incompleta* de dicho acto individual (Bayon, 1991a, págs. 383 y ss.). Pero cuando le decimos a A que «debe hacer x», le estamos dando una guía o pauta de conducta concluyente[12], diciéndole que las razones más fuertes para actuar aconsejan hacer x, como resultado de un balance entre todas las consideraciones en juego, acudiendo al uso prescriptivo del lenguaje[13]. Esto no quiere decir que siempre exista una única respuesta moralmente correcta a cada conflicto moral.

Formular un juicio de «deber», con relación a actos individuales, supone dar una instrucción o un consejo para guiar la conducta de una persona: implica efectuar un juicio moral sobre los actos de otros, evaluándolos y ofreciendo una razón definitiva para realizarlos (Sartorius, pág. 70). Sin embargo, los enunciados de «obligación» pueden emplearse con sentido descriptivamente, como sinónimos de responsabilidad o exigencia,

---

R. Dagger, J. R. Searle, A. J. Simmons, R. Flathman, H. Beran, A. R. White, A. Sesonske... Incluso autores críticos con la filosofía política liberal, como Pateman, aceptan la distinción, que por otra parte ha sido recogida en España por Jorge Malem, Rafael de Asís y Gregorio Peces-Barba.

[11] Asumo aquí como cierto que estos dilemas existen, son reales, en la línea de G. J. Warnock, B. Williams, J. R. Searle, T. Nagel, Ch. Taylor o J. Raz.

[12] «Concluyente» por oposición a «prima facie», concepto que me parece innecesario: ver los trabajos de Shope, MacCloskey, Searle, Atwell y, entre nosotros, de Bayón.

[13] Cfr. Simmons, págs. 8-9; Feinberg (1961), págs. 277-79; y Dagger, pág. 87.

informando al oyente de lo que una institución requiere, y sin adherirse a ellas ni formular un juicio de «deber final» (Feinberg, 1961, pág. 278; Brandt, 1964, pág. 380; Gewirth, 1970, págs. 59-61; y Dagger, pág. 87, nota 5). En estos casos, se trata de enunciados descriptivos que expresan proposiciones normativas. Por lo tanto, es posible diferenciar los enunciados de «obligación» de carácter descriptivo de los que poseen carácter prescriptivo. Sobre esto volveré más adelante[14].

B) Se ha indicado (por Flathman, siguiendo ideas de Fuller) que los enunciados de «obligación» son típicos de la moralidad reglada, por oposición a la moralidad de la aspiración o del ideal. ¿Qué rasgos o elementos específicos caracterizan estos enunciados? Se pueden enumerar, entre otros, los siguientes:

- *Toda obligación supone un límite o restricción a la libertad de las personas, una restricción que presupone la existencia de ciertas prácticas sociales definidas por normas o reglas.* Estas reglas se apoyan, al menos parcialmente, en la posibilidad de imponer sanciones por su incumplimiento: la infracción de las obligaciones justifica, o al menos explica, el recurso a la coerción. La idea de un constreñimiento o presión no es inapropiada, sino que se amolda bastante bien a lo que queremos expresar con este término (Hart, 1977, págs. 28-29; Ladd, 1970, pág. 14; Gauthier, 1963, capít. XII; y Asís, 1991, págs, 119, 122 y ss.).

---

[14] Si acudimos a la etimología, no hay dificultad en deslindar los conceptos de «obligación» y «deber». Ambas palabras son de raíz latina, y en su origen no parece que exista conexión inmediata entre ellas. Además, y este dato es muy revelador, «obligatio» es originariamente un término jurídico específico, referido a las relaciones contractuales (así la expresión «Derecho de Obligaciones», muy extendida y apropiada). Desde el Derecho Romano se llama «obligación» a una relación jurídica por la que una persona (acreedor) tiene derecho a exigir de otra (deudor) una determinada prestación, hallándose amparado este derecho por una «actio in personam». Por otro lado, cabe indicar que las construcciones sintácticas y los contextos en que éstas surgen son distintos en ambos casos. Frases como «estoy obligado a hacer x» o «me vi obligador a hacer x» hacen referencia a una situación, una posición especifica, una relación creada en un momento dado, y que puede desaparecer con nuestros actos. Si bien «tener una obligación» y «tener un deber» pueden usarse como sinónimos, prefiero reservar el término «deber» (sustantivo) para contextos en los que pueda emplearse también el verbo «deber»: vid. Uberto Scarpelli: «Dovere morale, obbligo giuridico, impegno politico», *Rivista di Filosofia* LVIII (1972), reimpreso en *L'etica senza veritá,* Bolonia, Il Mulino, 1982, págs. 165-75. Rafael de Asís (1991), págs. 86 y ss., distingue entre DEBERES (siempre morales), OBLIGACIÓN moral y OBLIGACIÓN jurídica, siendo ésta un claro ejemplo de obligación no-moral o, como indico más adelante, institucional.

- *Toda obligación arranca de un hecho anterior, de una acción realizada previamente*, y se delimita y define por ese hecho, más que por su propio contenido. «Tener la obligación de hacer x» es un estado de cosas, una situación, originados por la comisión o realización de un determinado acto (Hart, 1974a, págs. 95-100; Simmons, pág. 14; Sartorius, págs. 70-71; Lemmon, pág. 141; Dagger, pág. 87). Este aspecto nos conduce a otro de los rasgos típicos de las obligaciones: *son creadas por los individuos, y pueden desaparecer al ser cumplidas.* Una obligación hace que actos moralmente indiferentes sean, ahora, moralmente exigibles. Se pueden crear o aceptar con cierta libertad, pues son ejemplos de «virtud artificial»: los individuos pueden asumir obligaciones o generarlas desde un principio[15].

Los ejemplos clásicos de obligaciones, como las promesas, los pactos, y los contratos, eran, a su vez, ejemplos de obligaciones voluntarias: el individuo que se obliga lo hace porque quiere, libremente, con contrapartidas o no, pero a partir de un acto de su voluntad. Existen otros contraejemplos, sin embargo, que deben hacernos reflexionar: quien causa daño a otro por negligencia, involuntariamente, tiene la obligación de reparar el daño (existe un acto que es causa de la obligación, pero no fue voluntario); quien ha recibido un beneficio relevante por parte de otra persona tiene una obligación de reciprocidad para con su benefactor, independientemente de otras consideraciones (vuelve a existir un acto concreto que es causa de la obligación, pero no necesariamente voluntario). A la vista de estos supuestos, creo que *es incorrecto exigir que las obligaciones nazcan siempre de actos voluntarios.*

- *Es la naturaleza de la transacción o de la relación lo que hace que surja la obligación, y no la naturaleza del acto o conducta requeridos.* La obligación nace de la posición de la persona obligada, del contexto en que se encuentra, que es el que explica la existencia del vínculo obligacional[16]. Las obligaciones son ejemplos de «virtud artificial», son convenciones de la moralidad positiva, por las cuales, en virtud de ciertos actos previos, un

[15] Ladd, págs. 9-10; Pateman, 1979, pág. 31; Peña, 55-57. Es sobre todo por este rasgo que los dilemas son reales: una misma persona puede realizar actos contradictorios e incurrir en obligaciones conflictivas.

[16] Esto es lo que John Ladd denomina «opacidad» de las obligaciones: exigen actuar con independencia de la naturaleza moral de los actos requeridos. Además, Ladd considera que las obligaciones son «totales»: el acto exigido debe realizarse en su integridad, sin poder realizar sólo algunos aspectos de la obligación.

determinado acto x pasa a ser exigible (Ladd, págs. 16-17, Simmons, pág. 15; Sartorius, pág. 71; y Asís, págs. 84-86).

- *Toda obligación es relacional,* es un requerimiento que liga a unas personas con otras. Fuera de un entramado de relaciones interpersonales no puede hablarse, en rigor, de «obligación». Esta se debe por una persona a otra persona, esto es, está limitada en su alcance a ciertos individuos (Ladd, págs. 11-13; Simmons, pág. 14; y Dagger, pág. 87).

Por este motivo se puede decir que las obligaciones generan *derechos* correlativos en otras personas[17]. Al incurrir en una obligación, el sujeto obligado determina el nacimiento de un derecho recíproco en el obligante, un derecho referido al cumplimiento en sus justos términos del acto objeto de la obligación (Hart, 1974a, págs. 89 y ss., y nota 7; Feinberg, 1980, pág. 131; Benn/Peters, 1984, pág. 100; y Simmons, págs. 14-15).

- Las obligaciones pueden ser morales o no-morales, y en ambos casos con los caracteres arriba indicados. Por un lado, el término «obligación» puede ser usado correctamente desde un punto de vista prescriptivo o normativo, y en concreto desde un punto de vista moral; por otro, si bien todos los usos hacen referencia a un requerimiento práctico, es perfectamente posible que quien habla de «obligaciones» las considere en su aspecto descriptivo, factual, sin formular juicio alguno de valor ni adherirse a las reglas que rigen la obligación (Asís, págs. 74 y ss.). Brandt ha hablado de usos morales y no morales de los términos «deber» y «obligación», con especial referencia a los ejemplos del lenguaje ordinario (Brandt 1964, pág. 380); Gerwirth ha señalado, desde una perspectiva más general, que estos términos pueden tener usos descriptivos y usos prescriptivos (Gewirth, pág. 61).

---

[17] La discusión sobre las relaciones entre derechos y obligaciones es larga (Bayón, 199 la, págs. 434-44). La «tesis de la correlatividad» es, a mi juicio, correcta, con estos matices:

- Caben excepciones a la regla general, pero se trata de casos peculiares o atípicos.
- Los derechos son originales o prioritarios: porque existe un derecho surge una obligación, y no al contrario.
- Sólo estamos hablando de obligaciones y derechos *especiales,* por contraposición a los deberes y derechos generales.
- Todas las obligaciones generan derechos, pero no a la inversa, si se admite la existencia de derechos positivos generales. Ver Ernesto Garzón Valdés: «Los deberes positivos generales y su fundamentación», *Doxa* 3 (1986), págs. 17-33.

Sin embargo, todos los usos posibles de «obligación» tienen en común la referencia a un requerimiento o exigencia práctica, como indicábamos al principio. ¿Qué queremos decir al mencionar la posibilidad de un uso descriptivo de la palabra? En primer lugar, que de los rasgos arriba descritos no se desprende que la obligación tenga un contenido moral por definición: un deudor tiene una *obligación* para con su acreedor, desde un punto de vista jurídico, pero no se trata de un requerimiento moral; «debe» reembolsar o devolver una suma de dinero, pero ese «debe» no es moral. En segundo lugar, y más interesante para mi análisis, «tener una obligación de hacer x» no es sinónimo de «deber hacer x», ni lo implica. Un juicio de «deber» es el producto final de una deliberación práctica, de sopesar razones de todo tipo en pro y en contra de una determinada acción: es un juicio conclusivo o determinativo, que establece la conducta a seguir (Simmons, pág. 9; y Feinberg, 1961, págs. 278-79). En cambio, tener una obligación de hacer x es, siempre, una razón para hacerlo, pero no concluyente ni final, y puede verse contrarrestada (sobrepujada) por otras razones[18].

C) Para Joseph Raz, las reglas obligatorias son consideradas por quienes las siguen como razones de primer y de segundo orden, simultáneamente (Raz, 1986, págs. 238 y ss.). Las razones de primer orden son razones sustantivas, pautas o guías para la acción, que permiten explicarla y, asimismo, evaluarla: nos valemos de razones-guía para juzgar la racionalidad del agente. Sin embargo, las razones de segundo orden son razones de actuar por otra razón (de primer orden): el agente se comporta de cierta forma porque había hecho una promesa, porque firmó un contrato, etc.

Dentro de las razones de segundo orden, las más interesantes serían las *razones excluyentes.* Estas son razones para contenerse de (o evitar, o abstenerse de) actuar por otras razones. Esto es, el agente toma en cuenta una razón que, a su juicio, le veda la posibilidad de

[18] La relación entre «tener una obligación» y «deber hacer» se ve más claramente si vemos que ambos términos operan en niveles distintos del razonamiento práctico (Peña, págs. 53-56). Un deudor tiene una obligación de saldar su deuda y satisfacer a su acreedor, cumpliendo el contrato que suscribieron; pero sólo podremos inferir que «debe» actuar así si partimos del principio general «se deben respetar los contratos», y no existen excepciones, en este caso, al principio general. Igualmente, quien ha prometido hacer X tiene, sólo por ese motivo, una obligación, y una buena razón para hacer X, en base al principio moral general «se debe cumplir las promesas». Pero pueden darse razones morales de mas peso para no hacer X, y ése será el comportamiento éticamente debido y correcto. En este último caso, no desaparece la obligación promisoria, sino que permanece, entra en juego, y es desbordada por razones morales de grado o valor superiores.

sopesar otras razones sustantivas: quien ha hecho una promesa no ha de valorar la utilidad concreta de cumplir lo prometido, etc.[19]. Para Raz, las normas obligatorias son un ejemplo, habitualmente, de razones excluyentes (Raz, 1986, págs. 262-63)[20].

Por el contrario, y siguiendo la línea del razonamiento anterior, creo que las obligaciones no tienen esa fuerza excluyente en todos los casos. Es claro que un agente moral racional debe tomar en cuenta las consecuencias del cumplimiento de una obligación en casos límite; y también que, en estos supuestos, la acción razonable y correcta puede ser el incumplimiento de la obligación. Las obligaciones, para ser vinculantes, deben conformarse dentro de los límites impuestos por otros principios generales del razonamiento práctico. La fuerza prescriptiva de una obligación decae si lo requerido choca con esos principios o razones; las obligaciones no llegan al extremo de contradecir las exigencias ordinarias de la moralidad.

Aun admitiendo, por tanto, que las obligaciones sean razones de segundo orden para actuar, con una forma y un carácter especiales, parece dudoso que sean razones excluyentes. Siempre pueden darse razones sustantivas, de primer orden, para actuar de otra forma (Ladd, págs. 15-16; y Simmons, págs. 8 y 15). La cuestión revela su interés práctico si observamos el siguiente texto de Raz:

> «Las personas a menudo creen tener una (razón excluyente) para seguir las normas estipuladas por la autoridad, cualquiera que sea el equilibrio de las razones que puedan aplicarse a tal situación. Piensan que estar sometidas a la autoridad, significa precisamente esto. Significa que deben obedecer a la autoridad, aun si está equivocada. No está sometiéndose a la autoridad el que hace lo que de todos modos tiene razones para hacer» (Raz, 1986, pág. 264).

Este texto es muy sugestivo, porque nos enfrenta directamente con las consecuencias a que puede llevar, en la realidad, un planteamiento teórico aparentemente muy formal y abstracto. En efecto, si todas las obligaciones fueran razones excluyentes, la obligación de

---

[19] Para una crítica del concepto de «Razón Excluyente» ver Bayón (1991b), donde se realiza una rigurosa crítica del aparato conceptual raziano, y se propone reemplazar la noción de «razón excluyente» por la más precisa de «razón independiente del contenido».

[20] Ver también Finnis (1980), págs. 233 y ss., donde se realiza un análisis de «autoridad» en términos similares. Finnis, como Bayles y Soper, prefiere hablar de «potestad» y «sujeción» para explicar el fenómeno de cómo los ciudadanos pueden hacer dejación de su juicio moral individual a la hora de respetar o acatar las directivas (excluyentes) emanadas de una autoridad política.

obediencia al Derecho también lo sería, con la consecuencia de que el cumplimiento de las normas jurídicas sería una exigencia moral incondicionada, independiente del contenido concreto de cada disposición: el hecho de que una conducta estuviera prescrita jurídicamente «cancelaría» parcialmente el juicio moral particular sobre ella[21].

Sin embargo, hay contextos donde la idea de una «obligación excluyente» cobra más fuerza. Aunque los ciudadanos carezcan de una obligación de este tipo no es descabellado postular que sí exista tal obligación para algunos funcionarios o cargos públicos, e incluso para los jueces[22]. Pongamos un supuesto: un juez tiene que decidir un litigio, y existe una norma N aplicable al caso que él considera injusta e inmoral. Si aceptamos la unidad del razonamiento práctico, y analizamos el dilema *desde la perspectiva de su conciencia individual,* la aplicación de N conduce a resultados inaceptables: o bien acepta implícitamente, como razón justificatoria última, algún principio del tipo «debo aplicar el Derecho» (y no existe conflicto); o bien puede incurrir en inconsistencia pragmática: creer que no debe aplicar N y aplicar N (Bayón, 1991a, págs. 730 y ss.; Goldman, 1980, págs. 15-20). Sin embargo, si, en un planteamiento externalista, nos planteamos qué le es moralmente *exigible* por parte de sus conciudadanos, cuál es el contenido de su compromiso como juez, podemos concluir que tiene una obligación moral de aplicar N[23].

D) Las conclusiones de este análisis conceptual son, a mi juicio, bastante interesantes en lo tocante al tema de la obligación política. Sostener que las relaciones del ciudadano con su Gobierno son, básicamente, relaciones de obligación (política) es sostener que esas relaciones poseen los rasgos arriba apuntados. Y, en efecto, la filosofía política liberal suele sostenerlo:

- La obligación política es una limitación a la capacidad y a la libertad de acción de los individuos. Las normas compelen a éstos a

[21] Raz cree que no existe obligación de obedecer el Derecho (Raz, 1982, págs. 289 y ss.; Raz, 1983, pág. 391), a mi juicio por su caracterización de las obligaciones como razones canceladoras, pues una obligación excluyente de obediencia no es defendible: Bayón (1991a), págs. 635 y ss.

[22] Por ejemplo, el art. 55 del Decreto de 27-VII-1943 establece las obligaciones de los Abogados del Estado: no se trata de reflejar una práctica profesional, sino de un enunciado normativo que establece genuinas obligaciones institucionales y les vincula realmente en su conducta.

[23] En el ejemplo, tampoco vale «suspender» el juicio individual, pues el juez tiene que decidir, y una inhibición es ya una forma de resolver el litigio. Yo creo que el juez, máxime en un sistema democrático, tiene una razón excluyente para aplicar N (Derecho válido) y abstenerse de aplicar sus criterios particulares de moralidad. Le es exigible que «suspenda» en cuanto juez su juicio moral individual y cumpla con sus funciones como aplicador del Derecho.

actuar de un modo determinado, y les incapacitan para obrar de otro modo sin incurrir en un ilícito. Las normas están amparadas en el poder coercitivo del Estado (Raphael, 1983, págs. 81-82).

- La obligación política surge de las exigencias de una situación concreta: nuestra pertenencia a una comunidad nacional. La convivencia en un marco social determinado hace necesario utilizar el mecanismo del Estado (de ese Estado) para cumplir cualquier fin que consideremos deseable. Ese vínculo con nuestra comunidad nacional *(ciudadanía)* es la base de la obligación política (Raphael, págs. 121-22).
- La obligación política es relacional, liga a dos partes: autoriza a los funcionarios y gobernantes a dar órdenes, tomar decisiones, etc., y coloca a los restantes ciudadanos en la obligación de obedecerlas o respetarlas. La obligación de obediencia se corresponde con el derecho que poseen las autoridades a dictar normas (Simmons, págs. 196-97; Raphael, pág. 86; Benn/Peters, págs. 345-46).
- La obligación política nace de actos propios de los ciudadanos, y en concreto, del consentimiento. El Gobierno deriva sus poderes del consentimiento de sus súbditos, de su aprobación o autorización[24].
- La obligación política es relativamente independiente de su contenido, u «opaca». Si el sistema de Derecho del Estado, considerado globalmente, merece nuestra aprobación, generando una obligación política, «existe un convención de que las decisiones de detalle deben aceptarse como vinculantes». Esto es, la obligación se extiende a todas y cada una de las normas o políticas del Gobierno, sin excepción: el deber de aceptar y acatar la autoridad es un deber de actuar conforme al juicio de un tercero, incluso en contra del nuestro (Raphael, pág. 123; Benn y Peters, pág. 379).

Por otro lado, aceptar el concepto restringido de «obligación» tiene consecuencias algo diferentes, que no pueden soslayarse, y que abren una vía de crítica a la teoría ortodoxa de la obligación política:

- La obligación política puede no revestir un carácter moral,

[24] Al menos desde Hobbes («no hay obligación de hombre alguno que no surja de un acto suyo») y Locke la filosofía política liberal ha considerado el consentimiento, expreso o tácito, de los gobernados como la única fuente de autoridad política legítima. La posición más radical al respecto es la de Thoreau. En mi Tesis Doctoral, inédita, Capít. III, he criticado ampliamente la Teoría del Consentimiento.

pues hemos visto que no todas las obligaciones poseen ese carácter. Para definir la obligación política como «obligación moral» será preciso dar razones sustantivas en pro de esta tesis, y esclarecer en qué casos la obligación política es verdaderamente una obligación moral[25].

- La teoría de la obligación política no nos ofrece una respuesta terminante a la pregunta: «¿por qué debo obedecer el Derecho?». Puesto que los juicios de «obligación» y los juicios concluyentes de «deber» son de diferente carácter, la mera existencia de una obligación política, en su caso, no parece suficiente para fundar un deber final de obediencia a las normas independiente del valor de éstas. O, dicho desde otra perspectiva, no parece suficiente para deslegitimar *prima facie* la desobediencia, y en concreto la desobediencia civil[26].

Hemos visto que el término «obligación», en este sentido estricto, hace referencia a un requerimiento o exigencia específicos, cuyos ejemplos arquetípicos son los contratos y las promesas, y que surgen de la realización de un acto previo que explica y justifica dicha obligación. Junto a los ejemplos citados, encontramos obligaciones de reciprocidad, obligaciones de reparación...; pero todas estas modalidades presentan importantes rasgos comunes, como indiqué. Una obligación, en abstracto, y por sí misma, no tiene por qué ser *concluyente,* esto es, determinar definitivamente la conducta a seguir, sino que es una razón entre otras para actuar; ni tampoco ha de ser *excluyente,* esto es, que cierre el paso a otras razones contrarias o prevalezca sobre ellas (Gewirth, págs. 61-63; Finnis, pág. 309). Sin embargo, las obligaciones son siempre razones de segundo grado para actuar (o independientes del contenido) operando en un nivel diferente al de otras razones, con las que no pueden sopesarse simétricamente. Para incumplir una obligación justificadamente, ésta debe entrar en conflicto con otros bienes morales relevantes. Como veremos,

---

[25] Vid. R. Flathman: *Political Obligation,* Londres, Croom Helm, 1973; Th. McPherson: *Political Obligation,* Londres, Routledge & Kegan Paul, 1967; A. Passerin d'Entrèves: *Obbedienza e resistenza in una societá democratica,* Milán, Ed. di Comunitá, 1970, Primera parte. Entre nosotros, J. Rubio Carracedo: «Paradigmas de la obligación política: estado justo, realismo político, estado legítimo», *Sistema* 85 (1988), págs. 89-106, deslinda O. Política y O. Moral.

[26] Vid. K. Greenawalt, *Conflicts of Law and Morality,* Nueva York y Oxford, Oxford U. P., 1989, págs. 48 y ss. La postura del texto la asumen también Dagger, Nelson, Sartorius y Feinberg. En contra, H. Pitkin, «Obligation and Consent», *American Political Science Review* 59 (1965), págs. 990-99 y 60 (1966), págs. 39-52, así como Flathman, McPherson, MacDonald, Carnes y Soper.

este juicio de relevancia nos obligaría a precisar qué entendemos por «discurso moral»[27].

E) ¿Qué tipos o clases de obligación podemos describir? Por supuesto, cualquier clasificación de las obligaciones es meramente convencional, y puede fundarse en criterios muy variados[28]. La clasificación fundamental de las obligaciones, por lo que a mí me interesa, es la que se funda en su carácter y contenido. La divisoria más trascendental es la trazada entre obligaciones morales y no-morales[29]. Partiendo del concepto restringido de «obligación», que acepté, es claro que podemos aplicar este término tanto en contextos morales como no-morales, especialmente a raíz de su uso descriptivo o informativo. Puede tener sentido afirmar que «A tiene la obligación de hacer x» siendo x un acto inocuo, indiferente moralmente, inútil, e incluso incorrecto[30].

Como indicó Ladd (págs. 15-16), hay otras formas de obligaciones que no son morales, y que hasta pueden chocar con los principios generales de la moral. Pueden ser fuertes, pero no pueden «ofrecer» razones morales para realizar lo que es exigido por la obligación. Esto es así porque el concepto de «obligación» es abierto, y comprende la obligación moral como una subespecie particular. Sartorius (págs. 71-73) reconoce que existen obligaciones sociales,

---

[27] Por ejemplo, Carlos S. Nino ha señalado que los rasgos que identifican las razones justificatorias son la autonomía, la generalidad, la universalizabilidad, la superveniencia, y la integración: cfr. *La validez del derecho,* Buenos Aires, Astrea, 1985, págs. 129 y ss. La unidad del razonamiento práctico (en la que también han insistido Peña y Bayón) se combina con la primacía jerárquica que, dentro de él, poseen las razones morales.

[28] Así se ha hablado de obligaciones en sentido abstracto o concreto, extenso o estricto, etc. (Ladd, págs. 3-9). De acuerdo con Feinberg y Sartorius, las obligaciones surgen en tres contextos o situaciones típicas, en los que el término resulta especialmente apropiado:

- Respecto de las acciones requeridas por una norma o regla, o por cualquier mandato dotado de autoridad.
- Respecto de las acciones y tareas que se vinculan al ejercicio de cargos, oficios o roles específicos.
- Respecto de las acciones que voluntariamente nos hemos comprometido a realizar, mediante promesa, pacto o contrato (Feinberg, 1961, pág. 277; Sartorius, págs. 70-71).

[29] Cfr. Asís, págs. 86 y ss.

[30] Definidas las obligaciones como requerimientos prácticos, caracterizados por una serie de condiciones formales, el contenido de la obligación (el acto requerido, el comportamiento debido) es abierto, puede consistir en cualquier tipo de acción: la moralidad no introduce requisitos específicos o límites en el concepto mismo de obligación. Y la persona obligada se encuentra sometida a una guía o pauta de conducta que puede derivarse, o no, de las exigencias de la moralidad.

institucionales y legales que no tienen fuerza moral, que no nos dan razón moral para exigir su cumplimiento. Tener una obligación de este tipo no implica que sea moralmente obligatorio realizar el acto en cuestión. Estas obligaciones surgen en el contexto de prácticas sociales, reglas, roles y tareas institucionales, cargos de carácter público, funciones que conllevan responsabilidad, etc. La valoración moral de estas prácticas es una cuestión compleja, que no afecta a la existencia en ellas de reglas vinculantes[31].

Dado el carácter relacional de las obligaciones, no es de extrañar que el prototipo de la obligación no-moral sea la llamada «obligación institucional», que nace de esquemas reglados de conducta, de pautas de cooperación e interacción sociales, y es asumida, de una u otra forma, por quienes participan en estas prácticas (Rawls, 1978, págs. 75 y ss.; Elster, 1990, págs. 146 y ss.). El hecho generador o «causante» de la obligación no tiene, por sí mismo, trascendencia moral. Este tipo de obligación es aquél en que incurren las personas que ocupan cargos, roles, status, posiciones de responsabilidad y de decisión en la vida de la comunidad: a estos requerimientos se les ha llamado también «deberes posicionales» por algunos autores[32].

Algunas críticas dirigidas contra el concepto restringido de «obligación» resultan fallidas por no tomar en consideración las obligaciones institucionales[33]. Alan Gewirth es uno de los autores que con más fuerza ha insistido en la distinción entre obligaciones morales y obligaciones institucionales. Para él, estas últimas no generan derechos

---

[31] Un tipo de obligación no-moral muy conocido es el que se apoya en razones prudenciales: la obligación prudencial se cumple o respeta por el propio interés, por miedo o desagrado a las consecuencias: ver los trabajos de Ph. Foot y Th. Nagel en Raz (1986), págs. 284 y ss., 328 y ss.; y Raphael, págs. 89 y ss. Las razones prudenciales no pueden funcionar como razones justificatorias últimas de nuestra conducta. Como ha indicado Nino, un razonamiento justificatorio debe concluir en un juicio valorativo o normativo, esto es, no compatible con cualquier actitud del que lo emite (por ejemplo, interesada); cfr. C. S. Nino: *La validez del derecho,* cit., pág. 130. Ver Bayón (1991a), págs. 128 y ss., sobre la distinción entre prudencia y moralidad.

[32] Simmons, págs. 12-13. Con esta terminología trata de diferenciarlos de los llamados «deberes morales naturales», deberes que afectan a todas las personas con independencia de su rol. En cambio, los deberes «posicionales» afectan más bien a roles que a individuos.

[33] Por ejemplo, Richard Brandt, al explicar su preferencia por el concepto amplio de «obligación», cita ejemplos en los que el requerimiento no se refiere a destinatarios concretos y particulares, ni se derivan de actos singulares antecedentes; pero estos ejemplos son de obligaciones generales de marcado carácter institucional. Podemos tener una obligación dirigida hacia todos nuestros conciudadanos, sin que ello sea autocontradictorio; y, asimismo, no es contradictorio que el hecho antecedente sea la simple pertenencia a una comunidad política: no olvidemos que, desde Locke, la residencia en un territorio puede entenderse como fuente de la obligación política (Brandt, 1964, pág. 390).

morales correlativos, ni poseen valor moral por sí mismas; son exigencias objetivas, lógicamente asumidas por quienes participan en sistemas institucionales y aceptan sus reglas. Según Gewirth, las obligaciones institucionales son obligaciones «tentativas», esto es, surgen en un contexto que no ha recibido, por sí, una justificación suficiente o apropiada, por lo que no determinan lo que debemos hacer, lo que se requiere justificadamente de nosotros (Gewirth, págs. 61-63).

Algunas obligaciones institucionales, además, cuentan con razones de carácter moral que las sustentan, que les prestan una justificación, y entonces sí que nos encontramos ante obligaciones morales. Una obligación moral es la que se fundamenta en razones morales, o sea, las que poseen preferencia sobre cualquier otro tipo de razones, afectando a valores o bienes básicos, además de cumplir con unas condiciones formales específicas[34]. En el esquema que sigo, por lo tanto, no se traza una divisoria tajante entre obligaciones institucionales y morales, como si fueran dos esferas separadas. Más bien se las podría representar como dos círculos secantes, con un ámbito de coincidencia. Existen obligaciones institucionales sin valor moral y existen obligaciones institucionales dotadas de ese valor moral, debido a las características particulares de esa institución. Este es el problema fundamental que debemos abordar.

El problema se plantea cuando la «obligación política» surge como una posible tercera forma de obligación[35]. La cuestión, por supuesto, es saber si nos encontramos ante una verdadera obligación moral, o, por el contrario, si la obligación política y la obligación moral son completamente distintas, con lo que aquélla tendría un carácter meramente institucional y «tentativo», y no existirían razones morales de fondo para justificar por qué debemos obedecer las leyes. A mi juicio, la obligación política no puede ser una tercera forma de obligación, por lo que debemos encuadrarla en uno de los tipos que hemos indicado: institucional o moral. ¿Cuál es el encuadramiento adecuado?

F) Una institución puede definirse como un compromiso o practica reglados, a través de los cuales varias personas colaboran en alguna actividad, participando conjuntamente en ella, y persiguiendo un propósito o fin social, generalmente (no siempre) aprobado por su

---

[34] Ver nota 27. Cfr. Asís, Capít. Segundo; y Bayón (1991a), Capít. 5. Es la tesis de Baier, Hare, Rawls y Nagel, entre otros.

[35] Bayón (1991a), pág. 700, nota 643. La distinción tripartita Obligación Moral - O. Política - O. Jurídica tiene muchos defensores: así E. Fernández: *La obediencia al Derecho*. Madrid, Civitas, 1987, págs. 57 y ss.; A. Passerin d'Entrèves, op. cit.; U. Scarpelli, *op. cit*.

valor o utilidad para la comunidad. En todo caso, las instituciones están constituidas por normas o reglas que guían la acción de sus miembros, que definen lo que se exige de ellos, y cuya violación es reprobada y sancionada (Rawls, págs. 76; Gewirth, págs. 56-57; Elster, págs. 146-47).

Las reglas de la institución definen las exigencias que recaen sobre quienes participan en su actividad, o se ven afectadas por ella. En virtud de estas exigencias regladas, ciertas personas tienen ciertas obligaciones que surgen de las relaciones interpersonales en el seno de la institución. A estos requerimientos, impuestos por las reglas constitutivas de las instituciones, los llamaré «obligaciones institucionales» en sentido estricto. Estas exigencias son objetivas, porque han de ser asumidas, sin más, por quienes van a participar en la institución[36].

La fuerza constringente de estas obligaciones institucionales es relativa y limitada. En cuanto requerimientos institucionales, sólo pueden apoyarse en razones de carácter prudencial. Se dan éstas cuando puede decirse que, sin la existencia de esas reglas, la práctica sería más difícil, incómoda, menos eficiente, o incluso imposible. Estas reglas generales evitan así el cálculo o valoración individual de cada acción institucional concreta.

Estas prácticas existen como medios que la gente usa para sus relaciones mutuas, en su propio y común beneficio, y se fundan en la asunción de que los participantes van a actuar de buena fe, de que al entrar en la práctica han decidido honestamente seguir sus reglas. Una vez dado este paso previo, los actos institucionales pueden explicarse en términos de intenciones y de expectativas:

- El agente trata de producir un determinado efecto en los otros miembros, en particular generar confianza en su comportamiento, y quiere que esta intención sea reconocida.
- Los otros miembros tienen unas expectativas sobre el comportamiento del agente, determinadas por su actuación «conforme a las reglas» de la institución[37].

Ambos planos son inseparables: la expectativa legítima, por parte de quienes participan, de que los restantes participantes respeten

[36] Para sus miembros, las reglas son «algo dado», que les vincula independientemente de sus juicios de valor personales sobre ellas. Esta exigencia, sin embargo, no siempre es moral, sino que tiene un carácter lógico: cumplir lo que exigen las reglas es algo lógicamente exigido por el propio concepto y la dinámica de la institución (Gewirth, pág. 57; Cameron, 1972, págs. 318 y ss.).

[37] Cfr. Neil MacCormick, «Obligaciones voluntarias», cit., págs. 160 y ss.

las reglas de la institución, se explica precisamente por el funcionamiento regular de ésta (regular en cuanto «reglado», cierto y predecible).

Muchos autores están de acuerdo en que estos requerimientos[38], impuestos por la lógica de la institución, no tienen peso moral, no imponen límites éticos a la conducta de los participantes. Simplemente, quien ocupa un puesto o realiza una función en aquélla se encuentra en una posición peculiar en la que se espera una conducta conforme a las reglas por su parte. Simmons ha sugerido que la existencia de deberes y obligaciones institucionales, por sí sola, no tiene nada que ver con el fundamento de la obligación moral: es un hecho moralmente neutral. Si realmente nos obliga, debe ser porque hay razones morales sustantivas para cumplir las reglas de la institución[39].

Existen instituciones que se caracterizan por la participación de varios individuos, conforme a reglas preestablecidas y dotadas de autoridad, de forma tal que benefician a cada uno de esos individuos. Todos ellos tienen un interés legítimo en que la institución funcione, y están, por ello, racionalmente motivados en hacer lo posible para su fomento y conservación. Todos están en la misma situación por lo que respecta a las reglas institucionales, por lo que el reparto de las cargas institucionales ha de ser igual para todos, con base en un principio de reciprocidad o de distribución justa (Hoerster, 1992, págs. 152 y ss.). La pervivencia de la institución depende de la cooperación leal de la mayoría de sus partícipes.

Por tanto, y como conclusión, no sería descabellado afirmar la existencia de una obligación política en todos los sistemas jurídicos. El Derecho, como forma de estructuración social, establece unas condiciones mínimas de cooperación y unas restricciones sin las cuales no sería posible la existencia misma de las instituciones morales, sin las cuales la moralidad no puede desarrollarse. Por otro lado, en ciertos sistemas jurídicos, dotados de justificación moral, que cuentan con una autoridad legítima, y que se apoyan en la participación libre y plural de los ciudadanos, existen razones morales para respetar (y obedecer) todas las normas que forman parte del sistema. Estas razones resultarían de la combinación de:

---

[38] Estas exigencias pueden calificarse de «obligaciones débiles». Su violación no entraña por sí misma un reproche moral, sino, más bien, una inconsistencia lógica: no tiene sentido participar en una institución sin respetar sus normas. Algún autor (Cameron, *loc. cit.*) ha negado, incluso, el carácter prescriptivo de las reglas institucionales, insistiendo en su naturaleza orientativa-lógica, que las asimilaría a las reglas técnicas.

[39] Ver Simmons, 1979, págs. 16-20. La misma insistencia en distinguir uno y otro tipo de obligaciones la encontramos en Philippa Foot, Michael Stocker o Rolf Sartorius.

- Una razón justificatoria operativa: «se deben fomentar y defender instituciones democráticas», derivada de otra más general: «se deben promover las instituciones justas».
- Una razón auxiliar: «la obediencia generalizada a las normas, en un sistema democrático, y bajo una Constitución justa, es una estrategia idónea de promover instituciones justas».

En este contexto, el hecho de que el Parlamento apruebe una determinada ley L sería un hecho moralmente relevante, que jugaría un papel en el razonamiento práctico de *todos* los ciudadanos, y no sólo de aquéllos que, de todas formas, realizarían las conductas prescritas por L. Sería una razón independiente del contenido para actuar. Ello no quiere decir que los ciudadanos *deban* cumplir L, sino únicamente que tienen al menos una razón moral para hacerlo (Hoerster, pág. 156).

A mi juicio, la obligación de obediencia, en los términos indicados, se debe a nuestros conciudadanos, y se funda en los principios de reciprocidad e imparcialidad. Como he defendido en otro lugar[40], nuestros conciudadanos tienen una expectativa legítima de que no obtengamos ventaja injusta sobre ellos comportándonos como «gorrones». Defraudar esa expectativa es, *prima facie,* moralmente incorrecto, y supone violar nuestra obligación política: un compromiso hacia las personas que forman parte de nuestra misma comunidad política y que hacen posible nuestra convivencia en libertad.

BIBLIOGRAFÍA

Asís Roig, Rafael de (1991), *Deberes y obligaciones en la Constitución.* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Baier, Kurt (1970), «Obligation: Political and Moral», en J. R. Pennock y J. W. Chapman (eds.), *Nomos XII. Political and Legal Obligation.* Nueva York, Atherton Press, págs. 116-41.

Barcan Marcus, Ruth (1980), «Moral Dilemmas and Consistency», *Journal of Philosophy* 77, págs. 121-36 [reimpreso en Ch. W. Gowans (ed.), *Moral Conflicts.* Oxford, Oxford University Press, págs. 188-204].

Bayón, Juan Carlos (1991a), *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción.* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Bayón, Juan Carlos (1991b), «Razones y reglas: sobre el concepto de «razón excluyente» en Joseph Raz». *Doxa* 10, págs. 25 -66.

Becker, Lawrence C. (1990), «Unity, Coincidence and Conflict of Virtues». *Philosophia* 20, págs. 127-43.

[40] En un artículo publicado en el segundo número de la revista *Derechos y Libertades:* «La justificación de la democracia y la obligación moral de obedecer el Derecho».

Benn, Stanley I., y Peters, Richard, S. (1984), *Los principios sociales y el estado democrático,* trad. esp. de R. J. Vernengo, Buenos Aires, Eudeba [edic. orig.: *Social Principles and the Democratic State,* Londres, Allen & Unwin, 1959].

Brandt, Richard B. (1964), «The Concepts of Obligation and Duty». *Mind* 73, págs. 374-93.

Brandt, Richard B. (1982), *Teoría Etica.* Trad. esp. de Esperanza Guisán, Madrid, Alianza [edic. original: *Ethical Theory. The Problems of Normative and Critical Ethics.* Englewood Cliffs, N. J., Prentice-Hall, 1959].

Cameron, J. R. (1972), «The Nature of Institutional Obligation». *Philosophical Quarterly* 22, 89, págs. 318-32.

Dagger, Richard K. (1977), «What Is Political Obligation?». *American Political Science Review* 71, 1, págs. 86-94.

Delgado Pinto, José (1990), «El deber jurídico y la obligación moral de obedecer al Derecho», Ponencia presentada en las XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Oviedo, y publicada en el volumen colectivo *Obligatoriedad y Derecho,* Universidad de Oviedo, 1991, que recoge los trabajos presentados en dichas Jornadas.

Elster, Jon (1990), *Tuercas y tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales.* Trad. esp. de Antonio Bonanno, Barcelona, Gedisa [edic. orig.: *Nuts and Bolts,* Cambridge University Press, 1989].

Feinberg, Joel (1961), «Supererogation and rules», *Ethics* 71, 4, págs. 276-88.

Feinberg, Joel (1980), *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty.* Princeton Universty Press.

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

Garzón Valdés, Ernesto (1990), «Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral». *Doxa* 8, págs. 111-30.

Gauthier, David (1963), *Practical Reasoning: The Structure and Foundations of Prudential and Moral Arguments and Their Exemplification in Discourse.* Oxford, Clarendon Press.

Gewirth, Alan (1970), «Obligation: Political, Legal, Moral», en J. R. Pennock y J. W. Chapman (eds.), *Nomos XII. Political and Legal Obligation,* cit., págs. 55-88.

Goldman, Alan H. (1980), «The Obligation to Obey Law». *Social Theory and Practice* 6, 1, págs. 13-31.

Greenawalt, Kent (1989), *Conflicts of Law and Morality.* Nueva York/Oxford, Oxford University Press.

Hart, H. L. A. (1966), «Il concetto di obbligo». *Rivista di Filosofia* 57, 2, págs. 125-40.

Hart, H. L. A. (1974a), «¿Existen derechos naturales?». Trad. esp. de E. L. Suárez, en A. Quinton (ed.): *Filosofía Política.* México, Fondo de Cultura Económica, págs. 84-105. [edic. original: «Are There Any Natural Rights»?, *Philosophical Review* 64 (1955), págs. 175-91].

Hart, H. L. A. (1974b), «Deber». Trad. esp. de J. M. Romero Moreno, en la *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales.* Madrid, Aguilar, vol. 3, págs. 399-402 [edic. original en Collier-MacMillan, 1968].

Hart, H. L. A. (1977), *Obligación jurídica y obligación moral.* Trad. esp. de Javier Esquivel y J. A. Ortiz, México, U. N. A. M., Cuadernos de Crítica, n.º 3 [edic. original: «Legal and Moral Obligation», en A. I. Melden (ed.), *Essays in Moral Philosophy.* Seattle, University of Washington Press, 1958, págs. 82-107.

Hoerster, Norbert (1992), «El deber moral de obediencia al Derecho». Trad. esp. de Jorge M. Seña, en N. Hoerster, *En defensa del positivismo jurídico.* Barcelona, Gedisa, págs. 147-58 [edic. orig.: «Die moralische Pflicht zum Rechtsgehorsam», en N. Hoerster (comp.), *Recht und Moral,* Stuttgart, 1987, págs. 129-41].

Honoré, Tony (1981), «Must We Obey? Necessity as a Ground of Obligation. *Virginia Law Review* 67, págs. 39-61.

Ladd, John (1970), «Legal and Moral Obligation», en J. R. Pennock y J. W. Chapman (eds.), *Nomos XII. Political and Legal Obligation,* cit., págs. 3-35.

Lemmon, Edward John (1962), «Moral Dilemmas». *Philosophical Review* 71, 2, págs. 139-58 [reimpreso en Ch. W. Gowans (ed.), *Moral Conflicts,* cit., págs. 101-14].

Malem Seña, Jorge F. (1988), *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Barcelona, Ariel.

Mackie, J. L. (1981), «Obligations to Obey the Law». *Virginia Law Review* 67, págs. 143-58.

Nowell-Smith, P. H. (1977), *Ética.* Trad. esp. de Gilberto Gutiérrez, Estella, Verbo Divino [edic. original: *Ethics,* Harmondsworth, Penguin, 1954].

Pateman, Carole (1979), *The Problem of Political Obligation. A Critical Analysis of Liberal Theory.* Chichester/NuevaYork/Brisbane/Toronto, John Wiley & Sons.

Peces-Barba, Gregorio (1987), «Los deberes fundamentales». *Doxa* 4, págs. 329-41.

Peces-Barba, Gregorio (1988/89), «Desobediencia civil y objeción de conciencia». *Anuario de Derechos Humanos* 5, págs. 159 y ss.

Peña, Lorenzo (1991), «El problema de los dilemas morales en la filosofía analítica». *Isegoría* 3, págs. 43-79.

Raphael, D. D. (1983), *Problemas de Filosofía Política.* Trad. esp. de M. D. González Soler, Madrid, Alianza [edic. orig.: *Problems of Political Philosophy,* MacMillan, 1970].

Rawls, John (1978), *Teoría de la Justicia.* Trad. esp. de M. D. González Soler, México, F. C. E. [edic. original, *A Theory of Justice.* Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1971].

Raz, Joseph (1982), *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre derecho y moral.* Trad. esp. de R. Tamayo y Salmorán, México, Universidad Nacional Autónoma [edic. orig.: *The Authority of Law. Essays on Law and Morality.* Oxford, Clarendon Press, 1979].

Raz, Joseph (1983), «Autoridad y consentimiento». Trad, esp. de M. D. Farrell y C. S. Nino, en AA.VV., *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió.* Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Raz, Joseph (ed.) (1986), *Razonamiento Práctico.* Trad. esp. de J. J. Utrilla,

México, F. C. E. [edic. orig.: J. Raz (ed.), *Practical Reasoning*. Oxford, Oxford University Press, 1978].

Sartorius, Rolf (1969), «Utilitarianism and Obligation». *Journal of Philosophy* 66, págs. 67-81.

Simmons, A. John (1979), *Moral Principles and Political Obligations*. Princeton, Princeton University Press.

Sinnot-Armstrong, Walter (1988), *Moral Dilemmas*. Oxford, Basil Blackwell.

Soper, Philip (1984), «Legal Theory and the Obligation to Obey». *Georgia Law Review* 18, 4, págs. 891-909.

Stocker, Michael (1970), «Moral Duties, Institutions and Natural Facts». *The Monist* 54, págs. 602-24.

Stocker, Michael (1987), «Moral Conflicts: What They Are and What They Show». *Pacific Philosophical Quarterly* 68, 2, págs. 104-23.

Strasser, Mark (1987), «Guilt, Regret and Prima Facie Duties». *Southern Journal of Philosophy* 25, 1, págs. 132-46.

Whiteley, C. H. (1984), «De los deberes». Trad. esp. de J. A. Pérez Carballo, en Joel Feinberg (ed.), *Conceptos morales*. México, F. C. E., págs. 94-105 [edic. orig.: «On Duties». *Proceedings of the Aristotelian Society* 53 (1952/53), págs. 97-104.

DOXA 15-16 (1994)

LA LEGITIMACIÓN EN LA ERA DE LA POSTMODERNIDAD

1 En un trabajo sobre la obra de Hume que ya puede considerarse clásico, se sitúa la siguiente reflexión de Deleuze: «Aquí encontramos el principio de toda filosofía política seria. La verdadera moral no se dirige a los niños en el seno de la familia, sino a los adultos en el seno del Estado. No consiste en cambiar la naturaleza humana, sino en inventar condiciones artificiales objetivas tales, que los malos aspectos de esta naturaleza no puedan triunfar». Y añade a continuación el autor: «Se trata de una invención que ha de ser, tanto para Hume como para todo el siglo XVIII, política y nada más que política»[1].

Ahora cabe preguntarnos por la fortuna de esta reflexión en los siglos posteriores, esto es, especialmente, en qué medida el mundo moderno, representado bajo este aspecto por las afirmaciones que acaban de recogerse, de evidente inspiración ilustrada, ha sufrido el «asalto», primero del modernismo y luego de la posmodernidad. ¿En qué ha quedado, en otras palabras, el punto de partida de Hume? La pregunta es pertinente en la medida en que en la obra del pensador escocés se pueden encontrar rasgos que, en principio, y pendientes de una calificación posterior más precisa, son asignables, tanto a una legitimación moderna como también a una que llamaremos, provisionalmente, posmoderna.

En efecto, en la obra de Hume, especialmente en su obra política, encontramos elementos que permiten una explicación y justificación de la vida social, económica y política, de distinto signo. Así, por una parte, la filosofía política gira en tomo a tres ejes relativos a la diversidad de los intereses y a su recíproca composición. El punto de partida está constituido por la extensión, diferenciación y generalización de intereses, circunstancia que hace inestables a estos. Como

[1] G. Deleuze, *Empirismo y subjetividad.* Trad. cast. H. Acevedo, Ed. Gedisa, Barcelona, 1981, págs. 47-48.

consecuencia, el interés general resulta variable y conflictivo. La necesaria estabilización del mismo, choca, sin embargo, con inconvenientes como la escasez de bienes o la desigualdad generada por la propiedad[2]. Finalmente, la introducción de la economía política, como conjunto de reglas susceptible de recomponer tanto la desigualdad cuanto la escasez, mediante la prosperidad a que conduce el comercio (tan artificial, por cierto, como la legislación, el Gobierno o la propia justicia), al incrementar la actividad de los individuos y no permitir que nadie perezca o se vuelva inútil[3].

No es sorprendente encontrar este tipo de elementos en la obra de Hume. Como es sabido, constituye una constante en todo el pensamiento ilustrado, y en especial en la tradición inglesa, la idea, desarrollada en dos niveles, de un espacio de intereses conflictivos y de un espacio político ordenador de los mismos a través de un marco regulativo. Tanto el Gobierno, con su legislación acerca de la propiedad, como la economía política, resultan mecanismos correctores de la escasez de bienes y del enfrentamiento de intereses. En efecto, es el progreso del comercio el que corrige la tensión riqueza-pobreza con la inevitable aplicación de las reglas de la oferta y la demanda, del mismo modo que los impuestos se presentan como justa reclamación del Estado de una parte del capital acumulado por la propiedad del comercio[4]. De esta manera se anuncia ya la racionalización calculadora y utilitaria que caracterizará al Estado moderno, y con ello también, los fundamentos de una legitimación legalista y formal.

Pero, por otra parte, encontramos también en Hume elementos que pueden situarse más allá de la tradición ilustrada, demostrando en ellos una sorprendente anticipación de lo que, sobre todo en el campo político y jurídico, pueden considerarse enfoques y puntos de vista dialógicos, introductores de la razonabilidad y, si se me permite la expresión, la procedimentalidad. No hay que olvidar, en este sentido que para Hume, las reglas de la cultura, y por tanto, las reglas del Derecho y de la política, se determinan por la asociación y la fantasía, en cuanto afección pasional de la imaginación. Pues son precisamente las reglas de la asociación las que determinan las reglas de la propiedad (como ocupación, accesión, sucesión y prescripción), teniendo como principio de la asociación la «transición fácil». En un

---

[2] D. Hume, *A Treatise of Human Nature, en Philosophical Works* in 4 vols. (Ed. London 1886), Scientia Verlag. Aalen, 1964, vol. 2, pág. 258. *An Enquiry Concerning the Principles of Morals,* Vol. 4, pág. 197.

[3] *Political Discourses*. En especial, *Of Commerce,* en ob. cit., Vol. 3, págs. 296 y ss. e *Idea of a Perfect Commonwealth,* en ob. cit., Vol. 3, págs. 480 y ss.

[4] En especial, *Of Interest,* en ob. cit., Vol. 3, págs. 232 y ss. y *Of Taxes,* también en Vol. 3, págs. 356 y ss.

conocido párrafo de su *Tratado de la naturaleza humana,* escribe Hume: «Decimos estar en posesión de una cosa no sólo cuando la tocamos directamente, sino también cuando nos hallamos en tal situación respecto a ella que está en nuestro poder el utilizarla, y nos es posible moverla, modificarla o destruirla según el placer o utilidad. Es un tipo de relación de causa a efecto. Como la propiedad no es mas que una posesión estable que proviene de las reglas de la justicia y las convenciones humanas, tiene que ser considerada como de la misma especie de relación. Pero cabe observar que como el poder de utilizar un objeto es más o menos cierto, según que las interrupciones que nos afecten sean más o menos estables, y como esta probabilidad puede incrementarse según grados imperceptibles, en muchos casos no es posible determinar el comienzo y final de la posesión; *tampoco existe un criterio de certeza con el que resolver los conflictos* [...] ¿Quién señalará los límites precisos entre una y otra y determinará el criterio para resolver todas las disputas que pueden surgir y que, como muestra la experiencia, surgen con frecuencia en este tema?». Y en una importante nota, añade Hume que ni la razón ni el interés público ofrecen solución a estas dificultades, como tampoco la imaginación, pudiéndose encontrar ejemplos no susceptibles de solución, ya que muchos de estos casos no tienen solución posible, en la medida en que «todo el problema depende de la fantasía, que en este caso no posee ningún criterio preciso y determinado para ofrecer una sentencia»[5].

Encontramos así en el campo jurídico, de la propiedad, el efecto de las asociaciones de ideas y de la «fácil transición» de la imaginación de unas a otras[6]. Nos movemos dentro del ámbito de las pasiones, distinto del ámbito propio del entendimiento, en el que la imaginación libera sus propias formas, ampliándolas y extendiéndolas infinitamente, haciendo de los límites objetos de la fantasía, separando, por ejemplo, el poder de su ejercicio actual. «Al tratar del entendimiento -escribe Hume- se ha señalado que la distinción realizada algunas veces entre un poder y su ejercicio es absolutamente intranscendente, y que no existe hombre ni ser alguno que crea tener capacidad para algo a menos que lo ejerza y lo ponga en acción. Pero aunque esto sea rigurosamente cierto en el pensamiento estricto y filosófico, no es esta la filosofía de nuestras pasiones; al contrario, hay muchas cosas que actúan sobre las pasiones por medio de la idea y suposición del poder, con independencia de su ejercicio real»[7].

---

[5] *A Treatrise...* en ob. cit., vol. 2, págs. 276-277, nota 1 (Subrayado mío).
[6] Ibídem, págs. 281, nota 2.
[7] Ibíd., pág. 108.

Interesa subrayar aquí que, dadas estas condiciones, el Derecho aparece, en cierto modo, como un campo «asociacionista». En efecto, reclama un juez, un árbitro, que resuelva los conflictos, no tanto según la razón o el público interés (incapaces, como se ha indicado, de ofrecer criterios suficientes), sino más bien según la asociación de ideas, esto es, según una relación entre la cosa objeto de conflicto y el espíritu de un «observador general», lo que supone conferir a la imaginación un carácter casi constituyente. Una última referencia al texto de Hume puede resultar ilustrativa: «... me parece -dice- que estas reglas de la propiedad se encuentran determinadas por la imaginación, por las propiedades más frívolas de nuestro pensamiento y de nuestro poder de concepción»[8]. Podría decirse, en definitiva, que el Derecho no puede fundarse mas que en una buena fe entendida experimentalmente, en el sentido de que la construcción de convenciones responde a su utilidad. No hay otra posibilidad: el ser humano necesita una ordenación de su territorio, un territorio íntimo, y no universal, como será, muy pronto, el territorio del sujeto kantiano.

Las anteriores consideraciones explican la elección de Hume como punto de partida. Una elección que no responde simplemente a motivos históricos o eruditos. Pues a pesar del indudable interés que este autor encierra como antecedente del problema de la legitimación moderna, nos ha permitido, sobre todo, poner de manifiesto la presencia de dos distintas líneas de legitimación, aspecto este que constituye el verdadero punto de partida del trabajo y que, como antes se advirtió, requiere una caracterización más precisa.

2. Estas dos líneas, presentes en la actualidad, pueden asignarse a dos momentos temporales distintos, aunque sucesivos, de los que traen su identificación: legitimación moderna y legitimación posmoderna respectivamente. No resulta fácil distinguir estos dos momentos temporales. Modernidad y posmodernidad son hoy dos conceptos discutidos y polémicos, tanto considerados aisladamente como en su relación. Esta situación se complica, además, si referimos la posmodernidad al ámbito de lo jurídico, pues lo que se entiende por tal en este ámbito no coincide exactamente (o al menos no está clara su correspondencia) con el posmodernismo cultural en general. Veamos.

Es necesario referirse, en primer lugar a la modernidad. Los límites de este trabajo no permiten, sin embargo, un extenso planteamiento de esta cuestión, extensa de por sí, sobre la que existe, por lo demás, abundante literatura[9]. Ya la propia delimitación del arco

[8] Ibíd, p. 273.

[9] En esta misma línea de brevedad, limitaremos esta relación a unos pocos textos

de tiempo que comprende la modernidad es problemática, en cuanto que su comienzo es discutido, no siéndolo menos su final, o tal vez mejor, decadencia (esto es, el paso a la posmodernidad, precisamente). Tal vez lo conocido del tema pueda servir de pretexto para dispensarme de entrar en tan complejo asunto y arriesgar una breve caracterización, más bien una noticia, desde luego necesariamente incompleta.

Pues no podemos dejar de recordar, en efecto, algunos conceptos que van indisolublemente unidos a la modernidad. Secularización, progresos en el conocimiento y la ciencia (no sólo de índole material, sino, sobre todo, metodológica), primado de la razón, ilustración, Derecho natural, libertad (tanto personal como económica, de mercado) igualdad (ante la ley, abolición de privilegios y estamentos), propiedad privada, derechos del hombre, Estado de Derecho, Soberanía popular, constitución, parlamento, burocracia, centralización, etc. Probablemente podría aumentarse este catálogo con otras nociones y conceptos. Pero creo que los que se han recogido son suficientes para dar una idea de la profunda transformación que supuso la modernidad, así como de su incidencia sobre los más diferentes ámbitos de la vida social. Se comprende, finalmente, que estos aspectos, verdaderamente revolucionarios, habían de replantear el problema de la legitimación en términos completamente nuevos.

En este sentido, podrían contraponerse, siguiendo a Habermas, una sociedad tradicional y una sociedad moderna, cada una con su correspondiente sistema de legitimación. La primera no se identifica con la sociedad primitiva, separándose de ella por tres notas principales: centralización del poder por el Estado, división en clases socioeconómicas que participan de modo desigual en el producto social y cosmovisión general que explica el orden de la sociedad y el puesto asignado al individuo en dicho orden, legitimando por esta vía el reparto desigual del trabajo y los excedentes. Globalmente, puede decirse que el desarrollo de las fuerzas productivas (subsistema técnico) no ha alcanzado un grado de desarrollo suficiente como para cuestionar la legitimación propuesta por la cosmovisión, manteniéndose por lo tanto, dentro de los límites de la efectividad legitimante de las tradiciones culturales.

Frente a ella, la sociedad moderna se caracteriza por un desarrollo

---

de distinta orientación: P. Hazard: *La crisis de la conciencia europea,* trad. cast. J. Marías, Ed. Pegaso, Madrid, 1952 (2ª ed.); Id.: El *pensamiento europeo en el siglo XVIII*, trad. cast. J. Marías, Ed. Alianza, Madrid, 1988; P. Messnard: *Léssor de la philosophie politique au XVIe siecle,* Ed. Vrin, París, 1968 (3ª ed.); G. Peces-Barba: *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales,* Ed. Mezquita, Madrid, 1982.

sistemático y permanente de las fuerzas productivas. Coincidiendo su comienzo con el surgimiento de la sociedad burguesa, la economía responde a una lógica del desarrollo basada en la acción técnica. Como consecuencia, la técnica se independiza del marco institucional (tradición cultural), dando lugar a un nuevo tipo de racionalidad, la racionalidad técnica, que rompe la fuerza y la validez de la interpretación cosmológica, cayendo al mismo tiempo la interpretación de la sociedad. De este modo, el subsistema técnico, en la terminología de Habermas, se introduce en los sectores de la vida humana antes dominados por la acción comunicativa (esto es, una interacción mediada por símbolos y regida por normas cuya validez deriva de su reconocimiento por los sujetos actuantes, que definen esperanzas recíprocas de comportamiento que han de ser reconocidas por los sujetos actuantes). Así, tanto la división del trabajo y el reparto desigual, como la propia desigualdad política pierden legitimación[10].

Nos encontramos, pues, ante la sustitución de la religión y de la metafísica por la ciencia, verdadera seña de identidad de la modernidad. En puridad, se inaugura un momento histórico a partir del cual no podía seguirse reconociendo la desigualdad y la opresión. Pero es sabido que estas esperanzas se vieron muy pronto defraudadas. «La crítica del cielo» debía convertirse, en palabras de Marx, en «crítica de la tierra». En efecto, el mantenimiento del reparto desigual del trabajo y de los excedentes sociales exige una nueva línea de legitimación que la sociedad burguesa sitúa en la propia forma de producción y de racionalidad técnica que la acompaña.

Llegados a este punto no puede evitarse la alusión a Weber, una vez más[11]. Weber habla de legitimación desde dos ángulos confluyentes. Desde el primero de ellos, la orientación de la acción social por un orden puede tener lugar porque dicho orden aparezca como obligatorio y modélico para los actores, advirtiendo Weber que un orden sostenido con el prestigio de la legitimidad resulta más sólido que el sostenido por otros motivos, pudiendo los actores atribuir legitimidad por tradición, creencias emotivas o racionales (Derecho natural), o por legalidad, como obediencia a preceptos jurídicos positivos establecidos según un procedimiento determinado y formalmente

[10] J. Habermas, *Ciencia y técnica como ideología,* trad. cast. M. Jiménez Redondo y M. Garrido, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 65-66. También del mismo: *La reconstrucción del materialismo histórico,* trad. cast. J. Nicolás y R. García Cotarelo, Ed. Taurus, Madrid, 1985, p. 273.

[11] Si bien Elías Díaz advierte de lo reiterativo de la reproducción de los textos de Weber (*De la maldad estatal a la soberanía popular,* Ed. Debate, Madrid, 1984, p. 10) considero inevitable esta alusión, aún disculpándome por ello y con la intención de que sea de la brevedad más imprescindible.

correcto[12]. Desde el segundo ángulo, parte de la dominación, considerando como elemento definitorio de la misma la probabilidad de obediencia, que supone la existencia de un cuadro administrativo igualmente ligado a la obediencia por motivos entre los que destacan una racionalidad con arreglo a fines y una racionalidad con arreglo a valores. Toda dominación, añade Weber, procura rodearse de una creencia relativa a su legitimidad, pudiendo distinguirse tres tipos (ideales) de dominación legítima: tradicional, carismática y racional. Esta última se apoya en la creencia en la legalidad de las ordenaciones estatuidas, y supone una obediencia a los llamados a ejercer la autoridad por esas mismas ordenaciones. Se trata de una legitimidad legal-racional basada en la propia legalidad formal de sus disposiciones, considerada por Weber como la forma específicamente moderna de legitimidad[13].

La nueva sociedad burguesa, en efecto, había operado con fortuna desigual, en dos campos diferentes: el de la interpretación de la naturaleza, cuyo conocimiento y dominación exigía una actitud técnica, y el campo de la moralidad, en el que, aniquiladas las antiguas formas de legitimidad religiosa y descartada la superación de la injusticia social, no cabía sino la creación de una nueva línea de legitimación. El capitalismo ofrecerá, en este sentido, una legitimación del poder que nace de la base misma del trabajo social. La institución del mercado, en el que los individuos cambian sus mercancías (incluyendo la que consiste en la propia fuerza de trabajo), garantiza la justicia de la equivalencia de las relaciones de intercambio, con lo que la reciprocidad se convierte en principio (objetivo, anónimo) de organización del proceso de producción y reproducción social. El mecanismo del mercado, al introducirse en los sectores de la vida humana antes dominados por lo que Habermas denomina acción comunicativa, produce una paulatina racionalización de los mismos. Así, la propiedad deja de estar incluida entre los elementos que la tradición legítima, pasando a adquirir una legitimación económica. Y en sentido semejante, la burocracia, la educación, la familia, el transporte, etc.[14]

Elías Díaz se pregunta cómo fue posible la relativa implantación social del modelo de legitimación legal-racional en la sociedad[15].

---

[12] M. Weber, *Economía y sociedad,* trad. cast. J. Medina Echevarría, J. Roura, E. Imaz, E. García Máynez y J. Ferrater Mora, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1984 (2ª ed., 17ª reimp.), pp. 25-29.

[13] Ibidem, págs. 170-172.

[14] J. Habermas, *La reconstrucción...,* cit., pág. 271.

[15] E. Díaz, ob. cit., pág. 49. En este texto, el autor distingue entre legitimidad, que conecta con el sistema de legalidad, y legitimación, conectada con la dimensión social: «La propensión a una positivista sacralización de la legalidad -escribe-

Una primera respuesta se refiere a la imposición ideológica derivada de intereses reales de la burguesía, en ascenso desde tiempo atrás, que utiliza como argumentos principales, por un lado, el iusnaturalismo racionalista, que concreta muy pronto como legalidad burguesa y liberal, y por otro lado, la concepción de la legalidad como producto de la soberanía popular. Este segundo aspecto, que expresa el potencial crítico de la ilustración política, confirma que en la legalidad burguesa se sitúan diversos contenidos de legitimidad. Así, en principio, esta legitimidad es fruto, no sólo de la libertad, sino también de la seguridad: la introducción de la racionalidad y de las formas jurídicas se entiende, de modo muy principal, como una estrategia frente al peligro de la arbitrariedad y el despotismo. En este sentido, la legitimidad moderna es equivalente también a Estado de Derecho. Pero advierte inmediatamente Elías Díaz, que dicha legitimidad no debe considerarse como exclusivamente formal, pues ello supondría un empobrecimiento de la legitimidad democrática[16].

Hay pues, siempre según Elías Díaz, un hilo conductor entre legitimidad legal y legitimidad democrática, aunque no una identidad. «En los sistemas democráticos basados en la soberanía popular -escribe- se crean valores derivados de la libertad humana, base ineludible de la soberanía popular [...] que no agotan, o que no pueden agotarse, en modo alguno, en la mera legalidad. Así, la soberanía no es una instancia formal, sino conectada en profundidad con valores básicos, inviolables, como es el valor de la libertad. Precisamente por ello -concluye-, esto es, porque la libertad se sitúa por encima de la legalidad y puede incidir en ella, es posible hoy hablar de una crítica de la legalidad, democratización de la misma, en definitiva, de una amplia deslegitimación de esa legalidad»[18].

Este reclamo de Elías Díaz, dirigido a la superación de la estrecha legitimidad racional-formal (potenciando en parte su fondo crítico y democrático), está finalmente conectado con la crisis de la legitimidad racional moderna, y nos coloca ya ante una nueva dimensión social: la sociedad posindustrial, capitalista avanzada, o, en la terminología más reciente, posmoderna. La sociedad capitalista avanzada -dirá Habermas- se diferencia fundamentalmente de la sociedad capitalista liberal que vivió Marx porque el desarrollo de las fuerzas de producción ha perdido su carácter crítico de ilustración política y se ha convertido en fundamento de legitimación ideológica. En efecto,

---

no ha resultado incompatible en modo alguno con el reconocimiento de una dimensión de la legitimidad de carácter social» (pág. 29).

[16] Ibídem., págs. 50.

[17] Ibíd., págs. 53-55.

[18] Ibíd., págs. 56-57.

la intervención del Estado en la economía para corregir y estabilizar las propias tendencias autodestructivas del capital, confirma que este no es capaz de regularse a sí mismo. Al mismo tiempo, este paso del Estado a protector y regulador del funcionamiento económico requiere una nueva legitimación directa[19].

3. Aunque de menor solera que el concepto de modernidad, también el de posmodernidad ha dado lugar a una abundante literatura[20]. Como en el caso anterior, se pueden enumerar un conjunto de elementos estrechamente vinculados con este fenómeno. Algunos de los más relevantes serían los de fragmentación, desintegración, ambigüedad, incoherencia, malestar, primado del placer, de la voluntad, de los impulsos... Paralelamente, la posmodernidad se presenta acompañada de una lista de defunciones (Dios, el sujeto, la utopía, etc.) que no deja de ser inquietante.

Dejando de lado la cuestión del origen filosófico y estético del posmodernismo (Nietzsche, Heidegger), hay que subrayar que sus diferentes intérpretes han atribuido diversa significación a los elementos antes reseñados. No obstante existen algunos comúnmente admitidos como síntomas característicos. Es el caso de la fragmentación y la dispersión, que implica la desaparición de los tradicionales centros de referencia epistemológicos, éticos o estéticos. Se trata de una nueva relación social, dirá África Vidal, en la que los puntos de vista son múltiples, ofreciendo al observador una pluralidad de interpretaciones discontinuas y fragmentarias. Como consecuencia, las definiciones precisas y dogmáticas dejan paso a un conocimiento siempre inconcluso. La preeminencia de lo desintegrado, dirá por su parte Ballesteros, supone la defensa de la esquizofrenia (así Deleuze, siguiendo a Nietzsche); frente a un lenguaje sometido a la ideología burguesa no cabe el enfrentamiento, sino la fragmentación de las viejas estructuras de la ciencia y la literatura.

En principio, se trata de una situación social que parece incoherente con la característica, antes recogida, de la intervención estatal en las sociedades de capitalismo avanzado, que sugiere unidad, antes que fragmentación. Es este un problema que exige pasar al diagnóstico,

---

[19] J. Habermas, *La reconstrucción...* cit., pág. 277. También del mismo: *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío,* trad. cast. J. L. Etcheverry, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1975.

[20] Pueden destacarse: J. Picó (ed.): *Modernidad y postmodernidad,* Ed. Alianza, 1988; J. Foster, *La postmodernidad,* Ed. Kairós, Barcelona, 1985; G. Vattimo y otros: *En torno a la posmodernidad,* Ed. Anthropos, Barcelona, 1990; J. Ballesteros, *Postmodernidad: decadencia o resistencia,* Ed. Tecnos, Madrid, 1989; C. África Vidal: *¿Qué es el posmodernismo?* Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 1989; J. F. Lyotard: *La condición posmoderna,* Ed. Cátedra, Madrid, 1984.

y desde este campo, Klappenbach apunta que nos encontramos ante un holismo que no puede identificarse con el determinismo mecánico de la economía, pues aunque ésta siga siendo determinante ya no lo es en una sola dirección, sino que existe una interrelación entre economía, política e ideología. Más bien ocurre que las sociedades occidentales carecen de un centro organizador que asegure unidad y cohesión. Funcionan por un complejo acuerdo en el que se comprometen diversos sectores sociales[21].

Por su parte, Jameson interpreta esta contradicción en función de lo que entiende como tercera etapa del capitalismo. En efecto, siguiendo a Mandel, identifica tres etapas principales en el desarrollo de la economía capitalista. La primera, representada por el capitalismo mercantil, se correspondería desde el punto de vista tecnológico con la producción mecánica de motores de vapor, y desde el punto de vista cultural con el realismo. La segunda, etapa del capitalismo monopolista e imperialista, se corresponde con la producción de motores eléctricos y de combustión en lo tecnológico, y con el modernismo en lo cultural. Por fin, la etapa posindustrial o multinacional, se manifestaría, tecnológicamente, en la electrónica y en los ingenios nucleares, y culturalmente en el posmodernismo. Pues bien, desde este ángulo, el posmodernismo carece de los elementos de fuerza y velocidad que acompañaron a las viejas máquinas y que causaban admiración. Por el contrario, sus máquinas son más de representación que de producción: ofrecen un esquema privilegiado de representación del poder y del control al que no alcanzamos con nuestro simple entendimiento. La red informática y comunicacional expresa, en definitiva, la nueva red global descentralizada de la nueva fase del sistema mundial del capitalismo multinacional[22].

Esta noción de la representación que introduce Jameson nos permite pasar a un segundo elemento sintomático, de especial relieve para la legitimación posmoderna. La representación supone la sustitución de la realidad por los signos de la misma. En la medida en que el vertiginoso círculo del consumo termina valiendo por sí mismo, y no por las necesidades objetivas, asistimos a una pérdida de fines, a un vaciamiento de la realidad, a una pérdida de sentido. De la representación pasamos entonces al simulacro, en el que las cosas aparecen representadas por sus dobles, más brillantes y auténticas que el original. A su vez, el simulacro se expresa a través del espectáculo, pues es característica de éste formar un universo autónomo,

---

[21] A. Klappenbach: *Ética y posmodernidad,* Ed. I.C.E. de la Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, Madrid, 1990, págs. 34-35.

[22] F. Jameson: *El posmodernismo o la lógica cultural del capitalismo avanzado,* trad. cast. J. L. Pardo, Ed. Paidós, Barcelona, 1991, págs. 80-81 y 85.

cuyas reglas acepta el espectador sin necesidad de referirse a una realidad externa. Este código del espectáculo penetra en los diversos ámbitos de la vida social, como la cultura o la política. Ciertamente, en este último ámbito se ha dado desde antiguo el elemento espectacular, como apoyo a un programa o como forma de persuasión. En la actualidad, sin embargo, se trata más bien de seducir, esto es, de introducir al espectador (seducido) en el propio mundo, en el propio discurso del seductor. Obtenemos así elementos que hacen posible una nueva línea de legitimación posmoderna (aunque, sin duda, con importantes antecedentes históricos), en la medida en que el complejo representación -seducción-espectáculo constituye ya por sí mismo una forma de legitimación. El poder, la cultura, no encuentran, pues, su legitimación en fuentes objetivas (naturaleza, razón, utilidad), sino en sí mismos[23].

Si pasamos ahora al plano del lenguaje, en el que la posmodernidad ha operado también modificaciones importantes, podremos formar una noción más completa de la legitimación posmoderna, a la que llamaremos, provisionalmente, *legitimación performativa*.

Con la introducción del lenguaje informático, la ambigüedad propia del lenguaje natural (y también sus posibilidades críticas) es corregida y relegada a un segundo plano. Pues se trata de un lenguaje que encuentra dentro de sí mismo recursos suficientes para solucionar cualquier problema. Si ponemos en contacto esta característica con la anterior línea del espectáculo-seducción, habrá que concluir que en la posmodernidad las reglas del juego son inmanentes al juego mismo, en el sentido de que el lenguaje crea (también) su propio mundo, cuya aceptación es condición para participar en él. De ahí que la tesis de los juegos del lenguaje sea esencialmente posmoderna: no hay reglas que abarquen a todos los juegos y puedan servir de criterio para la crítica. Cada juego lingüístico, pues, incluido el Derecho, posee sus propias reglas, y cualquier legitimación del mismo ha de realizarse a través de la puesta en marcha de sus reglas[24].

4. Indudablemente, la idea de legitimación performativa ofrece interesantes posibilidades en su aplicación al mundo del Derecho. Probablemente sea Luhmann, con su concepción sistémica del Derecho según la cual el subsistema del ordenamiento jurídico se legitima a sí mismo por su funcionamiento, o sea, en la medida en que es capaz de solucionar los conflictos que se le suscitan, el que ofrezca una versión más ilustrativa de ésta tesis. Sin embargo, puesto

---

[23] A. Klappenbach, cit., págs. 38, 40 y 41. Cfr. J. Baudrillard, *Cultura y simulacro*, Ed. Kairós, Barcelona, 1978.

[24] Ibídem, pág. 44.

que la posición de Luhmann es conocida[25], me conformaría con dejar constancia de este extremo, para centrarme en el examen, siquiera sea de modo puramente indicativo, de otras posibilidades de aplicación de la legitimación posmoderna en el campo del Derecho. Especialmente las que conectan con los juegos del lenguaje, en este caso, jurídico.

Es un hecho sobradamente conocido que la crisis del Estado capitalista, y el correspondiente paso al Estado posindustrial y, en general, a la posmodernidad, ha repercutido, sobre todo en el sistema de fuentes del Derecho. El aumento de la legislación llamada material o especial, sobre la formal, ha dado lugar a fenómenos todavía hoy discutidos entre los juristas. En este sentido, se habla de «deslegificación», «desregulación», «descodificación»[26]. De entre todos estos cambios en las fuentes del Derecho, quisiera destacar uno sobre todo: la aparición del Derecho judicial, esto es, la atribución a los jueces de un poder creador de Derecho.

Se trata de una cuestión largamente debatida, y no es mi propósito entrar en dicha polémica, sino más bien subrayar que independientemente de dicha creatividad, y de los límites de la misma, es lo cierto que los procedimientos seguidos por los aplicadores del Derecho en el cometido de su función han cambiado sustantivamente, en especial en lo que se refiere a sus instrumentos discursivos y a las justificaciones de sus decisiones. Es esta, precisamente la circunstancia que explica el renovado interés que hoy despiertan los temas de interpretación y argumentación judicial[27].

Quienes estén acostumbrados a ver en Kelsen un rígido formalista tal vez se sorprendan por el hecho de situar a este autor en el origen de estos cambios. Una ojeada a su teoría de la interpretación y a su tesis del carácter constitutivo de la sentencia judicial será suficiente para confirmar que no se trata de una situación precipitada[28].

---

[25] Cfr. entre la abundante literatura de Luhmann: *Fin y racionalidad en los sistemas,* trad. cast. J. Nicolás. Editora Nacional, Madrid, 1983, en especial págs. 153 y ss. Entre la también abundante literatura sobre Luhmann destacaría el trabajo de Ingeborg Mauss: «Sobre la relación actual entre ideología y realidad social: el ejemplo de la teoría del derecho en la República Federal de Alemania», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* nº 17, 1977, págs. 265 y ss.

[26] Cfr. V. Italia, *La delegificazione,* Ed.Giuffré, Milano, 1992; J. E. Soriano, *Desregulación, y privatización del Derecho administrativo,* Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993; N. Irti: *La edad de la descodificación,* Trad. cast. L. Rojo, Ed. José Mª Bosch, Barcelona, 1991.

[27] M. Atienza, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico,* Ed. Ariel, Barcelona, 1993.

[28] H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado,* trad. cast. E. García Maynez, Ed. U.N.A.M., México, 1988, pp. 159-161; Id.: *Teoría pura del Derecho* (ed. original de 1960), trad. cast. R. J. Vernengo, Ed. U.N.A.M., México, 1979, págs. 51-52.

En efecto, Kelsen lleva a cabo un explícito reconocimiento de la existencia de elementos volitivos en la construcción de la sentencia judicial. En posteriores desarrollos de esta línea, diferentes autores subrayarán cada vez más la importancia de dichos elementos, hasta llegar a romper el marco normativo y semántico (Hart) en el que se insertaban y hacían posible una legitimación, hasta cierto punto externa, de la decisión. Aparece como consecuencia una argumentación judicial que encuentra su racionalidad dentro de sí misma, en cuanto lenguaje dotado de sus propias reglas, volcado, encerrado, en ellas.

Se trata de una forma de legitimación típicamente posmoderna (performativa), en la que se combina la flexibilidad con la tecnicidad, la socialidad con la autorreferencia. Indudablemente, contiene también importantes elementos comunicativos, que, sin embargo, no autorizan su confusión con una legitimación comunicacional como la propuesta por Habermas, más bien situada, en mi opinión, en el campo de la modernidad y no en el de la posmodernidad. Por el contrario, esta línea de legitimación pone de relieve el riesgo que anida en la acción comunicativa misma, es decir, el riesgo de que los elementos críticos que aseguran la racionalidad de la comunicación (y sus resultados) no estén, a su vez, suficientemente asegurados, dando entrada a una fragmentación que sólo es posible recomponer en el interior de un particular juego lingüístico autolegitimante y carente de referencias objetivas[29]. Es el caso de la figura del «juez como solucionador de conflictos» que propone la neoretórica, como un paso más allá del juez realista, en la medida en que la decisión no encuentra su marco justificativo en elementos (externos) de justicia social, sino que, perdida esta referencia, sólo puede encontrar su razonabilidad en lo opinable, lo que dota a la misma de una considerable carga relativista (cuando no demagógica)[30].

Los esfuerzos de un jurista como Joseph Esser, situado en una posición alejada de la anterior, para garantizar la racionalidad de la decisión desde la comunicación y el consenso son, a este respecto, ilustrativos. Racionalidad de la decisión judicial significa aquí *producción* de un consenso relativo a la *oportunidad* y justicia de una de las diversas posibilidades de solución. Se trata, pues, de una razonabilidad fundada en la aceptación social de la decisión, un control intersubjetivo que en una sociedad fragmentada corre el constante

---

[29] Así, sostendrá Lyotard, ob. cit., págs. 73, que el consenso no es tanto la finalidad del diálogo cuanto un estadio del mismo, cuyo fin es, precisamente, la búsqueda de la diferencia.

[30] Ch. Perelmann: *La lógica jurídica y la nueva retórica,* trad. cast. L. Díez Picazo, Ed. Civitas, Madrid, 1979, págs. 177 y ss.

riesgo de expresar más bien una relativización de valores. La referencia a un público, finalmente, que, dejando aparte la posibilidad de que sea manipulado, puede manifestar concepciones irracionales (al no existir una regla universal de racionalidad que no sea la del desarrollo económico poscapitalista)[31].

He tratado de localizar, en conclusión, una parte (simplemente) de la problemática que suscita la legitimación posmoderna, con especial referencia al campo del Derecho. No puedo concluir, sin embargo, sin dejar de apuntar que sería un error responder a los riesgos y dificultades que empañan los aspectos democráticos que sin duda contiene esta forma de legitimación (como el reclamo del diálogo, de la comunicación, la incorporación y reconocimiento de la diferencia) con una propuesta que pretenda la reinstauración de un sistema objetivo de valores, recuperando así, con más o menos variantes, una línea de justificación iusnaturalista[32]. Creo que, puestos a optar por una salida de la posmodernidad es más aceptable la propuesta de Orestano, que antes de lamentarse por la pérdida de un mundo de «esencias», manifiesta una (fundada) confianza en el carácter operacional de los conceptos que pueden crearse a la medida de las necesidades que nos apremian[33].

---

[31] J. Esser: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung,* Frankfurt, 1972: He utilizado la traducción italiana de S. Patti y G. Zaccaria: *Precomprensione e scelta del metodo nel proceso di individuazione del diritto,* Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1983, pp. 21-22 y 140-151. Importante G. Zaccaria: «L'objettivitá del giudize tra esegesi normativa e politica del diritto», en *Rivista de diritto civile,* 1979, págs. 603 y ss.

[32] F. D'Agostino, «La giustizia tra moderno e postmoderno», cap. VIII de su *Filosofia del Diritto,* Ed. Giappichelli, Torino, 1993, págs. 111 y ss.

[33] R. Orestano, «Del 'post-moderno', de la 'scientia iuris' e di altro» en, del mismo autor: *Edificazione del giuridico,* Ed. Il Mulino, Bologna, 1989, pág. 335.

LA DEMOCRACIA MODERNA Y LA DISTINCIÓN DE MORAL Y DERECHO (CON ESPECIAL ATENCIÓN A J. RAWLS)

En general pienso que los dos mil años (aproximadamente) que separan a la democracia moderna de la antigua son más que suficientes para suponer que tras la identidad de vocablo se esconde una profunda diferencia de significación. En particular una diferencia que es comúnmente admitida, y desde luego muy decisiva, es la de que la democracia antigua no tenía propiamente representantes. Tenía desde luego funcionarios; pero la brevedad de los mandatos, la exigencia de responsabilidades después de concluidos, el sorteo a veces de los cargos.... todo indica que actuaban como meros delegados o comisionados por parte del pueblo. Una diferencia también clara, y que nos interesa más directamente, es la que se refiere a las relaciones entre la moral y el Derecho. Basta abrir la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles para encontrarse en las primeras páginas con la sorprendente afirmación (sorprendente para un moderno), de que se trata de una investigación política; y esto porque, como había dicho anteriormente, «de todas las ciencias la política es la soberana y arquitectónica o directiva por antonomasia». Bastantes años antes (el 399 a.C) el texto de la acusación contra Sócrates decía: «Es Sócrates reo del delito de no reconocer los dioses que el Estado reconoce y de introducir otros genios o espíritus extraños, y asimismo de corromper a nuestros jóvenes». Como se ve, una acusación difícil de imaginar en una democracia moderna.

La teoría de la distinción entre la moral y el Derecho se abre paso a fines del siglo XVII y principios del XVIII, con Bayle, Locke y Thomasius, impulsada por el problema de la tolerancia religiosa. Se siente la necesidad de liberar a la religión del control y la coacción del Estado, y el principal argumento que se encuentra es que la religión consiste esencialmente en actos de convicción y de voluntad, por lo que la intervención del Estado lo más que podría lograr serían conversiones exteriores, es decir, actos de hipocresía. Como se argumenta

filosóficamente, la religión que se tiene en cuenta no es primordialmente la revelada, sino la que dicta la razón, es decir, la religión natural, que no es más que una parte de la moral, la que se refiere a nuestros deberes para con Dios. Así es como resulta que lo que en definitiva se diferencia del Derecho (bajo el control del Estado) es la moral en general, y no sólo la religión.

Rousseau no va a apoyar esta postura. Con su defensa de la «religión civil» pone de manifiesto que también en este punto, en cuestiones de opinión, vuelve sus ojos a la democracia antigua.

Pero sí va a seguir esa dirección de Kant, que la consolida y depura, al poner el énfasis en que la moral es cuestión de actitud o disposición de la voluntad; por eso es esencialmente interior y exenta de coacción, a la inversa que el Derecho.

Las dos revoluciones que dan comienzo a la democracia moderna reconocen, implícitamente, la distinción de moral y Derecho, al admitir la libertad, o al menos tolerancia, de las opiniones, especialmente de las religiosas; pero incluso en la norteamericana éstas están consideradas bajo el punto de vista de la razón, la convicción y la conciencia; por lo que, al menos implícitamente, se reconoce que el mismo principio será aplicable a todas las actitudes que procedan de la razón, de la convicción y de la conciencia[1].

Con Hegel la teoría de la diferenciación entre la moral y el Derecho se complica. Por un lado, parte de la caracterización de ambos hecha por Kant; pero, por otro, le importa mucho la determinación concreta de lo que es justo y lo que es bueno, lo que hay que hacer en cada caso; y esto no le parece fácil más que a través de las instituciones, leyes y costumbres del Estado. En definitiva la moral y el Derecho se dan juntos en lo que se practica generalmente con convicción o adhesión, satisfaciendo así al lado objetivo, del Derecho, y al subjetivo, de la moral: en la *Sittlichkeit*. Esto es lo que está llegando a su pleno desarrollo en los Estados modernos, es decir, en los democráticos recién instaurados.

Esa es la visión idealista, e idealizada, de la democracia. Desde una perspectiva realista, de observación de la realidad, veremos que esa concordancia no está garantizada. Pero antes veamos nuevas complicaciones teóricas para la distinción de moral y Derecho. Me refiero al utilitarismo de Bentham. Las complicaciones vienen también aquí por el lado objetivo, de la determinación del contenido, de lo que se ha de hacer, de lo bueno. Si bien esa determinación no corre ahora a cargo de las instituciones, leyes y costumbres ya establecidas

[1] Cfr. Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia (1776), XVI: Enmiendas a la Constitución de EE.UU. (1791), 1.ª Enmienda, Declaración de derechos del hombre y del ciudadano (de la Asamblea francesa, 1789), art. 10.

en el Estado, sino de la razón, que calcula las consecuencias, el resultado, en términos de aumento o disminución de la felicidad o bienestar de los afectados. Pero esto es lo mismo que tiene que hacer la política en cuanto determina el contenido del Derecho. Y Bentham se fijó tanto en eso, que descuidó, «dejó en blanco», según la expresión de Mill, una de las dos partes en que «consiste la moralidad»; atendió sólo a «la regulación de las acciones exteriores» (las que tienen más trascendencia directa para la política y el Derecho); pero no al otro aspecto, de la «autoeducación, de la formación del ser humano, de sus afectos y de su voluntad». Y, sin acceder a este aspecto, no parece posible distinguir adecuadamente entre la moral y el Derecho.

A costa de su propia experiencia personal aprendió Mill a valorar la importancia de este otro aspecto; y la contribución a su mejora le pareció el elemento más decisivo para valorar positivamente el régimen representativo, o democrático en el sentido moderno. Pero no basta con que sea democrático: ha de ser también liberal, en el sentido ideológico o político del término. De aquí los esfuerzos de Mill por asegurar una esfera autónoma de la personalidad, sustraída al poder de la colectividad, tanto política como social. El principio democrático solo no basta, porque «el pueblo que ejerce el poder no es siempre el mismo pueblo sobre el cual es ejercido; y el «gobierno de sí mismo», de que se habla, no es el gobierno de cada uno por sí, sino el gobierno de cada uno por todos los demás. En realidad, la voluntad del pueblo significa, prácticamente, la voluntad de la porción más numerosa o más activa del pueblo; de la mayoría o de aquellos que logran hacerse aceptar como tal»[2].

Pocos años antes, Tocqueville había mostrado en la realidad de la democracia norteamericana este poder de la colectividad ejerciéndose sobre los individuos. Llama especialmente la atención sobre el hecho de que ese poder no se ejerce sólo sobre los cuerpos, materialmente, sino también directamente sobre las almas, en las opiniones o creencias, en las actitudes de la voluntad. La base está en la autoridad de la mayoría, y ésta a su vez se apoya en que las sociedades igualitarias, que han dejado de tener respeto por la autoridad de individuos particulares, lo trasfieren al conjunto, a la gran masa, al público en general. Esta postura se ve reforzada, por un lado, en virtud del principio (utilitarista) de que se ha de dar la preferencia a los intereses del mayor número; y, por otro, gracias a un trasvase u ósmosis del principio del gobierno de la mayoría, que rige en la democracia política, a ese otro terreno de la democracia social, en que se extiende también a las actitudes y opiniones. Estos refuerzos

[2] J. S. Mill, *On Libery,* cap. I, en la traducción de P. de Azcárate, Madrid (Alianza), 1970, págs. 58-59.

determinan, al menos en parte, el modo como la mayoría se impone: un modo poco apropiado, al menos desde el punto de vista de un liberal, para la moral: «No persuade de sus ideas, las impone y las hace penetrar en las almas por una especie de presión inmensa del espíritu de todos sobre la inteligencia de cada uno»[3].

Tenemos, por tanto, que la realidad democrática, sobre todo esa realidad que resulta de aplicar en la sociedad (en general) los criterios propios de la política, supone una dificultad, al menos práctica, en los hechos, aun cuando no en los principios, para la diferenciación de la moral y el Derecho. Podríamos precisar más, diciendo que no en los principios del propio Tocqueville; no se trata de una posición teórica de éste, sino de la realidad que él expone. Ahora bien, en cuanto que esta realidad abarca las opiniones, tal vez se pueda decir que éstas implícitamente están suponiendo unos principios contrarios a la distinción.

No es lo mismo en el caso de J. Rawls. Por muy importantes que sean para él las opiniones de las gentes, lo que pretende primordialmente no es exponerlas, sino en todo caso tenerlas en cuenta, partir de ellas; lo que primordialmente pretende es exponer su propia teoría: *Una teoría de la justicia,* según el título de su obra principal (1971). Pero aquí ya empiezan las ambigüedades y dificultades para la distinción de moral y Derecho. Desde luego no se trata de una teoría de la moral en general, de una ética completa o general, sino de una teoría de la justicia; pero tampoco de toda la justicia, sino, según la terminología (que se presta a confusión en nuestro ambiente) de la obra principal, sólo de la justicia «social»; más en concreto, de la «estructura básica de la sociedad»; o, «más exactamente», según sus propias palabras, el objeto primordial de su obra es «el modo en que las principales instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la distribución de las ventajas de la cooperación social»[4]. Por principales instituciones sociales entiende «la constitución política y los arreglos o disposiciones *(arrangements)* económicos y sociales fundamentales». Como ejemplos cita «la protección jurídica de la libertad de pensamiento y de conciencia, el mercado libre, la propiedad privada de los medios de producción y la familia monógama». Fuera de la protección de la libertad de pensamiento y de conciencia, no se ve, pues, si las otras instituciones tienen carácter jurídico o se pretende que lo tengan (y hasta qué grado). En realidad no se ve siquiera a qué sociedad se está refiriendo. Al advertir que se trata de «un sistema cerrado aislado de las otras sociedades», parece que se refiere a las sociedades que se corresponden con los Estados.

---

[3] A. de Tocqueville, *De la démocratie enAmerique,* II, 1.ª parte, cap. II.

Pero en un artículo del año 1978, especialmente dedicado a este tema de la «estructura básica», y que no pretende modificar, sino ampliar la exposición de la obra principal[5], son «las naciones» el ejemplo ilustrativo de «una sociedad entendida como esquema mas o menos autosuficiente de cooperación social y en posesión de una cultura más o menos completa[6]. Ahora bien, todos sabemos que las naciones no se corresponden necesariamente con los Estados. Además en la explicación de la «estructura básica» se advierte que «un régimen económico no es sólo un esquema institucional para la satisfacción de los deseos y aspiraciones existentes, sino un modo de configurar esos deseos y aspiraciones para el futuro». Y, de un modo más general, que «la estructura básica configura el modo en que el sistema social produce y reproduce a lo largo del tiempo una cierta forma de cultura»[7]. Todo esto pone más de manifiesto que no se trata sólo de instituciones jurídicas o que se pretende que lo sean, que reciban la protección, particular o específica, del Derecho.

En los trabajos de los años ochenta la realidad que aparece como referencia de la categoría o concepto de sociedad como «sistema cerrado y autosuficiente de cooperación» es la de un «Estado-nación»[8]. En cuanto a la expresión «justicia social», alterna con la de «justicia social y política», o bien es sustituida simplemente por la de «justicia política»; e incluso la de «estructura básica de la sociedad cede el paso a las de «estructura básica de un régimen constitucional democrático», o de «estructura básica de un régimen constitucional», o «de una democracia constitucional moderna», o «de un régimen democrático»[9]. Pero esto no quiere decir que se haya reducido definitivamente su aplicación al campo de lo político; y mucho menos que se haya precisado el alcance de éste con una diferenciación, o definición, de lo político, de la categoría de lo político. La prueba de ello es, en primer lugar, que se sigue empleando, aunque con mucha menos frecuencia, la expresión de «estructura básica de la sociedad»; y, sobre todo, que explícitamente se sigue sosteniendo que se trata de las «instituciones políticas, sociales y económicas»[10], o de las «principales instituciones políticas y

---

[5] J. Rawls, «The Basic Structure as Subject», en A. I. Goldman-J. Kim (eds.): *Values and Morals,* Dordrecht (Reidel), 1978, págs. 47-71 (Cfr. especialmente a este respecto pág. 69, nota 1).

[6] J. Rawls, *Op. cit.,* (nota ant.), pág. 70, nota 8.

[7] J. Rawls, *Op. cit.,* pág. 55.

[8] J. Rawls, «Kantian Constructivism in Moral Theory», en *The Journal of Philosophy,* LXXVII (1980), en J. Rawls, *Justicia como equidad,* traducción de M. A. Rodilla (Tecnos), 1986, págs. 145 y 155.

[9] J. Rawls, «Justice as Fairness: Political not Metaphysical», *Philosophy and Public Affairs,* 14/3 (1985), págs. 224-225; «The Priority of Right and Ideas of the Good», en *Phylosophy and Public Affairs,* 17/4 (1988), págs. 252 y 261-2.

[10] J. Rawls, «Justice as Fairness...» (cit.), págs. 224-225.

sociales»[11]. Por consiguiente, no hay una verdadera diferenciación de lo político, y no digamos de lo jurídico.

En cuanto a la categoría o concepto de la moral, o de lo moral, vamos a ver que no sólo no se da en Rawls su delimitación o precisión, sino que además se hace imposible, o muy difícil, establecerla, al menos en un sentido similar al que tenía en la Ilustración, y particularmente en Kant.

Lo primero que vamos a considerar es el destinatario o sujeto a quien va dirigida la doctrina o teoría. No se trata de un tema que Rawls exponga expresamente (como el anterior de la estructura básica), pero de las fórmulas repetidas sí se desprende con claridad que se tiene en cuenta esta cuestión del destinatario, o de dónde ha de ser recibida o aceptada esa doctrina o teoría. Esas fórmulas o expresiones no son uniformes. Así encontramos la de «un Estado democrático moderno», «un Estado constitucional democrático», «una democracia constitucional», «un régimen democrático», «un régimen constitucional»; pero junto a ellas la de «para una sociedad democrática» aparece también repetida, y a veces muy próxima a una de las anteriores. Esto sugiere lo mismo que veíamos en el apartado anterior: que puede haber en la concepción de Rawls un predominio de lo político (acentuado todavía más, con respecto a la obra principal, en los trabajos de los años ochenta); pero que en ningún caso hay exclusión de lo meramente social (en cuanto contrapuesto a lo político). Por lo demás, hay una indudable conexión entre este tema y el anterior: las ideas son para un Estado o una sociedad democráticos, para que estos organicen sobre ellas, y con ellas, su estructura básica.

Rawls no se preocupa por fijar exactamente los límites de esa «sociedad democrática», o ese «Estado democrático moderno». Por el modo como se expresa («desde, digamos, la Declaración de Independencia»), parece que se refiere primordialmente al Estado o sociedad que surgen de las revoluciones de finales del siglo XVIII, y sobre todo en Norteamérica. Pero desde luego sin que eso suponga un aislamiento o separación, ni desde el punto de vista histórico ni desde el geográfico. Las conexiones más directas son con la época que arranca del Renacimiento y con los países europeos. Así se desprende de la descripción que hace de los orígenes de las «condiciones sociales e históricas de ese Estado»: en las guerras de religión que siguieron a la Reforma (protestante) y el subsiguiente desarrollo del principio de tolerancia, así como en el desenvolvimiento del Gobierno constitucional y de las instituciones de la economía de mercado industrial ampliado.

[11] J. Rawls, «The Priority of Right...» (cit.), pág. 269.

Estas condiciones «afectan profundamente a los requisitos» de lo que Rawls va buscando. Lo que va buscando, por lo que sabemos hasta aquí, es una teoría de la justicia que se califica de «social», o de «política», porque se refiere a la estructura básica de la sociedad, o Estado, y va dirigida a la sociedad democrática, o Estado democrático moderno. Pero ahora vamos a ver otra característica de esa teoría que se busca. Se trata de encontrar unos «principios de justicia que han de servir como principios de justicia públicos y efectivos»; «un acuerdo público y viable en materias de justicia social»; «un acuerdo sobre una concepción de la justicia viable destinada a conseguir una suficiente convergencia de opinión»; «un procedimiento públicamente establecido y mutuamente aceptable»; «un punto de vista públicamente reconocido»; «una base viable y compartida para una concepción política de la justicia»; «una concepción pública de la justicia que sea viable, es decir, que sirva como una base pública de justificación, de modo que se pueda esperar razonablemente que los ciudadanos la aceptarán». Estamos, pues, ante un nuevo sentido en que la justicia propugnada por Rawls es social o política (además de referirse a la estructura básica de la sociedad y de estar orientada a la sociedad democrática): es una justicia que tiene que ser pública, o socialmente, reconocida, generalmente aceptada o compartida. No se basa en razones o argumentaciones que se puedan alegar desde un punto de vista teórico mejor o peor fundado, sino en un «punto de vista social». «Es el punto de vista públicamente compartido por los ciudadanos de una sociedad bien-ordenada, y los principios que provienen de él son aceptados por ellos como dotados de autoridad con respecto a las pretensiones de los individuos y asociaciones»[12]. Por consiguiente, «las pretensiones de la justicia como equidad (su propia teoría), en cuanto que es una concepción política, son prácticas y no metafísicas o epistemológicas. Es decir, no se presenta como una concepción de la justicia que sea verdadera, sino como una concepción que pueda servir de base para el entendimiento informado y voluntario entre los ciudadanos considerados como personas libres e iguales[13].

En las condiciones de la sociedad democrática moderna (a que anteriormente nos hemos referido) ninguna de las doctrinas éticas tradicionales está en condiciones de afrontar esa prueba de servir de base pública y generalmente reconocida a una concepción de la justicia. ¿Razones? La primera es que se trata de concepciones «generales», que se refieren a todas las actuaciones humanas (y no sólo a la estructura básica de la sociedad). Así el utilitarismo, por ejemplo, se

[12] J. Rawls, «Kantian Constructivism...» (cit. nota 8), pág. 185.
[13] J, Rawls, «Justice as Fairness...» (cit. nota 9), pág. 230.

refiere tanto a las acciones de los individuos como al Derecho que rige entre las naciones. La segunda es que son «comprensivas», es decir, se refieren a otros aspectos de la vida humana (y no sólo al socio-político). Abarcan concepciones de lo que es valioso en la vida humana, ideales de virtud, y otros, que tratan de conformar la vida humana con mayor o menor amplitud, en último término en toda su amplitud. La tercera, menos expresamente formulada por Rawls, pero que se manifiesta sobre todo por contraste con su propia posición, es que esas doctrinas éticas tradicionales razonan a partir de sus propios principios, tratando de convencer de ellos, o desde ellos, dándoles por supuestos.

En estos tres aspectos se diferencia la postura de Rawls de las doctrinas éticas tradicionales. Los dos primeros (limitación a la justicia en cuanto estructura básica de la sociedad, y al sector o aspecto socio-político en la democracia moderna) ya los hemos visto con anterioridad. Veremos, pues, ahora el tercero. Desde luego Rawls no se limita a recoger las convicciones generalizadas que encuentra ya formuladas expresamente en la sociedad democrática. Parte más bien de lo que está implícito en la «cultura pública» de esa sociedad y elabora a partir de eso los principios que espera sean compartidos una vez conocidos. El principal supuesto de que se parte es la concepción «de la sociedad como un sistema equitativo de cooperación entre personas libres e iguales»[14].

«Los ciudadanos afirman su concepción pública de la justicia porque casa con sus convicciones consideradas (o ponderadas) y es coherente con el tipo de persona que, tras la debida reflexión, desean ser». Nos dirigimos a la «cultura pública de una sociedad democrática» y se «espera hacer consciente una concepción de la persona y de la cooperación social que se conjetura que está implícita en esa cultura, o al menos que es congenial con sus tendencias más profundas, cuando se las expresa y presenta de forma apropiada»[15].

Esta operación de recogida o aprehensión de las opiniones explícita o implícitamente compartidas no tiene porqué estar enfrentada con las diversas concepciones morales, religiosas o filosóficas vigentes en la sociedad. Es más bien de ellas de donde se recogen. Pero no de ellas en cuanto consideradas en su totalidad, en todas sus partes, sino tan solo en cuanto coinciden: dejando a un lado sus diferencias, se toma tan solo aquella parte (referente a la concepción socio-política de la estructura básica de la sociedad) en que coinciden. Se trata, pues, de «identificar el núcleo de un consenso por superposición, es decir, las ideas intuitivas compartidas que, elaboradas

[14] J. Rawls, «Justice as Fairness...», pág. 231.
[15] J. Rawls, «Kantian Constructivism...», pág. 183

hasta formar una concepción política de la justicia, resultan ser suficientes para sustentar un régimen constitucional»[16]. En cuanto las doctrinas filosóficas no entran a formar parte de ese consenso, se las deja a un lado, como viene ya haciéndose en materia política con las confesiones religiosas. Esto es lo que Rawls califica como «aplicar el principio de tolerancia a la filosofía misma»[17].

Ya se comprenderá, por todo lo que llevamos expuesto últimamente, la dificultad o imposibilidad a que aludíamos de que Rawls pudiera coincidir con la Ilustración, y en concreto con Kant, en la caracterización de la moralidad. El mismo viene a reconocerlo. A pesar de su continuado esfuerzo por seguir presentándose como kantiano, las diferencias, en este punto esencial, se hacen demasiado patentes: «aunque considero la concepción de la justicia como equidad como una concepción kantiana, difiero de la doctrina de Kant en importantes aspectos. Hago notar aquí que la concepción de la justicia como equidad asigna cierta primacía a lo social: esto es, el primer objeto de la justicia es la estructura básica de la sociedad, y los ciudadanos tienen que llegar en primer lugar a un entendimiento público sobre una concepción de la justicia aplicable a este objeto... En contraste con ello, el tratamiento kantiano del Imperativo Categórico se aplica a las máximas personales de individuos sinceros y conscientes en la vida diaria»[18].

Aun cuando las últimas palabras («en la vida diaria»), puedan desviar la atención hacia la diferencia de objeto (expresado, a mi entender, de modo poco apropiado en el caso de Kant), a través de las anteriores se trasluce toda la importancia de la diferencia, de carácter, y no sólo de objeto, entre la concepción de Rawls (de la justicia) y la visión kantiana (de la moralidad). Desde el punto de vista kantiano no es que se «aplique la tolerancia a la filosofía», sino que se aplica a todas las opiniones, en el sentido de no imponer ninguna, sino aceptar simplemente la que se imponga por sí misma, por la vía de la convicción. Desde ese punto de vista, moral, las opiniones no son válidas más que en cuanto uno se las apropia, es decir, son propias o apropiadas, personales, en cuanto que son convicciones. No tiene sentido tratar de imponerlas: sólo se forman o se crean por razones, atendiendo a razones. El punto de vista de Rawls, en cambio, como hemos visto, es social o público, es colectivo. Desde luego no es que por eso se trate de imponer las ideas u opiniones por la fuerza, o la coacción; no, ese no sólo no es un procedimiento apropiado para crear convicciones, sino que tampoco lo es para dar

[16] J. Rawls, «Justice as Fairness...», págs. 246-247.
[17] J. Rawls, *Op. cit.* (nota ant.), pág. 223.
[18] J. Rawls, «Kantian Constructivism...», pág. 169.

origen a opiniones colectivas. Pero hay otras maneras de imponer o hacer prevalecer las ideas. Rousseau previó, para los que no fueran capaces de compartir los «sentimientos de sociabilidad»[19] de su «religión civil», una solución sencilla: la pena de destierro.

-*¿Cuál es la solución de Rawls a este respecto?*

-Desde luego, por lo pronto, dar la preferencia a su propia doctrina sobre cualquier otra concepción. Se supone que las personas tienen ciertas convicciones morales; pero en caso de conflicto han de prevalecer sobre esas convicciones los «principios de justicia» reconocidos. Por lo demás, no es necesario revisar esas convicciones ni renunciar a ellas cuando no están cubiertas o apoyadas por los «principios». «Lo esencial es que, cuando personas con diferentes convicciones tienen pretensiones contrapuestas sobre la estructura básica en cuestiones de principio político, han de juzgar y sentenciar sobre esas pretensiones de acuerdo a los principios de justicia»[20]. Dicho de otra manera, «no es que haya que evitar o eliminar las ideas del bien (o acerca de lo que es bueno), lo cual es imposible. De lo que se trata más bien es de que las ideas que se apliquen tienen que ser políticas: tienen que estar adaptadas *(tailored)* para satisfacer las restricciones impuestas por la concepción política de la justicia y encajar en el espacio que ella permite»[21].

-*Y ¿cuál es el fundamento de tal preferencia?*

-Desde luego parece que el carácter socio-político de la solución adoptada, en el triple sentido de ese carácter: referirse a la estructura básica de la sociedad, estar orientada a la sociedad democrática moderna y estar apoyada sobre las opiniones pública o socialmente compartidas, aun cuando pueda ser que sólo implícitamente. En otros términos, pudiéramos decir que lo que da la preeminencia a la propia postura, a la postura de Rawls, es su carácter «democrático»: orientarse a la determinación de la estructura básica de la sociedad democrática moderna y apoyarse en una solución democrática. Pero, entiéndase bien, el sentido de la «democracia» a que aquí nos estamos refiriendo no se restringe al campo propiamente político (la estructura del Estado y las soluciones adoptadas de acuerdo a la constitución política): Rawls puede dar preferencia a ese sector de lo estatal, pero no reduce su teoría a ese sector; entre otras razones porque no lo delimita con respecto al resto de los sectores sociales, con respecto a lo meramente social. Esta falta de delimitación o de definición favorece ese trasvase u ósmosis de los criterios aplicables en la democracia política propiamente dicha al terreno de la democracia

---

[19] J. J. Rousseau, *Du Contrat social,* IV, 8.

[20] J. Rawls, A *Theory of Justice* (cit. nota 4), págs. 220-221.

[21] J. Rawls, «The Priority of Right...» (cit. nota 9), pág. 271.

social, en que se aplica también a las actitudes y opiniones, a que nos referíamos ya al hablar de Tocqueville. Ese trasvase se podría evitar, al menos teóricamente (negar su legitimidad) con una adecuada diferenciación de la moral, no sólo con respecto al Derecho, sino también con respecto a los usos sociales. Pero precisamente esa diferenciación es la que Rawls no está en condiciones de poder hacer: con su postura, tal como se ha perfilado sobre todo en los trabajos de los años ochenta, se la ha hecho imposible.

Sin embargo, creo que sería grave error pensar que la moral, en el sentido de algo personal, de convicción, está totalmente ausente de la teoría de Rawls. Tiene que estar de algún modo presente, porque lo está, aun cuando no de una manera claramente diferenciada, en la «cultura pública» de la que él parte, o en la que él fundamentalmente se apoya, y, más en concreto, en la concepción de las personas que han de cooperar en la sociedad como un sistema equitativo. En efecto, Rawls afirma expresamente que las personas de tal sociedad, que han de formar tal sociedad, «se consideran así mismas como personas morales». Lo cual significa, en primer lugar, que tienen «la capacidad para un sentido de la justicia efectivo, esto es, la capacidad para entender, aplicar y actuar a partir de (y no meramente de acuerdo con) los principios de la justicia». No parece caber duda que este «sentido de la justicia» tiene que ser algo personal, propio de cada uno, referente a la capacidad y actuación de cada uno. Que, por consiguiente, el término de «morales», que se atribuyen a las personas y que es desarrollado o explicado por medio de ese «sentido de la justicia», que se afirma que tienen, o al menos la capacidad para él, ha de entenderse mucho más en conexión con la idea kantiana de moral, que con la concepción de Rawls de la justicia social o política en lo que ésta tiene de más característico o destacado, es decir, su carácter consensual o socio-político.

Por otro lado, el acuerdo sobre los principios de justicia que han de regir la estructura básica «ha de ser adoptado, como cualquier otro, bajo condiciones apropiadas. En especial, estas condiciones apropiadas. En especial, estas condiciones tienen que colocar a las personas libres e iguales en una situación equitativa y no pueden permitir que algunas hagan mejor negocio que otras. Además han de quedar excluidas las amenazas de fuerza y coacción, así como el engaño y el fraude». Las partes de ese acuerdo han de concebirse, pues, como «situadas equitativamente *(fairly)* y en disposición de adoptar un convenio sometido a las adecuadas restricciones en cuanto a lo que han de contar como buenas razones»[23]. Y no parece nada secundario que el concepto que sirve a Rawls para designar de preferencia

[23] J. Rawls, «Justice as Fairness...», págs. 235 y 239.

su propia teoría, el concepto de equidad *(fairnes)* o de equitativo *(fair, fairly)*, no sea objeto de acuerdo o consenso, sino que pertenezca a las condiciones necesarias para que ese acuerdo sea válido. Esto lo libera de las características de la justicia propiamente sociopolítica, y de nuevo nos encontraríamos con que estamos más bien en el terreno de la moral entendida en el sentido tradicional (kantiano). Esto se pone más de manifiesto cuando Rawls alude a que un procedimiento neutral (en un sentido que corresponde a la justicia como equidad) puede decirse que es un procedimiento «justificado mediante la apelación a valores neutrales, es decir, a valores tales como la imparcialidad, la coherencia en la aplicación de los principios generales a todos los casos que se encuentren razonablemente relacionados..., la igualdad de oportunidades para que las partes en conflicto presenten sus alegaciones, y otros por el estilo. Se trata de valores que regulan procedimientos equitativos *(fair)* para decidir entre las pretensiones en conflicto»[24].

A la vista de estos textos, creo que se ha de considerar por lo menos engañosa la interpretación que contrapone simplemente las concepciones filosóficas, por un lado, y la «mera descripción histórico-sociológica del modo en que actualmente vivimos», por otro[25]. En medio de ambos, o, si se prefiere, dentro del segundo aspecto, están esos presupuestos, esas condiciones, esos valores que son previos o independientes del «arreglo con éxito» entre los individuos, a que parece que quiere reducirse nuestro actual «modo de vivir». Esos presupuestos, condiciones y valores, aparte de, prescindiendo de, su fundamento filosófico, están presentes también en nuestro actual modo de vivir: forman parte de nuestras tradiciones todavía vivas y de las respuestas que se han ido dando, en nuestra sociedad, a los problemas que continúan siendo los nuestros[26].

Sería lamentable abandonar la consideración de esos elementos, que forman también parte de nuestro actual modo de vivir, porque

---

[24] J. Rawls, «The Priority of Right...», pág. 261.

[25] Así R. Rorty, «The priority of democracy to philosophy», en *Objetivity, relativism, and truth - Philosophical Papers*, I, Cambridge (University Press), 1991, pág. 185. Los textos de Rawls últimamente citados son respectivamente de 1985 y 1988, y el trabajo de Rorty se había publicado por primera vez en este último año, en M. Peterson-R. Vaughan (eds.), *The Virginia Statute of Religious Freedom,* Cambridge (University Press), 1988; pero se había expuesto previamente en una conferencia dada en la Universidad de Virginia en 1984; Rawls, por lo tanto, podía conocer o tener referencias de esta interpretación; en este caso los textos citados podrían tener el sentido de respuesta, lo que les daría un mayor valor. La interpretación de Rorty ha sido criticada por K. O. Apel, *Diskurs und Verantwortung - Das Problem des Übergans zur Postkonventionellen Moral,* Frankfurt/M. (Suhrkamp), 1988, págs. 404 y ss.

[26] El propio Rorty alude también a esto: *Op. cit.,* pág. 184.

sea más novedoso, más atractivo y más fácil de fijarse en el aspecto de los convenios, acuerdos, consensos o arreglos. En realidad éstos dependen de aquéllos, no sólo en cuanto a su validez, sino también en cuanto a su consistencia y efectividad; porque éstas se apoyan en la actuación de los individuos, y esa actuación responde a actitudes, sentimientos, estados de ánimo más o menos personales, más o menos individualizados. El énfasis en el aspecto más superficial y externo de las conductas puede traer consigo ante todo que se favorezcan las soluciones, y sobre todo las motivaciones, más fáciles y cómodas, que no son siempre las mejores; también que, en consecuencia, se vayan agotando progresivamente las fuentes más notables o elevadas, menos egoístas, para nuestra actuación; y asimismo que esta sea menos humana y personal, más dependiente del exterior, o heterónoma, e, incluso, que sea más hipócrita, si faltan esas fuentes o fundamentos más nobles para la actuación, pero se los sigue presuponiendo, porque siguen teniendo prestigio social o público, cuando en realidad es posible que ya no se tengan, sino que tan solo se los simule o aparente. Que esto sea de gran importancia también para la política, y en especial para la democracia moderna o representativa, donde, aparte de los controles jurídicos y políticos, hay que contar con un mínimo imprescindible de confianza en las personas que actúan como nuestros representantes, parece obvio. Aun cuando tampoco se puede negar la importancia que en ese terreno tiene la formación de un ambiente, o de una «cultura pública», que presione a favor de los comportamientos colectivamente deseados, y que a veces no se puede, o no conviene exigir por los procedimientos propiamente jurídicos, sino tan solo de ese modo más difuso y desorganizado.

Parece, pues, indudable que, por la trascendencia que tiene en múltiples aspectos, es conveniente procurar la diferenciación, al menos teórica o doctrinal, de los diversos sectores y conceptos. Esto lo echamos de menos en la obra de Rawls[27]; y, en la medida de nuestras fuerzas, hemos tratado de contrarrestarlo, al menos poniéndolo de manifiesto, aun cuando reduciéndolo también a los que consideramos sus verdaderos límites o términos.

---

[27] Así se expresa también J. Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischenRechtsstaats,* Frankfurt/M. (Suhrkamp), 1992, págs. 88-89 y 106. En cambio, no parece ser ésta la postura de los que entre nosotros escriben inspirándose en Raw1s o sobre él. Así, entre los primeros, creo que acentúa la indiferenciación de los diversos sectores y parece reducir la justicia al Derecho V. Camps, *Virtudes públicas,* Madrid (Espasa-Calpe), 1990: tampoco parece haber echado de menos la diferenciación A. Cortina, «La justificación ética del Derecho como tarea prioritaria de la filosofía política. Una discusión desde John Rawls», en *Doxa,* 2 (1985), págs. 129-144, y en *Ética mínima,* Madrid (Tecnos), 1992, págs, 177-204.

DOXA 15-16 (1994)

DEMOCRACIA Y CULTURA DE MASAS (LA ENCRUCIJADA ÉTICO-POLÍTICA DE MILL, TOCQUEVILLE Y WEBER)

Por su carácter de libro de confrontación con aquel poder tan largamente establecido, considero a *Estado de derecho y sociedad democrática* (1966) no sólo el libro que más me influyó, sino el más admirable de Elías Díaz. A la última generación antifranquista, a la que pertenezco, recién llegados a una Facultad de Derecho, dividida para el pensamiento político académico entre Easton y el derecho constitucional comparado, este libro nos indicaba no sólo el pasado del Estado de Derecho sino el marco jurídico-político de nuestra futura democracia. En aquel controvertido período era tan convincente que apartó a algún que otro prochino del clarividente vaticinio de que nuestro país caminase indefectiblemente hacia una república arrocera, versión levantina, como la descrita por diferentes testimonios en otro libro también muy leído entonces, *Una aldea de la China Popular*. Esta tarea de diferenciación analítica entre la sociedad democrática y la aldea, entonces, no era gratuita para casi nadie. El mismo año que Macpherson manifestaba, en *La realidad democrática,* que existían modelos no liberales -comunista y tercermundista- de democracia, Elías Díaz clamaba porque a nosotros, injustamente, no nos correspondiese realidad democrática alguna. Su planteamiento fue clave en mi interés por una perspectiva historiográfica para afrontar los problemas filosófico políticos. Aquí traigo uno a revisión, cuya elección quizás inconscientemente también le deba: la tensión entre liberalismo, democracia y socialismo en el papel jugado por las élites decimonónicas en la construcción de las instituciones representativas. Una visión sobre el pasado puede servir de lupa de aumento para observar los problemas de la política actual. Ojalá mi análisis reflejara parecida capacidad de debate que *De la maldad estatal y la soberanía popular* (1984), al retomar aquí algunos de sus problemas e inspiraciones: Marx, Weber y la Escuela de Frankfurt.

Mill, Tocqueville y Weber realizan la cartografía de las instituciones

representativas en un período paradigmático de convulsiones sociales: los sucesos franceses de 1848-1851 y las agitaciones sociales de la República de Weimar, desarrollada entre 1919 y 1933, enfrentan a demócratas, liberales, fascistas y socialistas. Aquellos tres son los artífices de una política reformista sustentada en la burguesía y en cuyas antípodas los dos primeros tienen como coetáneos a Marx y a Engels, y el último a Rosa Luxemburgo. Marx, por su parte, escribe desde el exilio londinense de pensador nómada sus textos historiográficos, desbrozando un amanecer revolucionario que premie el insomnio padecido por el cuarto estado. En *La lucha de clases en Francia de 1848 a 1850* (1895) fija el momento de la revolución en la contradicción entre las modernas fuerzas productivas y las formas burguesas de producción. Marx sitúa todos los episodios de 1848 y 1849 bajo la divisa de la derrota de la revolución. Largo calvario le haría falta al partido de la subversión para sobreponerse a una contrarrevolución cerrada y potente. De forma más concluyente, Engels en el prólogo a esta obra -frente a la posterior opinión del espartaquismo alemán- señala como causas del fracaso de la insurrección del 48 el adelanto de las revueltas respecto al necesario acaecimiento de una crisis económica mundial y una mayor experiencia del ejército en la lucha callejera para aplacar las algaradas del pueblo. Engels acaba prefiriendo la utilización estratégica de los instrumentos electorales legales a las movilizaciones sociales. Con escala de valores opuesta, Tocqueville observa armado, frente a «la pura canalla de la insurrección», la «confusión fraterna sin desorden» de las fiestas revolucionarias en los Campos de Marte, y describe la revolución en sus *Recuerdos,* sin populismo alguno. La degradación de las costumbres públicas y la indignidad de los políticos para mantener el poder caldea el viento de revolución. Mill coincidió con Tocqueville en ver en el empobrecimiento de la «vida pública» la causa ecuánime de la caída de Luis-Felipe. Marx busca la explicación económica de la política; Tocqueville y Mill, en cambio, la otorgan su sustantividad propia. Mientras Mill y Tocqueville priorizan las libertades formales para el futuro de la política, Marx no aprecia cambio político que no deba concluir en una liberación real (Raymond Aron: 1967, 1965). Ambas posiciones reflejan la tensión entre una política revolucionaria y otra reformista -a veces crítica- que, hoy, heredamos decidida.

John Stuart Mill es clave para la reconstrucción del debate histórico entre liberalismo, democracia y socialismo en la política moderna del siglo XIX. Mill, Tocqueville y Weber están unidos por la fascinación por la cultura política anglosajona -siempre diferenciada de la del viejo continente- que surge con una novedad inaudita en Estados Unidos. En este vector teórico, Mill es un auténtico gozne

en la reconstrucción de la teoría del liderazgo político de Alexis de Tocqueville y Max Weber. El «aire de familia» filosófico política que les asemeja se evidencia en ciertos rasgos compartidos por estas dos generaciones. En primer lugar, Mill escribió un espléndido comentario a *La Democracia en América* (1835, 1840) en la *London and Westminster Review* coincidiendo con su sucesiva aparición. Allí, subrayó la importancia fundamental atribuida por Tocqueville a la actividad política realizada en el ámbito de la vida local. Pero tanto en este comentario como en la correspondencia entre ambos quedó patente el papel fundamental de las élites democráticas en el poder representativo del gobierno democrático americano. Además, Weber leyó a Mill y citó al escritor inglés en «La ciencia como vocación» (1919), con rasgos sumamente problemáticos de distanciamiento y de coincidencia fundamental: un precedente al que está lejos de alabar y otorgar razón, pero al que reconoce el valor ontológico del politeísmo en cuanto se sale de la pura empiria. En segundo lugar, por su vinculación con el modelo desarrollista de democracia, Mill y Tocqueville conciben la política como instrumento de desarrollo espiritual e intelectual de los individuos. Sin embargo, tendrán que reflexionar frente a una antropología liberal precedente -el individuo maximizador de utilidades- que niega su modelo normativo de autorrespeto y perfección espiritual y se adapta mejor a la descripción del comportamiento individual moderno. Consecutivamente, Weber representa una propuesta política *in extremis* de aceptación de la perversidad del mundo y moralización de la vida política a través de la hercúlea tarea de un individuo carismático de cualidades heroicas. Mill conectó también con esta ética de la excelencia moral a través de Carlyle y Tocqueville por vía de Plutarco. En tercer lugar, los tres comparten la preocupación crítica frente a la conversión degradante de la política en una actividad rutinaria. Los tres observan críticamente la grave homogeneización propiciada por el mundo moderno y propugnan una dirección *política* del aparato burocrático. Ninguno de ellos acude a una fundamentación del poder en universales morales. A Weber nada le parecía más execrable que utilizar la ética para llevar razón, Tocqueville obvia las discusiones acerca de los principios generales en el día a día de la política, y a Mill le preocupaba poco si la propiedad era un derecho natural o no a la hora de reconocer límites variables a este derecho. El politeísmo moral de Weber ya está presente en Mill, quien comparte con Tocqueville una teoría moral basada en la libertad. La explicación de todos ellos del poder es estratégica y no reducible al lenguaje de los derechos universales.

Desde tradiciones culturales muy distintas, los tres subrayan los males endémicos del proceso de racionalización del mundo moderno bajo las formas de centralización, organización racionalizadora,

reducción de la vida a supervivencia o elusión del deseo al cálculo administrado. Tanto Tocqueville como Mill y Weber sitúan la acción social moderna bajo el *dictum* de Adorno y Horkheimer de crítica del contenido represivo de la igualdad: «el precio de la igualdad de todo con todo consiste en que nada puede ser idéntico a sí mismo. La ilustración disuelve el error de la vieja desigualdad pero [...] destruye lo inconmensurable. [...]». La constricción moderna de la libertad en el interior de la weberiana «jaula de hierro» es debelada de la misma crítica forma en el frankfurtiano viaje de Odiseo. La mayor cientificidad y eficiencia de la máquina administrativa genera menos libertad. Nadie escapa a este poder acrecido del Gobierno moderno que, cuanto más se expande, más puede prescindir de las demandas sociales. Si el postulado reformador de Bentham era todavía organizar y moralizar la administración racionalmente, la preocupación de Mill y Tocqueville es evitar su sobredimensionamiento. Ambos comparten la misma concepción de la libertad. Tocqueville le escribe a Mill en una de las últimas cartas: «Mi querido Mill, recibí ayer su libro *Sobre la libertad*. Me lo he encontrado en Cannes, donde mi salud me forzó a venir para pasar el invierno. [...] siento indudablemente a cada instante que sobre este terreno de la libertad no sabríamos marchar sin darnos la mano» (9 de febrero de 1859). Mill, influido por Tocqueville, temió los efectos homogeneizadores de aquel criterio en que Bentham fijó máximas esperanzas: el control político y moral de la «opinión pública». La tiranía de la opinión mayoritaria supondría necesariamente una opresiva limitación del alma individual. De ahí que los rasgos más sobresalientes de la filosofía moral de *Sobre la libertad* (1859) repare en la protección de la disidencia, el ideal del desarrollo de la individualidad no sometido al yugo social, la libertad de creación y expresión de una opinión incluso herética, y, en definitiva, la inexistencia de otro criterio de intervención estatal en la esfera de libertad civil y política que evitar un daño a terceros.

Del temor a la reducción absoluta de la política a administración surge el compromiso teórico y práctico de Tocqueville, Mill y Weber por una organización dinámica del monstruo burocrático. Para Aron, el problema central de Tocqueville es el desarrollo de uno de los problemas que plantea Montesquieu: el despotismo o poder arbitrario de uno sólo es contrario a la libertad, mientras que una república o una monarquía moderada pueden proteger la libertad. Para Montesquieu, la desigualdad es garantía de libertad en la monarquía francesa. Pero al estudiar la monarquía inglesa, se encuentra con una monarquía liberal, basada en la representación y la primacía de la actividad mercantil. Tocqueville desarrolla los análisis de Montesquieu sobre la monarquía inglesa, consciente de que aquí la libertad -a diferencia de lo que ocurría con la monarquía francesa- no requiere de desigualdad

de condiciones (Raymond Aron: 1967). Pero Tocqueville experimenta en carne propia cómo la aristocracia es un Gobierno indefectiblemente superado. Tal como señala Schmitt, Tocqueville es el pintor y moralista de una época que vive existencialmente como vencido. Su coraje intelectual y cortesía se sobrepone sobre una ruidosa desesperación (Carl Schmitt: 1950). Se desinteresa por viajar a Inglaterra porque los gobiernos mixtos le parecen sociológica e históricamente superados. Respecto de Francia, la experiencia americana reúne la ventaja de surgir sin revolución. En comparación con Inglaterra, a la que secunda, América aporta incluso una democracia en estado puro. Los ingleses son aristócratas en Inglaterra y demócratas en Estados Unidos (François Furet: 1984). Tocqueville abre así una firme inquietud por la vida norteamericana proseguida por Mill y Weber.

Frecuentemente, en la teoría social de Tocqueville se han resaltado aspectos de valedor de una sociedad autorregulada por un supuesto predominio absoluto de la vida política local. Sólo cuando la sociedad padece de desintegración surge un Estado centralizador y un individualismo egoísta, apropiado a la desaparición de los cuerpos intermedios. No se obvia la ineludible existencia de un poder externo, pero el acento final se pone en la capacidad de los hombres para autogobernarse. Tocqueville resultaría ser un anti-Hegel (Pierre Bimbaum: 1970). Sin embargo, la corrección de la, para él, inconveniente centralización administrativa confía que venga de un «arte» político que tuerza esta pésima tendencia de la sociedad moderna. Aunque el énfasis en la participación política descentralizada es cierto, Tocqueville otorga, siguiendo la tradición política clásica, un papel decisivo a la centralización gubernamental -de la que sí es partidario-, y al consiguiente liderazgo elitista, en la materialización de esta particular intervención política en la sociedad. Tan importante es la libertad de asociación, para Tocqueville, como la selección de élites y técnicos en el gobierno representativo. En una sociedad atomizada, las asociaciones contrapesan la débil presencia de las demandas individuales, inexistente en comparación con el paternalista peso del Estado. Pero existe una distancia manifiesta entre el origen de la soberanía democrática y su ejercicio efectivo en la democracia representativa. La vida pública está abierta a todos según diversos niveles adecuados a las diferentes aptitudes y capacidades. Más allá del gobierno local, la soberanía popular sólo interviene en la elección y control de los representantes (Jean-Claude Lamberti: 1983). La interpretación de Mill de *La Democracia en América* se basa en que existe aquí una «distinción capital entre *delegación* y *representación*». Además, ambos comparten idéntico pesimismo sobre los procesos de racionalización: el liderazgo político

está bloqueado por la homogeneización moderna de los individuos y no es evidente que la democracia impulse la libertad de expresión. Pero Mill es dos puntos más optimista sobre las posibilidades de la democracia: no ve mal endógeno en la falta de cultura dirigente en Estados Unidos, cabe educarla en la «clase ociosa»; y atribuye el embelesamiento cultural por la prosperidad económica a la civilización y no a la democratización. En todo caso, ambos denunciaron la asimilación cortesana de los intelectuales al orden imperante y el rentable adocenamiento de la mayoría a la cultura de masas como mal endémico de la democracia emergente. «El hombre de genio se hace cada vez más raro -señala Tocqueville- y la cultura más común». Y, a la vez celebraron la profundización del Gobierno popular, mayor garantía frente a los «intereses oscuros», afectos a la actividad política.

El proceso moderno de democratización de la política era así de ambivalente e ineluctable para ambos. Tocqueville sí es un antiMacintyre, pues piensa que la fragmentación que observa de la sociedad moderna es propia de la sacudida de un paradigma histórico -el premoderno- irremisiblemente superado. Más allá de cualquier «ironismo escolástico», muestra un esfuerzo sincero -inútil es añorar la caduca comunidad bien ordenada- por remontar los males que ya le parecen inevitables de la democracia: homogeneización normalizadora por el disfrute o aspiración al bienestar, pérdida de cualquier estima hacia el noble esfuerzo espiritual y, sobre todo, riesgo de «inmovilismo chino» entre los ciudadanos y de ejercicio de un «despotismo asiático» venido de las alturas. Destino común a Rusia y a Estados Unidos -para asombro de Schmitt, ya aisladas como las dos superpotencias futuras por Tocqueville. En un país como Estados Unidos, donde el acceso a las fortunas intermedias y su expansión está generalizado, el poder de las mayorías no se ejercerá sobre las riquezas de unos pocos sino sobre las opiniones disidentes y las minorías de raza y religión. Para Tocqueville, la terapia democrática consiste -y aquí coincide con Mill y Weber- en la profundización de la *educación política* a través de la revitalización del asociacionismo y el quebrantamiento de la opinión pública por las élites democráticas.

Tocqueville se atribuye la aceptación de la igualdad de condiciones -las naciones mantendrán indefectiblemente este estado- y se arroga la crítica de la servidumbre acarreada por la pérdida moderna de la virtuosa libertad aristocrática. Vislumbra que las condiciones sociales americanas -igualitarias por económicamente abundantes- son el futuro del viejo continente. Pero no hay que olvidar que es representante genuino del liberalismo -antisocialista y refractario al obrerismo, en Francia, a diferencia de Mill, en Inglaterra-, y reflexiona en el centro de convulsiones populares destructoras de los

deficientes límites burgueses del contrato liberal. Su conservadurismo le impide reconocer este déficit de legitimación en la sociedad que irrumpe. Y, no obstante su virtualidad crítica, diagnostica que la desaparición de la sociedad aristocrática supuso la ausencia de sus fuertes virtudes, sin que el estado social democrático haya procurado aquello que pudiera aportar la igualdad social. La fuerza de la minoría fue sustituida por la debilidad de todos. Pero no cabe vuelta atrás en este movimiento moderno traído por la Providencia. El mayor obstáculo a la dinamización de la democracia es la hipostatización de un humanismo burgués que no reconoce otro movimiento que el aspirante a los pequeños negocios económicos. François Furet ha fijado, precisamente, la actualidad de Tocqueville en la manifiesta incompatibilidad entre bienestar y libertad que viene caracterizando a nuestro sistema democrático como deficitariamente legítimo. Ni la disidencia ni la participación vienen a coincidir con un pacto mayoritario en torno al bienestar igualitario (François Furet: 1991). Sobre el terreno, en Estados Unidos, Tocqueville le escribe a Chabrol: para la sociedad americana, «el *interés* es el único secreto. [...] Estamos aquí muy lejos de las repúblicas antiguas, ¿no es verdad? [...] Lo que conduce a los hombres a enturbiar al Estado es, por un lado, las ganas de conseguir el poder, de otro, la dificultad de formarse una existencia feliz por medios ordinarios. Aquí, en absoluto hay poder público y, hablando en serio, no hay necesidad de él» (10 de Junio de 1831). Y su amigo Gustave de Beaumont -con quien viaja a América y completa la descripción del costumbrismo americano- cuenta a su madre: «Vivimos en un país que no conoce en absoluto, desde hace mucho tiempo, las disensiones civiles y políticas. En verdad, no hay más que un partido en América; las disputas que se avivan en los periódicos o en la sociedad son más bien relativas a las personas que a las cosas. Hay que subrayar que los empleos públicos más elevados son poco buscados; aquí sólo hay una cosa que excita vivamente las ambiciones, es la riqueza. Solamente la fortuna da crédito, consideración, poder; los empleos públicos, que son poco retribuidos, no dan ni consideración, ni poder, ni crédito; por lo que no son solicitados más que por los que no tienen nada mejor que hacer. [...].» (Nueva York, 7 de junio de 1831). Pese a estas malas condiciones sociales -el interés particular aparece como el único móvil para la escasa pasión política-, Tocqueville quiere para su historiografía una función normativa. Frente al determinismo histórico de los historiadores en democracia -partidarios de la obediencia ciega e inflexible a los acontecimientos-, Tocqueville desea, a la manera antigua, enseñar a mandar. Considera que, en todo período político, las grandes personalidades políticas desarrollan la historia en un sentido o en otro. Gobernarse a sí mismo y gobernar a los otros rompe

la inexorabilidad de las leyes generales de la historia. El mayor obstáculo democrático a este liderazgo político es el establecimiento de la «humanidad» en la mediocridad y el bienestar. El apagamiento de la juventud y la imaginación, la pérdida de cualquier extremo, el aislamiento de los disidentes y el debilitamiento cortesano de los mayores talentos son efectos de este nivelamiento social democrático. Tocqueville puede ser interpretado en clave de antihumanista y antiburgués.

La vida asociativa y una «doctrina del interés bien entendido» habrían de contribuir a la selección democrática de élites. Pero, aunque este sea el móvil último de su teoría política, Tocqueville observa en Estados Unidos un predominio vacío de la partitocracia en el poder sólo contrarrestrable a través de otras asociaciones. Una gran desconfianza popular hacia los grandes talentos y el servilismo de los elegibles respecto de los electores procuran un fracaso absoluto en la selección popular de élites: sólo el Senado, mediante un segundo grado de elección, propicia la honorabilidad de los debates parlamentarios americanos. Tocqueville atisba una crisis en el sistema americano de partidos -análisis proseguido por Bryce, Ostrogorski y Weber-, provocada por la proliferación de «pequenos partidos» que nunca representan el interés público y ahogan la actividad franca y audaz de los «grandes partidos».

Tocqueville alentó en la primera parte de *La Democracia en América* un buen augurio sobre la descentralización administrativa americana y su impulso local. Cinco años más tarde, el acento último recae en el predominio de la weberiana dominación legal-racional, sin que haya determinado un resorte claro de selección de las élites culturales democráticas, fundamentalmente valoradas en su teoría política. El sentimiento igualitario tiene su correlato en la dominación democrática de un poder único y central y una legislación uniforme. El temor al desorden y el amor al bienestar favorecen el predominio absoluto del poder central en manifestaciones cada vez más amplias de la acción social. La destrucción final de todos los poderes secundarios consagra así el despotismo administrador y el predominio de un individualismo atomizado y políticamente estéril. Tocqueville concluye diciendo: «la igualdad sugería la noción de un gobierno único, uniforme y fuerte. Acabo de mostrar cómo también les habitúa a él; así que es hacia un Gobierno de ese tipo al que tienden las naciones en nuestros días. La inclinación natural de su espíritu y de su corazón a él les conducía y, para alcanzarlo, les basta con no ponerse límites. Creo que en la era democrática que se inicia, la independencia individual y las libertades locales serán siempre un producto del arte político. La centralización será la forma de gobierno natural.» (Alexis de Tocqueville: 1840). La segunda parte de

La Democracia en América señala un giro hacia el reconocimiento del auge centralizador. En 1835 le había preocupado la concentración popular y legislativa del poder, ahora la creciente acumulación del poder del Estado y su burocracia (James T. Schleifer: 1980). Tocqueville ha oscilado entre el postulado de las grandes virtudes aristocráticas de Plutarco, la reivindicación del honor antiguo en las naciones modernas, y un pesimismo pascaliano sobre el futuro de la libertad en las sociedades democráticas (Luis Díez del Corral: 1989). La absolutización del consensus democrático es el único devenir real y horizonte individual en la historia. El «hombre democrático» desconoce que es más objeto que sujeto del proceso de igualación. Ante la absolutización de las virtudes morales universales, la libertad aparece como un don extraño al «hombre democrático» (Pierre Manent: 1993).

El postulado filosófico-político de Mill y Weber puede ser hoy interpretado como una terapia de urgencia a las aporías de la política moderna, no exenta de titubeos en su afirmación democrática. Weber sobrevaloró la democracia plebiscitaria sobre la democracia parlamentaria (Joaquín Abellán: 1992; Wolfgang J. Mommsem: 1959). De Mill no hay que olvidar que su compromiso socialista, querido como profundizador de la democracia (John Stuart Mill: 1873), y su obrerismo estuvo teñido por su teoría del voto plural, matiz de su sufragismo. Mill había percibido ya el posible éxito de la estrategia electoral del movimiento obrero propugnada por Marx y Engels: el auge de los trabajadores manuales concluiría en una legislación favorable a la clase trabajadora. De aquí que propugnara el favorecimiento numérico de los más preparados culturalmente, bajo la intención de favorecer la imparcialidad de las instituciones democráticas. No cabe reconstruir -tal como hace Berlin- la filosofía política de Mill sobre las élites a través de *Sobre la libertad* (1859) sin aludir a *Del gobierno representativo* (1861). Es cierto que -tal como señala Berlin- Mill fue crítico corrosivo de la «religión sin teología» de Comte. No compartía ni su afán reglamentista, ni su deseo de imponer un altruismo perfecto sobre cualquier tendencia personal. La solidaridad querida por Mill no debería surgir de la paralización de las pasiones e inclinaciones egoístas por la fortificación habitual de las afecciones sociales. La descripción que Mill hace de la transición del anarquismo al positivismo puritano, prevista por Comte, es burlesca (John Stuart Mill: 1865). Pero del santsimonismo le hace un encarecido elogio a Gustavo d'Eichtal cuando aprueba la regeneración y desarrollo de la sociedad que está emprendiendo este movimiento «à la tête de la civilisation.» (30 de noviembre de 1831). De forma mucho mas precisa que Berlin, Macpherson resalta el temor de Mill a un gobierno de trabajadores. Finalmente, la

predicción de Bentham y James Mill de que el sufragio universal no favorecería tal gobierno y la clase trabajadora seguiría el ejemplo de la clase media acabó confirmándose cuando, muerto Mill, se introdujo el sufragio universal de los varones (C. B. Macpherson: 1976). Más cercano al fourierismo que al comunismo, Mill objetaba al socialismo revolucionario su tendencia a estrangular la opinión minoritaria en aras de la decisión colectiva y a precipitar los necesariamente paulatinos cambios históricos (John Stuart Mill: 1979). *Del gobierno representativo* prioriza, claramente, el liderazgo de los más capaces e inteligentes y se opone a una posible legislación de clase (trabajadora). Pero su terapia al sedentarismo de las instituciones políticas modernas determina un paradigma reformador del que no hemos salido.

Mill fija en la selección de las élites la salida a los dos males de la política moderna: inexistencia de educación política y burocratización de las decisiones colectivas. La complejidad de la acción social determina en Mill -como en Weber- la disposición de las decisiones públicas por el aparato institucional. La determinación de las funciones del político y del funcionario delimita, tanto en uno como en otro, el ámbito de la imaginación de fines colectivos y de la ejecución de órdenes, respectivamente. Además conciben el Parlamento como el órgano deliberativo capaz de seleccionar a las élites. Así señala Mill, en expresión clave que Weber suscribiría: «La enfermedad que afecta a los Gobiernos burocráticos, y del que ordinariamente perecen, es la rutina. [...] se necesita un régimen popular para que las concepciones de los genios originales tengan probabilidades de prevalecer sobre el espíritu inerte y hostil de las medianías que no ignoran la tradición pero carecen de ciencia. [...].» Esta «glorificación del genio», como individuo activo y original, realizada por Mill, es un precedente de la noción moderna de carisma radicalizada por Nietzsche. Para Mill el genio posee una capacidad estimuladora de la inteligencia media de los individuos (Charles Lindholm: 1990). En cambio, en la formulación del genio realizada por Nietzsche, en *Sobre el porvenir de nuestras escuelas* (1872), el hombre superior surge en el sacrificio plurisecular de las capacidades de la medianía de la sociedad.

Pese a que la teoría de la personalidad y el politeísmo valorativo nietzscheano sean trasfondo de la teoría del liderazgo político weberiano (Wolfgang Mommsem: 1974), Weber no comparte esta concepción del sacrificio colectivo a la voluntad del líder. El líder carismático ha de impulsar el bien común o economía política de la nación alemana. Pero su concepción del carisma ha perdido la confianza de Mill en la capacidad desarrolladora del espíritu, procurada por el gobierno representativo. Weber hizo extensivo el sufragio al

conjunto de la nación alemana, a través de su contribución personal en el artículo 41 de la Constitución de Weimar. Pero el liderazgo político weberiano supone una alternativa agónica al pesimismo de Tocqueville acerca de las posibilidades de superación de la centralización del poder y la universalización del cálculo individualista, Tocqueville y Weber compartieron la confianza en la iniciativa económica privada para sustituir las estructuras económicas tradicionales. Pero su reverso despotenciador del espacio público de la política no es lamentado por Weber, pues habrá de colmarse con la especificidad de la labor del político, definitivamente operada por la división social del trabajo. *La Democracia en América* plantea la tensión weberiana entre la dominación legal-racional y la dominación carismática. Superada irreversiblemente la dominación tradicional, los últimos restos de elementos carismáticos se encuentran en las virtudes nobles del ocaso social aristocrático. Para Tocqueville prevalecerá en el futuro un horizonte cerrado para la política activa cuya posible superación no vendrá determinada por la universal dinámica de la historia. Weber es heredero de esta aporía práctica sobre la que construye una teoría política definida por la teoría de la dominación, de la burocracia y del liderazgo. La definición weberiana del Estado y de la actividad política, ofrecida en «La política como vocación» (1919), no deja ningún margen a un modelo desarrollista de democracia: «[...]. Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio (el «territorio» es elemento distintivo), reclama (con éxito) para sí el monopolio de la *violencia física legítima*. [...].» Weber se revela, en «Parlamento y Gobierno en una Alemania reorganizada. Una crítica política de la burocracia y de los partidos» (1918), como un representante de primer orden del modelo democrático competitivo de partidos: «[...] la esencia de toda política es *luchar, ganarse aliados y seguidores voluntarios* [...]», a lo que añade: «[...] para el liderazgo político, en todo caso, sólo están preparadas aquellas personas que han sido seleccionadas en la *lucha* política, porque la política es, en esencia, lucha. [...]». Aron en un importante artículo «-Max Weber et la politique de puissance» (1964)- analiza esta *Machtpolitik* que Weber reduce al ámbito del Parlamento y, consecutivamente, a la liza internacional, atribuyéndola no supeditarse ni al derecho ni a una ética universal. Efectivamente, Weber, como descendiente de Maquiavelo y Nietzsche, no se pregunta qué régimen es justo: sitúa la lucha en el centro del papel que cada nación ha de ocupar en el ámbito internacional. Para Aron, el combate estipulado, por Weber, para la política entre naciones, clases o individuos se encarna tanto en el parlamentarismo como en el nacionalismo imperialista alemán. Aron subraya éste último como el auténtico demonio del sociólogo alemán que, unido a su confianza en el líder carismático,

plebiscitariamente elegido, acabaría situándole en la pendiente del nazismo que hubiera deplorado. Para demostrar su tesis se limita a analizarla en el ámbito de las relaciones internacionales. Atribuye a Weber lo que corre, por su crítica del parlamentarismo, más rigurosamente por cuenta de Carl Schmitt. Weber sería así el artífice de una teoría sociológica singular y de una teoría política marcadamente atroz y caduca.

Pero, muy al contrario, su interpretación parlamentaria nos sitúa ante uno de los horizontes más dinamizantes de la política contemporánea. Una moralización de la vida política de alcance social, caracterizada por transformaciones profundas, la organización y la participación de base, auspiciada por el espartaquismo era, para Weber, una provocación a su persona y un desconocimiento vehemente de la responsabilidad del político. El ámbito más restringido de moralización weberiana de la política es el de los políticos profesionales. El gran obstáculo histórico de la política weberiana es la falta de liderazgo político en una nación vaciada de educación política por Bismarck, artífice de una política unipersonal movilizada por una corte de políticos que preservan el «monopolio de prebendas» y «patronazgo de cargos» (Max Weber: 1918). Weber confía en que la reforma del artículo nueve de la Constitución alemana posibilite la selección del Gobierno en el Parlamento: «[...] El objetivo de una parlamentarización es convertir al Parlamento en un lugar para seleccionar dirigentes. Y un dirigente político no aspira al cargo ni a un sueldo que le permita después una pensión ni tampoco al ejercicio de unas competencias lo más libremente posible, sin controles, sino que aspira a un ejercicio político, y esto quiere decir, a un poder responsable políticamente apoyado en la confianza y en la clientela de un *partido*, en cuya cúspide o en su centro debe desear permanecer, como ministro, para influir en él. [...].» (Max Weber: 1918). Sin esta dirección política, parlamentariamente seleccionada, no cabe gobierno de aquello que, para Tocqueville, por futuro político inevitable, requeriría del dominio de un auténtico arte político. Ambos ven un porvenir caracterizado por un *dominio burocrático* común a todo signo político. Tocqueville reparte su escasa confianza terapéutica en la influencia ejercida entre organizaciones horizontales y verticales; Mill y, sobre todo, Weber confían en una dirección vertical. En todo caso, no les caracterizó la confianza sino, más bien, la animadversión hacia las soluciones que les pudieran llegar de sus conciudadanos medios, bajo la fórmula, acuñada por Tocqueville, de «tiranía de las mayorías».

En la República de Weimar, Weber -como Meinecke o Mann- se sitúa entre aquellos que vinieron en llamarse «republicanos de cabeza». Intelectuales que asumen la república fríamente, fruto de un

compromiso cerebral, reflejo, todavía, de una tensión social entre aristocratismo irracional y democratismo racional. «El Estado nacional y la política económica» (1895) plantea una severa identificación de la clase social más apropiada al liderazgo económico político de la nación alemana, decidida, con dificultades, por la burguesía. En opinión de Weber, la clase dirigente habría de ser portadora de la conciencia económica de la nación. La tradicional aristocracia rural prusiana languidece y es pusilánime para representar a la economía política de la nación alemana. El proletariado carece de instinto nacional de poder y energía catilinaria de la acción. Las escasas esperanzas futuras de liderazgo de clase, Weber las sitúa en la burguesía a la que pertenece: «Yo soy un miembro de las clases burguesas, me siento como tal y he sido educado en sus principios e ideales. Pero el contenido de nuestra ciencia es, justamente, decir lo que no gusta oír -hacia arriba, hacia abajo y también a la propia clase-. Y cuando me pregunto si la burguesía de Alemania está hoy madura para convertirse en la clase política dirigente de la nación, no me es posible contestar, *hoy por hoy,* que sí. [...].» La reflexión política de Weber se dirigió, tras esta programática declaración, a la formación de una teoría política burguesa. El interés weberiano por preservar un ámbito de libertad de la depredación esclavizadora de la burocracia está inserto dentro de la preocupación burguesa por la libertad en el desarrollo capitalista de esa época (David Beetham: 1974). Weber guarda distancias con el carisma aristocrático que, vinculado con la democracia corporativa, abriría paso al nacional socialismo (Arthur Mitzman: 1969). Aunque sea cierto que la última fase del pensamiento político de Weber es plebiscitaria y no parlamentaria, su formulación de las cualidades del líder es, todavía hoy, la más ácida crítica de la supeditación de la política a meros fines técnicos (Antonio Valdecantos: 1992). La decisión personal creadora, encarnada en el líder, es decisión libre y racional entre fines metafísicos, no supeditados a las condiciones del medio, representadas por el técnico y el hombre de orden. A una vida social dominada por la racionalización y los sistemas burocráticos (José M. González: 1989), Weber opone la fuerza heroica del carisma, basada en una intransigencia de origen puritano (Wolfgang Mommsem: 1965).

Sin embargo, la terapia democrática weberiana no remontó el estancamiento de las instituciones de su época. La profesionalización no vocacional de la política, la confusión de funciones y responsabilidades políticas y funcionariales, la reducción de las asociaciones políticas a empresas que aprovechan los puestos de la Administración para premiar a sus partidarios, el predominio de la política de poder sin fin alguno, la disecación del Parlamento por la disciplina dictada por maquinarias burocráticas de los partidos supeditadas

al líder caudillista o la trivialización sentimental del discurso y del debate político aparecieron como síntomas habituales de la fisiología democrática. La política de Weber acaba asemejándose a una política sustentada en el singular crédito moral del personaje que la postula (Karl Jaspers: 1920, 1932), mientras todo se derrumba a su alrededor. Ni la entrega apasionada a una causa, ni su orientación responsable, ni la mesura recogida y tranquila ante la decisión brillaron en la política reformista postulada por Weber. Y, sin embargo, se ocupa de regenerar la única política posible en nuestro horizonte futuro. Su antípoda política fue el ideario espartaquista de Rosa Luxemburgo, reflejado en *Huelga de masas, partido y sindicatos* (1906). Una emocionada apuesta por la prioridad de la valerosa acción obrera de base sobre la organización, en la huelga de masas, que quería convertir a la revolución rusa en parte de la historia social y política de los obreros alemanes. Pero, según Weber, las organizaciones sindicales, de las que era partidario, se perpetuarían en un modelo capitalista. Además, la revolución socialista no traería una destrucción del aparato burocrático sino su reforzamiento. En tanta emoción, Weber sólo veía una intoxicante ilusión de transformación radical de la sociedad: «Liebknecht -dijo- debía estar en un manicomio y Rosa Luxemburgo en un zoológico.» (Anthony Giddens: 1972).

«El socialismo» (1918) revoca, ya entonces, tres de los presupuestos fundamentales que habían diferenciado a la política marxista. La democracia sólo significará, en el futuro, según el canon liberal, inexistencia de desigualdades formales en los derechos políticos de la población. Las leyes de la historia no caminan indefectiblemente, como señalaba la profecía, al advenimiento de la sociedad sin clases. La separación del trabajador de los medios de producción es efecto de la complejidad de la vida productiva y no medio de explotación. Aún no satisfaciendo todas las preferencias políticas, el horizonte de la política contemporánea, el nuestro, es weberiano. Pero es difícil opinar que aquellos problemas que, *in nuce,* diagnosticaron Mill, Tocqueville y Weber hayan sido superados. Todos ellos no pensaron en criterios regulativos que orientaran la vida social, sino en impregnar a todas las instituciones sociales y a los individuos de una dinamización política que no predominaba entonces ni predomina ahora. Hoy el pesimismo que les caracterizó adquiere rango de patetismo. El mayor cambio habido en la política representativa contemporánea sobre la debilidad originaria de la imperiosa educación política y la selección de las élites, característicos de aquel paradigma moderno, es del orden del salto de la cantidad a la calidad: aquel predominio de la cultura de masas se expandió en la hegemonía absoluta de la «sociedad del espectáculo» y de la adoración al

Becerro de Oro. Del compromiso intelectual y moral de aquellos gigantes ya desaparecidos no me cabe duda. De la urgencia de la reflexión acerca de los dilemas que abrieron, ni resquicio. Elías Díaz ha seguido una dilatada dedicación, fructífera y sugerente, a la problematización de las desigualdades económicas en los gobiernos democráticos. A todos nos corresponde -incluido, desde luego, el joven Elías Díaz- la prosecución de esta reflexión, antes de que tengamos que preguntarle al gato de Rosa Luxemburgo: Y tú, Mimí, tan pródigo en vidas, dinos, antes de que la nuestra se consume, ¿que opinas?

BIBLIOGRAFÍA

Abellán, Joaquín (1992), «El pensamiento político de Max Weber», *Historia de la teoría política,(4),* (Edc. Fernando Vallespín), Madrid, Alianza Editorial, 532 págs., págs 440-468.

Aron, Raymond (1967), *Les étapes de la pensée sociologique,* Paris, Éditions Gallimard, 663 págs. (existe trad. cast.).

Aron, Raymond (1965), *Ensayo sobre las libertades* (trad. cast. Ricardo Ciudad Andreu), Madrid, Alianza Editorial, 1966 (3.ª ed. 1974), 235 págs.

Beetham, David (1974), *Max Weber y la teoría política moderna* (trad. cast. Fernando Pérez Cebrian), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, 459 págs.

De Beaumont, Gustave (1831-1832), *Lettres d'Amérique* 1831-1832 (textos anotados por A. Jardin y G. W. Pierson), París, Presses Universitaires de France, 1973, 221 págs.

Birnbaum, Pierre (1970), *Sociologie de Tocqueville,* París, Presses Universitaires de France, 159 págs.

Díez del Corral, Luis (1989), *El pensamiento de Tocqueville,* Madrid, Alianza Universidad, 402 págs.

Furet, François (1991), «L'importance de Tocqueville aujourd'hui», *L'actualité de Tocqueville, Cahiers de Philosophie politique et juridique,* n.º 19, Caen, 180 págs.

Furet, François (1984), «Naissance d'un paradigme: Tocqueville et le voyage en Amérique (1825-1831)», *Annales,* n.º 2, Marzo-Abril de 1984, págs. 225-425.

Giddens, Anthony (1972), *Política y Sociología en Max Weber* (trad. cast. Andrés Linares), Madrid, Alianza Editorial, 1976, 98 págs.

González García, José M. (1989), *La máquina burocrática (Afinidades electivas entre Max Weber y Kafka),* Madrid, Editorial Visor, 222 págs.

Jaspers, Karl (1920, 1932), *Conferencias y ensayos sobre historia de la filosofía,* Madrid, Editorial Gredos, 1972, 459 págs.

Lamberti, Jean-Claude (1983), *Tocqueville et les deux démocraties,* París, Presses Universitaires de France, 325 págs.

Marx, Carlos; Engels, Federico, *Obras escogidas I, II,* Madrid, Akal Editor, 1975, 748 págs., 571 págs.

Lindholm, Charles (1990),*Carisma* (trad. cast. Carlos Gardini), Barcelona, Editorial Gedisa, 1992, 303 págs.
Luxemburgo, Rosa, *Huelga de masas, partido y sindicatos* (trad. cast. José Aricó, Nora Rosenfeld), Argentina España, Siglo XXI, 1970 (2ª. 1974), III pp..
Macpherson, C. B. (1966), *La realidad democrática* (trad. cast. Carlos Sánchez-Rodrigo), Barcelona, Fontanella, 1968, 89 págs.
Macpherson, C. B. (1976),*La democracia liberal y su época* (trad. cast. Fernando Santos Fontela), Madrid, Alianza Editorial, 1981, 150 págs.
Manent, Pierre (1993),*Tocqueville et la nature de la démocratie,* París, Julliard, 1982, Fayard, 1993, 181 págs.
Mill, John Stuart, *Sobre la libertad* (Prólogo de Isaiah Berlin, trad. cast. Pablo de Azcárete), Madrid, Alianza Editorial, 1970, 3ª. ed. 1981, 207 págs.
Mill, John Stuart, *Sobre la libertad y comentarios a Tocqueville* (edc. Dalmacio Negro Pavón, trad. cast. Cristina García Gay), Madrid, Espase Calpe, 1991, 388 págs.
Mill, John Stuart (1979), *Capítulos sobre el socialismo y otros ensayos* (Introduc. trad. cast. y notas Dalmacio Negro Pavón), Madrid, Aguilar, 174 págs.
Mill, John Stuart (1873), *Autobiografía* (trad. cast. Carlos Mellizo), Madrid, Alianza Editorial, 1986, 290 págs.
Mill, John Stuart, *Del gobierno representativo* (Presentación de Dalmacio Negro Pavón, trad. cast. Marta C: C. de Iturbe), Madrid, Técnos, 1985, 215 págs.
Mill, John Stuart (1865), *Augusto Comte y el positivismo,* Buenos Aires, Aguilar, 1972.
Mill, John Stuart, *La Révolution française de 1848 et ses détracteurs,* Colección de Folletos del Ateneo de Madrid.
Mitzman, Arthur (1969), *La jaula de hierro. Una interpretación histórica de Max Weber* (trad. cast. Ángel Sánchez Pascual y María Dolores Castro Lobera), Madrid, Alianza Editorial, 1976, 288 págs.
Mommsen, Wolfgang J. (1959), *Max Weber and German politics 1890-1920* (trad. americana. Michael S. Steinberg), Chicago y Londres, The University of Chicago Press, 1984, 498 págs.
Mommsen, Wolfgang (1965), «La sociología política de Max Weber y su filosofía de la historia», *Presencia de Max Weber* (Talcot Parsons y otros), Buenos Aires, Ediciones de Nueva Visión, 1971, 265 págs.
Mommsen, Wolfgang (1974), *Max Weber. Sociedad, política e historia* (Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés), Editorial Laia, 1981, 333 págs.
Schleifer, James T. (1980), *Cómo nació «La democracia en América» de Tocqueville* (trad. cast. Rodrigo Ruza), Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1984, 426 págs.
Schmitt, Carl (1950), *Ex captivitate salus* (trad. cast. Ánima Schrnitt de Otero), Santiago de Compostela, Porto y Cia. editores, 1960, 100 págs.
Tocqueville, Alexis de; Mill, John Stuart, *Correspondence anglaise,* Tomo VI, volumen I, París, Gallimard, 1991 (existe trad. cast.).

Tocqueville, Alexis de, *De la Démocratie en Amérique, Souvenirs, L'Ancien Régime et la Révolution* (Introduc. y notas Jean-Claude Lamberti y Françoise Mélonio), Paris, Robert Laffont, 1986, 1178 págs. (existe trad. cast. de cada una de las obras).

Tocqueville, Alexis de, *OEuvres I* (Edc. dirigida por André Jardin, colaboración de Françoise Mélonio y Lise Queffélec), París, Bibliothèque de la Pléiade, 1991, 1675 págs.

Valdecantos, Antonio (1992), «Argumentos weberianos», *Claves de Razón Práctica,* 27.

Weber, Max, *El político y el científico* (Introduc. Raymond Aron; trad. cast. Francisco Rubio Llorente), Madrid, Alianza Editorial, 1967 (7ª ed. 1981), 231 pp..

Weber, Max, *Escritos Políticos* (Edc. Joaquín Abellán), Madrid, Alianza Editorial, 1991, 370 págs.

DOXA 15-16 (1994)

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS RELACIONES ENTRE DERECHO E INTEGRACIÓN SOCIAL EN EL ULTIMO HABERMAS[1]

Ya en su producción de los últimos años, se había venido constatando el interés del filósofo alemán Jürgen Habermas por las cuestiones relativas al mundo del Derecho y del Estado. La última obra[2] de Habermas viene a marcar la culminación de la vertiente práctica de su filosofía. Está consagrada a la reconstrucción sistemática del papel que las categorías de Derecho y democracia representan en el bagaje conceptual de nuestras sociedades. Examinaré el funcionamiento de ambos conceptos en la arquitectónica del Estado de Derecho con una visión que pretende ser crítica acerca de algunas de las presuposiciones implícitas en estos análisis.

El problema central sigue siendo en este libro, como ya lo fue en la *Teoría de la Acción comunicativa,* el de la creación del orden social, o con otra formulación, el de la garantía de una integración social que preserve un funcionamiento sin fricciones de la vida democrática de nuestras sociedades. El problema de la integración social ya recibió respuesta cumplida en las páginas centrales de su compendio del 81[3], pero ha merecido un tratamiento nuevo y más afinado, y

---

[1] Este trabajo, sólo una tentativa, espero que no demasiado frustrada, constituye una incursión sobre temas que son tratados más exhaustivamente en el marco de una tesis doctoral en curso sobre el pensamiento jurídico-político de este pensador alemán.

[2] *Faktizität und Geltung.* Primera edición. Frankfurt, Suhrkamp, 1992. Existen intentos anteriores de formular un pensamiento jurídico en algunos artículos, ver así «Towards a Communication-Experiment» en *Ratio Iuris,* Vol. 2, N.º 2, julio 1989, págs, 144-154. También «Wie ist Legitimität durch Legalität moglich?» en *Kritische Justiz,* 20, 2987, I, págs. 1-16 (trad. castellana de Manuel Jiménez Redondo, «¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?» en *Escritos de Moralidad y Eticidad,* Barcelona, Paidós, 1991, págs. 131-172.

[3] Más concretamente, en el tomo segundo. Ver *Theorie des kommunikativen Handelns,* Frankfurt, Suhrkamp. Cuarta edición (revisada), 1987 (trad. castellana, *Teoría de la Acción Comunicativa,* tomo segundo, Madrid, Alianza, 1987.

ello a causa del descubrimiento de la centralidad de la categoría de Derecho en nuestras sociedades de capitalismo avanzado.

En la *Teoría de la Acción comunicativa,* el Derecho se adscribe a dos esferas irreconciliables en sus pretensiones mutuas: las del sistema y el mundo de la vida. Por lo que se refiere al mundo de la vida, entendido como horizonte aproblemático y fuente de las interpretaciones en las acciones de los individuos, el Derecho ha de ser considerado como un orden normativo junto a otros, encuadrado en el componente social-institucional. En esa medida, su labor consistiría en la creación de integración social y la acreditación de la solidaridad entre los miembros del colectivo[4]. Conviene no desdeñar las funciones que el Derecho está llamado a realizar en las otras dos esferas del mundo de la vida: en el plano de la cultura, el Derecho se presenta como un sistema de símbolos, transmisible, formador de tradiciones jurídicas y constitucionales con que opera la comunidad de los agentes; en el plano de las estructuras de la personalidad, el Derecho se emplea en la tarea de crear competencias y disposiciones favorables en los individuos, fomentando con ello un comportamiento conforme con las representaciones normativas del grupo[5].

La integración social se logra en primer plano, y de forma natural, sobre la base representada por las acciones comunicativas, esto es, merced a la coordinación contra el trasfondo representado por el consenso. El consenso está instalado en el lenguaje cotidiano, el cual posee la ventaja de la multifuncionalidad frente a los lenguajes especializados. Es menester llamar la atención sobre el hecho de que el consenso es un recurso poco previsible y extremadamente fortuito, motivo por el que se presenta como un fundamento poco fiable sobre el que establecer la coordinación de las interacciones[6]. En la absorción de los riesgos que implica un disenso potencial[7], es donde el Derecho juega un papel de importancia central, cumpliendo así una integración reflexiva, o de segundo orden. Habermas nos recuerda que frente al riesgo de despliegue de las acciones comunicativas, el Derecho reacciona imponiendo una doble táctica de liberación y limitación de la comunicación, de estabilización de los comportamientos con expresa interdicción del análisis de los motivos de la obediencia, y extensión irrestricta de los discursos en cuestiones de fundamentación de las normas.

---

[4] *Teoría de la Acción comunicativa,* págs. 200-206.

[5] *Faktizität und Geltung,* pág. 108.

[6] *Faktizität und Geltung,* págs. 28-45.

[7] Inscrito con igual legitimidad que el consenso en el telos del lenguaje, como nos recuerda Wellmer: «Konsens als Telos der sprachlichen Kommunikation?», en *Kommunikation und Konsens in modernen Gesellschaften,* Frankfurt, Suhrkamp, 1992, pág. 22.

Es en este sentido en el que hablamos de «regulación normativa de las interacciones estratégicas»[8], conciliando de esta manera dos orientaciones en la coordinación de las acciones que se presentan como irreductibles a los ojos de los agentes. Las normas ejercen así su virtualidad integrativa cumpliendo dos condiciones: la de representar limitaciones fácticas, con las que el actor cuente para la adaptación objetivamente funcional de su comportamiento, a la vez que imponen obligaciones, justificables únicamente a la luz de pretensiones de validez intersubjetivamente reconocidas. La integración social se consigue provocando una disposición a la obediencia a través de la coacción jurídica, y por la validez legítima de las normas a un tiempo. Esta doble referencia está presente a manera de síndrome en la validez de las normas jurídicas, con la vinculación indisoluble entre los principios de positivación y fundamentación o legitimidad[9].

Con el binomio compuesto sobre la relación integración-legitimidad, se desmiente la imagen positivista que equiparaba Derecho y voluntad del legislador. La cualidad racional de la legislación depende de la voluntad coincidente y unida de todos los ciudadanos, en cuanto consideramos libres e iguales. Los destinatarios individuales de las normas jurídicas sólo pueden ser cohesionados si se reconocen tras ellas, esto es, si participan como artífices en la creación del sistema del Derecho[10]. En esa medida, nos dirá Habermas, el Derecho moderno se alimenta de la solidaridad que se concentra en el papel de ciudadano y procede en última instancia de la acción comunicativa. La integración social surge de la garantía de la coexistencia de iguales libertades de arbitrio de los ciudadanos, y del reconocimiento paralelo de derechos recíprocos. Para ello se precisa del concurso del legislador político[11], que se constituye en referencia necesaria para las tareas integrativas, demandando de los sujetos miembros la adopción de un papel participante en la labor de la generación de principios normativos con ayuda de los que regular la convivencia. La integración social pilotada por el sistema jurídico va indisolublemente asociada a la idea democrática, entendida ésta como impulso cohesivo albergado en la voluntad coincidente de la ciudadanía. Sólo la autolegislación puede constituirse en garantía de la estabilidad social, con lo que se cierra el círculo que va desde la acción comunicativa hasta el sistema político-jurídico.

Analicemos de forma más cercana la articulación del plano del mundo de la vida, el Derecho y el sistema de gobierno como se plantea en la última obra de Habermas.

---

[8] *Faktizität und Geltung*, págs. 55-56.
[9] *Faktizität und Geltung*, págs. 48-49.
[10] *Faktizität und Geltung*, págs. 50-526.
[11] *Faktizität und Geltung*, pág. 50.

Para el Habermas de *Faktizität und Geltung,* el mundo de la vida racionalizado y desencantado encuentra su realización en la forma de la sociedad civil. Esta se concibe como el conjunto de las asociaciones y los acuerdos de carácter no económico y no estatal que anclan las estructuras de comunicación de la publicidad política en el componente social del mundo de la vida. La función de los movimientos, asociaciones y organizaciones que transitan esta esfera civil es la condensación, asunción y amplificación de la resonancia de los problemas que advienen a la órbita privada, transmitiéndolos a la publicidad política[12]. Es importante hacer notar la importancia que la neutralización del poder social tiene en la constitución de la sociedad civil. Habermas usa la expresión «poder social» para «indicar la medida de posibilidad de que un actor imponga sus intereses en las relaciones sociales contra la oposición de los demás»[13]. La sociedad civil ha de ser capaz de rebajar este gradiente de poder, consiguiendo que se exprese sólo en tanto posibilite el ejercicio, y no la restricción, de la autonomía ciudadana.

La constitución de la sociedad civil viene estimulada por la implantación de los derechos fundamentales[14] los cuales garantizan la preservación de un espacio para la formación privada de la conciencia y el juicio, en suma, para la protección de la privacidad. Pero no basta este baluarte constitucional para preservar la vitalidad de la sociedad civil, sino que es menester recurrir a su inmersión en el seno de una cultura política libre y del correspondiente patrón socializatorio, esto es, de un mundo de la vida racionalizado.

La sociedad civil recoge y amplifica las voces del público, cuyos individuos padecen los costes externalizados de los sistemas sociales en tanto reobran contra su mundo de vida. Funciona como depósito de gravámenes y agravios[15], pero sin provocar una disposición inmediata al ejercicio de influencia, y mucho menos la adopción de decisiones vinculantes para la vida del colectivo[16].

Para ello se precisa el establecimiento de la esfera de la «publicidad política» (politische Öffenlichkeit). La publicidad se entiende como un sistema de alarma con sensores no especializados, pero sensibles a lo largo y ancho de todo el tejido social. Lo relevante en esta estructura son los criterios formales que diseña para el acaecimiento de una opinión pública cualificada. La publicidad, nos dirá

---

[12] *Faktizität und Geltung,* págs. 433 y 444. He elegido la traducción «publicidad» o para el término alemán «Öffenlichkeit», entendida claro está como «esfera de lo público».

[13] *Faktizität und Geltung,* pág. 215.

[14] *Faktizität und Geltung,* pág. 447.

[15] *Faktizität und Geltung,* pág. 441.

[16] *Faktizität und Geltung,* pág. 437.

Habermas, es un espacio en el cual se liberan los flujos comunicativos de todos los sujetos en tanto tratan de informarse sobre una praxis común, y en esta medida conforma la antesala de la formación de opiniones específicas sobre temas de relevancia general y colectiva[17]. Lo fundamental es caer en la cuenta de que la publicidad política es un recurso que no puede ser creado discrecionalmente por el poder político y los partidos en liza, ni manipulada, so pena de enfrentarnos a un público movilizado plebiscitariamente del que quepa esperar tan sólo un asentimiento ciego y reflejo a los condicionamientos del poder[18].

En el interior de la publicidad política, se articulan miríadas de opiniones públicas particulares sobre problemas de relevancia acreditada para la vida del colectivo. Estas opiniones, al contrario de lo que sucedía en la base privatista de la sociedad civil, sí que representan ya potenciales de influencia de cara a los interlocutores del poder[19].

Hasta ahora hemos centrado nuestra atención en la esfera informal de formación de la opinión colectiva. En el esquema establecido por Peters, y usufructuado por Habermas, vendríamos a situarnos en el plano de la así llamada «periferia»[20]. La importancia de la periferia es, paradójicamente, central a la hora de abordar el problema de la integración social, pues la legitimidad de las decisiones, nos dirá Habermas, depende de los procesos de formación de la opinión que tiene lugar en esta instancia informal y previa[21]. El núcleo institucional tiene importancia en las tareas integrativas de una manera derivada, y sólo en tanto permanece vinculado a los influjos informales de las publicidades políticas.

El problema que entraña un concepto de integración social que trate de obrar sin el auxilio de la política y el Derecho es el de la posibilidad de una «socialización comunicativa pura»[22]. En esta ficción, la reproducción social se hace recaer en los procesos de entendimiento y en las acciones comunicativas, en las tomas de postura de los individuos ante pretensiones de validez que les advienen. Pero una construcción como ésta no puede dar razón de los costes de información y

---

[17] *Faktizität und Geltung*, págs. 437, 438.

[18] *Faktizität und Geltung*, págs. 434, 435.

[19] *Faktizität und Geltung*, pág. 439.

[20] Bernhard Peters, *Die Integration moderner Gesellschaften.* Frankfurt, suhrkamp, 1933, pág. 327.

[21] *Faktizität und Geltung*, págs. 431 y 432.

[22] Se trata de nuevo de un préstamo de la obra ya citada de Peters. *Die Integration moderner Gesellschaften*, págs. 230-236. Lo mismo que para Habermas, también para Peters estamos ante una idealización, y se cuida a su vez de no imputarle tal resultado al pensador de Frankfurt.

decisión de los cursos comunicativos[23], de las capacidades cognitivas limitadas de los sujetos de las comunicaciones, de la distribución desigual de la atención, las competencias y el conocimiento en el público. Asimismo, permanece ciego frente al etnocentrismo, las debilidades de la voluntad, la irracionalidad y el autoengaño[24]. A ello se añade la escasez de los recursos funcionalmente necesarios de los que dependen en muy alto grado los procesos deliberativos de formación de la voluntad y la opinión colectivas. Como puede apreciarse, Habermas considera las limitaciones que los imperativos funcionales impuestos a los sistemas de acción orientados por el recurso del entendimiento, con lo que se mitiga la distinción férrea que establecía en la *Teoría de la Acción comunicativa* entre sistema y mundo de la vida[25].

El Derecho aparece a la luz de estas restricciones como una realidad necesaria, como un «factum» que no puede ser obviado en el curso de un feliz proceso de evolución social, al término del cual podrían suprimirse las formas de dominación y los instrumentos de que se nutren, a la manera de las utopías marxianas de la sociedad futura. El Derecho sirve a la reducción de la complejidad social, es un medio insoslayable de traducción de las relaciones de reconocimiento que se albergan en el mundo de la vida a la realidad de los imperativos sistémicos de la política y la economía, elaborando en el medio del lenguaje cotidiano requerimientos de distintas procedencias[26]. Pero conviene no olvidar que el Derecho impone unas limitaciones estructurales insoslayables, en cuanto a cargas de legitimación, que hacen que el mundo de la vida, y la sociedad civil en que se vertebra, se hagan valer en cualesquiera contextos funcionales. Ello explica la aparición de disonancias cognitivas entre las suposiciones de validez del Estado de Derecho y las formas fácticas en que el poder político se desenvuelve. Esto, y no otra cosa, es lo que Habermas entiende como tensión externa entre factividad y validez[27].

---

[23] Ver a este respecto las observaciones de Giegel, en su artículo «Diskursive Verständigung und systemische Selbststeuerung», págs. 68-73, en el libro colectivo de Hans-Joachim Giegel (compilador) *Kommunikation und Konsens in moderner Gesellschaften,* Frankfurt, suhrkamp, 1992.

[24] *Faktizität und Geltung,* pág. 396.

[25] Amén del hecho de que Habermas ha mitigado también la correlación estricta entre acción comunicativa e integración social, y acción estratégica e integración sistémica, tal y como pueda verse en su «Entgegnung», publicada en el volumen colectivo editado por Axel Honneth y Hans Joas *Kommunikatives Handeln,* Frankfurt, suhrkamp, 1986, págs. 380-384, o en *Nachmetaphysisches Denken,* Frankfurt, suhrkamp, 1988, págs. 63-104 (hay traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo *Pensamiento postmetafísico,* Madrid, Taurus, 67-107.

[26] *Faktizität und Geltung,* págs. 77, 78, 103.

[27] *Faktizität und Geltung,* pág. 58.

En contra del sistema[28], la primacía de los análisis del mundo de la vida puede establecerse sobre el suelo del concepto de «poder comunicativo» y el proceso que se pone en marcha en torno suyo. El poder comunicativo[29] se manifiesta en las ordenaciones que protegen la libertad política; en la resistencia contra las fuerzas que amenazan la libertad política, interna o externamente; y en aquellos actos revolucionarios que fundan nuevas instituciones de libertad[30]. Surge de la capacidad de entenderse, y se despliega en el espacio de la publicidad política informal. Con ayuda de este concepto, entendemos la creación de Derecho legítimo, y del mismo poder político[31], diferenciándolo de su uso administrativo. El poder comunicativo actúa a la manera de un cerco de razones normativas, cuyo acceso constructivo o reconstructivo está vedado a los titulares del poder administrativo. Es merced a la circulación del poder administrativo. Es merced a la circulación del poder comunicativo sobre la aplicación racional y los procedimientos de ejecución administrativos de los programas legales por todo el cuerpo social, como se desarrolla una fuerza de integración social, ya sea estabilizando los comportamientos, ya realizando metas colectivas.

Hasta ahora, creo que podríamos hablar de una legitimación material del sistema jurídico y político, haciendo con ello justicia a la dependencia del mundo de la vida racionalizado y los flujos de opinión que de él parten. El proceso comunicativo de la constitución del poder surgiría de la sociedad civil, y llegaría precipitado en forma de poder comunicativo, tras atravesar las esclusas de la esfera de la publicidad política y la formación de opiniones públicas puntuales.

---

[28] No estamos desdeñando, como ya trataremos de explicar más adelante, la perspectiva sistemática en el análisis de las realidades jurídicas, pero parece justo resaltar el énfasis que frente a los enfoques funcionalistas, Habermas pone en la primacía del mundo de la vida. Esto recibe una confirmación palmaria en este párrafo extraído de la página 60: «las tareas de integración sistémica han de permanecer conectadas y acopladas, merced a la autocomprensión constitucional de la comunidad jurídica, al proceso de integración social de la praxis ciudadana de autodeterminación».

[29] El concepto de «poder comunicativo» está tomado de la pensadora Hannah Arendt. Fue utilizado por primera vez por Habermas en un artículo del año 1971 titulado «El concepto de poder de Hannah Arendt», publicado en el libro *Perfiles filosófico-políticos,* trad. castellana de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1975, págs. 205-222.

[30] *Faktizität und Geltung,* págs. 182-187. También en «Volkssouveranität als Verfahren», pág. 626 ahora contenido en el libro citado de Habermas como apéndice.

[31] Se trata, está claro, de un concepto normativo, y no descriptivo del poder político, frente al que se alza tozuda la realidad en la que se impone un contraproceso en el que se vinculan el poder social de los agentes y las organizaciones poderosos con un concentrado emancipado del poder administrativo.

Y sin embargo, siendo esto así, Habermas parece apoyarse en una segunda acepción de integración, más centrada en los procesos políticos del núcleo, esto es, institucionalizados y formales, que en los de la periferia del sistema[32]. Estamos ante un desplazamiento de los flujos comunicativos débiles y anárquicamente liberados con cada espasmo de las luchas sociales, hacia los procedimientos que encuentran expresión en las formas del Estado de Derecho moderno.

El Estado de Derecho surge de la necesidad de institucionalizar un sistema de equilibrios entre los tres poderes de la integración social entendida de una forma general: el dinero, el poder y la solidaridad[33].

La voluntad política es expresión de las intuiciones morales del grupo, así como de las formas de vida compartidas, y de determinados fines e intereses pragmáticamente elegidos[34]. Analicemos con más cercanía estos usos de la razón práctica.

Las cuestiones pragmáticas tratan de la ponderación racional de los fines a la luz de los valores aceptados. Tan pronto como los valores que subyacen a las máximas medios-fines son problematizados, las decisiones se miden sobre el trasfondo del fin absoluto de una dirección auténtica de la vida. En las cuestiones morales, por último, se impone el punto de vista normativo bajo el que probamos cómo podemos regular nuestra convivencia en interés igual de todos. Una norma es justa, en ese sentido, cuando todos pueden querer que sea seguida por cualquiera en una situación equivalente. Junto a esta estructura de usos de la razón práctica, nos topamos con las negociaciones de intereses, a la que apelamos cuando no es posible composición consensual alguna entre las partes, y hemos de darnos por satisfechos con un acuerdo entre posturas irreductibles. En las negociaciones, las relaciones sociales de poder no pueden resultar neutralizadas, por lo que nos resta, sino conformamos con la moderación del procedimiento por la aplicación de principio de equidad.

Pues bien, para Habermas la estructura del Estado de Derecho se entiende como la institucionalización jurídica de la red de negociaciones y discursos arriba detallados[35], en la medida en que la formación política discursivamente articulada haya de realizarse en formas

---

[32] En el capítulo cuarto de *Faktizität und Geltung,* consagrado a la arquitectónica del Estado de Derecho. Puede verse también la segunda de las conferencias de las «Tanner Lectures on Human values», ahora traducidas al alemán como apéndice del libro de Habermas, págs. 571-599. Asimismo, en el artículo citado en la nota 1.

[33] *Faktizität und Geltung,* págs. 187.

[34] Para las consideraciones siguientes me remito al apartado II, del capítulo cuarto de *Faktizität und Geltung,* págs. 187-207.

[35] *Faktizität und Geltung*, pág. 209.

de comunicación en las que la pregunta por el qué debemos hacer pueda ser respondida de forma racional bajo diferentes aspectos.

Estamos, recordémoslo una vez más, en la sede formal de las investigaciones en torno a la legitimidad; pero esa vertiente formal demanda de suyo la consideración de la informal, lo que se advierte como una exigencia de la misma lógica de los discursos y las negociaciones[36]. Las cuestiones éticas poseen una referencia insustituible a la identidad de la forma de vida a la que los individuos tratan de entenderse pertenecen, por lo que no es factible postular una desconexión del discurso correspondiente de los contextos sociales. Las cuestiones morales presuponen la potencialidad de la aparición de conflictos de intereses que precisen de una regulación consensual bajo puntos de vista de justicia, por lo que la base social tampoco puede ser neutralizada. Ello se intensifica al hablar de las negociaciones, en las cuales la facticidad de las tomas de posición y la disparidad de los intereses en liza se manifiesta más palpablemente. Así es como se postularía la reconexión entre ambas acepciones de la integración, salvando la tensión que parecía reconocerse tras su dialéctica.

Hasta aquí lo que se refiere al plano del mundo de la vida y al rol que el Derecho desarrolla en su interior. Unas líneas bastarán para apuntar algunas de los problemas con que se topa el fenómeno de lo jurídico en la consideración del otro polo, el referido al sistema[37]. En la vertiente sistémica, el Derecho se entiende como medio de organización de los mensajes de la Administración y del mercado. Pero a diferencia de las consideraciones vertidas en la *Teoría de la Acción comunicativa,* el Derecho no constituye de por sí una amenaza que se cierna sobre el mundo de la vida, imponiendo su asimilación a recursos que le resulten extraños, en forma de lo que se entendió como

---

[36] *Faktizität und Geltung*, pág. 211.

[37] Ya en el capítulo primero de la obra de referencia, Habermas reconoce la necesidad como antes lo hizo en la *Teoría de la Acción comunicativa*, de complementar el análisis del Derecho en sus dos vertientes. Ver *Faktizität und Geltung*, págs. 58-60. Autores como el mismo Peters ya citado, prefieren hablar de modelos de socialización intencionales (mundo de la vida) o no intencionales (sistema), en lugar de hacerlo de dos modos de integración social general. Peters, *op. cit.*, págs. 87 y 88. La distinción ha perdido su nitidez, y con ella la que se establecía entre el Derecho como institución y el Derecho como medio. El mismo Habermas reconoce haberla abandonado siguiendo sugerencias de Karlo Tuori: en la nota 92, pág. 507. Sin embargo, creo que esto no es del todo así, como se deduce de la aseveración contenida en la página 428, cuando admite que en el caso de la constitucionalización de los sistemas de acción ésta significa algo distinto en el caso de las organizaciones y en el de ámbitos como el de la familia o la escuela. «En el primero de ellos, el Derecho conforma (überformt) las relaciones reguladas en las instituciones existentes; en el segundo, sirve a la coordinación funcional de relaciones *jurídicamente creadas*» (el subrayado es mío).

juridificación (Verrechtlichung)[38]. Por el contario, en *Faktizität und Geltung* parece abrirse paso una visión positiva del Derecho, en su función de valedor del mundo de la vida frente a los imperativos del sistema. La misma forma jurídica de la que sirven los subsistemas funcionales para emitir sus mensajes, les impone ya restricciones estructurales de fondo, en concreto, la atención a un cúmulo de razones normativas y la necesidad de fundamentación de las decisiones, lo que pone en suspenso la desnuda arbitrariedad de los poderes económico y político.

Pero ciertamente, existen rasgos que parecen abonar una interpretación funcionalista o sistémica de lo jurídico. La coexistencia de la positivación junto con el principio de fundamentación, parece asegurar al Derecho un puesto entre los sistemas en los que se han diferenciado las sociedades modernas. Al fin y al cabo, el Derecho también se rige por un código especial, el que se articula en torno a la dicotomía lícito/ilícito[39]; también la autorreferencialidad de las comunicaciones que se registran en su interior parece avalar su condición separada de otros ámbitos. Lo mismo podríamos decir de la consideración de sus virtualidades para conseguir la estabilización de los comportamiento de los sujetos destinatarios, al margen de los motivos que éstos pudieran aducir para la obediencia, sobre la base del mero expediente de la amenaza de sanciones. Entender el Derecho como restricción, como conjunto de datos a los que el actor ha de adaptar objetivamente su conducta, abre la perspectiva del observador[40] que calcula las consecuencias egocéntricamente, y deja al margen las posibilidades virtuales de entenderse. En este aspecto del Derecho como mecanismo para la coordinación funcional de las acciones, como garante de una socialización no intencional, parece leerse un sesgo sistémico claro. Habermas no presta la suficiente atención a estos aspectos en sus consideraciones sobre lo jurídico, ni a los fenómenos de jurisdicción reificante que siguen produciéndose como resultado de las intervenciones del Estado social, suministrador de prestaciones a cambio de la lealtad clientelar de las masas[41].

---

[38] *Teoría de la Acción Comunicativa,* págs. 514-527.

[39] Esa es la tesis de la teoría de los sistemas. Ver, como ejemplo paradigmático, Luhman *Die soziologische Beobachtung des Rechts,* Frankfurt, Alfred Metzner, 1986, págs. 38-44. Del mismo Frankfurt, suhrkamp, 1993, capítulo cuarto, págs. 165-213.

[40] *Faktizität und Geltung,* pág. 44.

[41] He creído percibir una despreocupación en los análisis de Habermas sobre los peligros que se encierran en las intervenciones juridificantes del Estado de Bienestar, si bien reconoce el fracaso paradigma jurídico que sostiene en el capítulo noveno del libro. En la *Teoría de la Acción Comunicativa* se estaba más presto a la denuncia de las consecuencias reificantes de la utilización instrumental del Derecho.

Por último, trataré de dejar apuntados dos problemas a los que se enfrenta un intento como el de Habermas de hacer residir los procesos de integración social en los rendimientos conscientes de los individuos, o en las labores pilotadas intencionalmente por el sistema político-jurídico.

El Derecho garantiza una autonomía privada o «libertad comunicativa», que puede ser entendida como liberación de las obligaciones que entraña la acción orientada al entendimiento. La libertad comunicativa así generada puede ser entendida como la posibilidad, recíprocamente reconocida en la acción orientada al entendimiento, de tomar postura frente a las manifestaciones de un oponente y las correspondientes pretensiones de validez que se erigen[42]. En este sentido, la autonomía privada de un sujeto puede entenderse como la libertad negativa a retrotraerse del campo público de las obligaciones ilocucionarias recíprocas a la posición de observación e influencia. El problema está en garantizar que las libertades comunicativas de los sujetos privados van a emplearse en la empresa común de autolegislación, sobre la base de intereses compatibilizados, de interpretaciones comunes, de representaciones concordadas de la vida buena y de la identidad colectiva, y de valores generalizados por vía discursiva. ¿Por qué habríamos de entrar en discursos garantes del entendimiento, en lugar de recurrir a coordinaciones funcionales sobre la base del cálculo egoísta de las utilidades? El problema no es nuevo, y expresa una crítica, ya convertida en lugar común, a los déficits motivacionales de la ética del discurso, y de las propuestas habermasianas en general[43].

En el campo de la ética del discurso, Habermas trata de dar respuesta a la indeterminación motivacional argumentando que las ideas morales no tendrían ningún peso en la práctica si no pudiesen apoyarse en la fuerza impulsora que les proporcionan los motivos y en la vigencia social de las instituciones reconocidas[44]. En este sentido,

---

[42] *Faktizität und Geltung,* pág. 152.

[43] Habermas trata de dar respuesta a estas críticas en sus escritos relativos a la ética del discurso. Por citar los más conocidos o los más recientes, ver *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln,* 4.ª edición revisada, Frankfurt, suhrkamp, artículos «Treffen Hegels Eiwnwände gegen Kant auch auf die Diskursethik zu?», *op. cit.,* págs. 9-30 y«Gerechtigkeit und Solidarität», en el mismo volumen, págs. 49-76. Existe traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo con el título «¿Afectan las objeciones de Hegel a Kant también a la ética del discurso?», en *Escritos de Moralidad y Eticidad,* págs. 97-130 por lo que hace el primero de ellos; y del segundo, a cargo de Julio de Zan bajo el título «Justicia y solidaridad», en el volumen colectivo editado por K. O. Apel, A. Cortina y otros *Ética Comunicativa y Democracia,* Barcelona, Crítica, 1991, págs. 175-205.

[44] «¿Afectan las objeciones..., pág. 122.

toda moral universalista depende del sostén y el apoyo que encuentre en las formas de vida, de la concordancia con prácticas de socialización y educación que pongan en marcha en los sujetos controles de conciencia fuertemente internalizados y fomenten identidades del yo relativamente abstractas. Una moral universalista precisa también de cierta concordancia con instituciones sociales y políticas en las que ya estén encarnadas ideas jurídicas y morales de tipo postconvencional. La plasmación de principios morales en las formas de vida concretas no depende de la marcha del Espíritu Absoluto hegeliano, sino sobre todo de los esfuerzos y sacrificios colectivos de los movimientos sociales y políticos a lo largo y ancho de la Historia[45].

La respuesta por lo que se refiere al dominio del Derecho no puede apartarse de esas premisas. Habermas propone siguiendo esta línea un modo de entender la práctica de los asuntos públicos que llama «política deliberativa»[46]. La política deliberativa constituye el núcleo del proceso democrático. Este procedimiento crea una relación interna entre las consideraciones pragmáticas, los compromisos, y los discursos de autocomprensión (éticos) y de justicia, y funda la suposición de que bajo las condiciones de un flujo de información relativa al problema, y una elaboración correcta de la misma, pueden ser alcanzados resultados racionales o equitativos[47]. El progreso de la política deliberativa se hace depender de la institucionalización de los procedimientos y suposiciones de la comunicación, así como de la interacción entre las deliberaciones formalmente establecidas y las opiniones públicas informales[48]. Junto con la vertiente de la institucionalización, y paralelamente al caso de la moral, hemos de contar con el expediente de la socialización discursiva de la comunidad jurídica. La política deliberativa, apunta Habermas, pierde su apariencia extrañada e irreal tan pronto como la consideramos como un proceso de aprendizaje reflexivamente organizado, que descarga los procesos latentes de integración social y los continúa dentro de un sistema de acción especializado[49]. La referencia a las opiniones públicas informales, nos pone sobre la pista de aquellas luchas sociales por el reconocimiento que impulsan el vector histórico en una dirección u otra, y que demandan una actualización siempre renovada del sistema de los derechos a la luz de la nueva comprensión constitucional de la comunidad

---

[45] «¿Afectan las objeciones...», pág. 122.

[46] Al estudio de este concepto se consagra completo el capítulo séptimo de *Faktizität und Geltung,* titulado: «Política deliberativa -un concepto procedimental de la democracia», págs. 349-398.

[47] *Faktizität und Geltung*, págs. 359-360.

[48] *Faktizität und Geltung,* pág. 362.

[49] *Faktizität und Geltung,* pág. 390.

jurídica. El caso extremo de esta lucha, representado por la desobediencia civil, llama nuestra atención sobre la conexión de los procesos de formación de la voluntad con los procesos de comunicación del mundo de la vida, apelando a los contenidos normativos del Estado de Derecho democrático contra la inercia sistémica de la política institucional[50].

Así pues, la tensión entre la desintegración que se esconde en la liberación irrestricta de las libertades comunicativas y la integración que se lleva a cabo a su merced, sólo puede conjurarse recurriendo al expediente de una cultura política liberal[51] en el seno de la sociedad civil, que se constituya en garante de una socialización exitosa en los valores representados por los derechos fundamentales de las democracias, junto con la necesidad de institucionalizar la red de discursos y negociaciones en el plano formal. Pero conviene apuntar que, en el curso de la institucionalización, no puede excluirse a priori, sino que lejos de ello habría de presuponerse la necesidad de apelar al elemento de la coacción. De nuevo se hace perentoria la moderación de los idealismos que la construcción parece imponer. La funcionalidad de potencial de amenazas representa una expediente nada desdeñable a la hora de preservar los recursos del entendimiento frente a las amenazas derivadas de los impulsos atomistas de individuos egoístas. La predisposición a la cooperación no es algo que pueda ser supuesto sin más, sino que las más de las veces ha de venir urgida por vía de imposición de consecuencias desfavorables para el caso de que las inclinaciones egoístas no fueran abandonadas voluntariamente.

El último ítem que trataré es el representado por la dificultad que nos plantea mantener una visión consensual de la reproducción de nuestras sociedades a la vista de la pluralidad irreductible de cursos biográficos y formas de vida. El intento de mediar este maremágnum de visiones a veces contradictorias de los cursos de actuación posibles y deseables parece empujarnos hacia un callejón sin salida. Como nos recuerdan autores como Giegel[52], no todos los problemas son susceptibles de consenso, pero es que en los casos en que sí parece aplicable este procedimiento, los costes y los riesgos que se generan pueden poner en peligro la reproducción social. El entendimiento bloquea otras actividades, la decisión del establecimiento de discursos no está discursivamente fundada, y se plantean problemas derivados de la inexistencia de un metadiscurso para elucidar la pertinencia de interrumpir o proseguir un discurso ya en funcionamiento. Schimank, por ejemplo, nos habla de la existencia de un disenso

---

[50] *Faktizität und Geltung,* pág. 462-464.
[51] *Faktizität und Geltung,* pág. 449.
[52] Hans-Joachim Giegel, «Diskursive Verständigung...», págs. 68-73.

general en las orientaciones, y de la imposibilidad de establecer nada más allá de consensos puntuales sobre intereses. Por último, autores como Wellmer[53] apuntan al hecho de que el concepto de consenso que parece plantear Habermas, parece desarraigarse de las condiciones de la historicidad de los acuerdos particulares, y de la posibilidad de que éstos queden desvirtuados por nuevas circunstancias o en el curso de procesos reflexivos de aprendizaje. Me conformaré con apuntar que quizá todos los consensos corran el peligro potencial de verse disueltos en negociaciones de intereses, y de que presumiblemente sería más realista plantear el consenso como búsqueda del entendimiento, más que como su consumación.

[53] En el artículo ya citado «Konsens als Telos...», pág. 29.

EN LOS MÁRGENES DE LA LEGITIMIDAD. EXCLUSIÓN Y CIUDADANÍA

Hoy no es difícil encontrar argumentos que permiten vincular las nociones de Estado y exclusión. Sólo con examinar cualquier informe sobre la situación de los derechos humanos, parece claro, por ejemplo, que la supervivencia de una condición que define ese vínculo, la categoría de ciudadano en contraposición a la condición de extranjero (a fortiori, de refugiado, o apátrida), constituye un argumento decisivo a favor de la inaplazable necesidad de redefinir la soberanía estatal, o, mejor, de superar las condiciones que ésta plantea a aquéllos, a los derechos. No basta con esgrimir la distinción clásica entre derechos del hombre y del ciudadano. Problemas como los derivados de la inmigración hacia la Unión Europea, o las demandas planteadas por las minorías culturales -no digamos si se trata de las minorías nacionales- han contribuido a poner de relieve tales insuficiencias.

Sin embargo, no menos claro se me antoja -y cada vez más- que sostener de un modo simplista la vinculación entre Estado y exclusión propicia efectos perversos, tal y como los que quiero plantear en estas páginas, aprovechando la oportunidad del número monográfico de Doxa dedicado a Elías Díaz. En efecto, son sus tesis, de todos conocidas, las que querría tomar precisamente como punto de partida para tratar de exponer algunos de los riesgos y errores que comporta esa identificación. Por esa razón, a nadie que conozca los trabajos de Elías Díaz[1] le sorprenderá que se discuta aquí, de nuevo, acerca de la «maldad estatal», los límites de la sociedad civil y del individualismo, así como de las instituciones -el mercado- que son

[1] Por referirme sólo a algunos de los últimos, por ejemplo, *De la maldad estatal y la soberanía popular,* Debate, Madrid, 1984; *La transición a la democracia,* Eudema, Madrid, 1987, *Ética contra política. Los intelectuales y el poder,* Madrid, CEC, 1990.

su paradigma, al menos en la versión que es hoy canónica, la liberal. Tampoco se llamará a andana porque, recordando otro de sus temas clásicos, la relación entre los intelectuales y la política, trate de echar un cuarto a espadas acerca de la (re)definición de las relaciones entre universalismo e izquierda política, a propósito de las dificultades de conciliación entre «identidad cultural» y «patriotismo constitucional». Y eso es lo que trato de hacer tomando como pretexto la vinculación entre Estado y exclusión, porque, en definitiva, si tienen sentido este tipo de homenajes -en mi opinión, desde luego- es para continuar discutiendo con el homenajeado. Ciudadanía y mercado de trabajo son los dos ejes sobre los que, de acuerdo con un análisis nada insólito[2] trataré de enunciar algunas propuestas en torno a ese nexo que parece unir hoy Estado y exclusión.

El problema, como advierte Veca[3], reside precisamente en la paradoja de que el mito moderno de la identidad, al mismo tiempo que crea cohesión, funciona también como mecanismo de exclusión. Ese mito, además, es el que subyace a la moderna noción de ciudadanía (y a su vínculo con la nacionalidad, tal y como la heredamos de la Revolución Francesa, que está en el origen de las modernas concepciones del Estado, del Derecho, de la ciudadanía). En otras palabras, lo que hoy se insiste en denunciar, como lo hacen por ejemplo Barcellona[4] (siguiendo los pasos de Habermas) o Ferrajoli[5], es que fenómenos como el nuevo (des)orden económico y político internacional, junto al impacto de la transformación de la inmigración procedente del tercer mundo y del Este de Europa, o síntomas como el incremento del racismo y la xenofobia, afectan decisivamente al núcleo del vínculo social mismo, al fracturar algunos de los supuestos sobre los que se edificaba un pretendido universalismo, esto es, la uniformidad que el proyecto del formalismo jurídico y del liberalismo político y económico habían tratado de poner en pie. En este sentido, lo que procede es plantear la pregunta acerca de si la existencia misma de la comunidad constituye el factor primordial de exclusión, por exigencia ontológica, digámoslo así, o si es el carácter

---

[2] Me limitaré a recordar uno de los más conocidos, el de Balibar, que califica al paro y la exclusión de ciudadanía como las dos grandes modalidades de exclusión: «Inegalités, fractionnement social, exclusion» (en VV.AA., Affichard-De Foucault, eds.), *Justice social et inegalités,* París, Esprit, 1992, pág. 157 y ss.

[3] S. Veca, *Cittadinanza. Riflessioni filosofiche sull'idea di emancipazione,* Milano, Feltrinelli, 1990; en el mismo sentido, los trabajos de Leca, como Leca, J «Nazionalitá e cittadinanza nell'Europa delle immigrazioni», en VV.AA., *Italia, Europa e nuove immigrazioni,* Torino, Ed. Fondaz. Agnelli, 1990.

[4] Cfr. p. ej. su *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social,* Madrid, Trotta, 1993.

[5] Cfr. su *Diritto e Ragione. Per una teoria generale del garantismo penale,* Bologna, 1989, en especial la última parte del libro.

político de ciertas comunidades (por excelencia, el Estado) o bien otro tipo de factores lo que potencia hoy la exclusión.

Como se ha recordado con no poca frecuencia, lo primero que nos sugiere la tesis de la exclusión en relación con el Estado es que se puede predicar de la historia de los Estados el lema «... en el principio fue la exclusión». La aparición de esas formas de organización política se basa en la contraposición entre nacionales y extranjeros, y en la exclusión de éstos. Como recuerda Sami-Naïr, si la soberanía es el mecanismo de inclusión/exclusión que entendemos justificado, el Estado tendría como trabajo principal gestionar esa inclusión/exclusión legítima y la política sería el proceso de formación de la soberanía. Por tanto, los excluidos de la política, los que están privados de la participación en la formación de la soberanía, quienes están fuera del Estado, son los radicalmente excluidos, los sujetos de lo que en otro lugar he llamado la exclusión «natural». El Estado, en feliz expresión del politólogo francés, tiene «la llave de la diferencia», es quien instituye a través del Derecho la noción misma de extranjero, como la de minoría, esto es, las modalidades de exclusión. Por eso puede decir Facchi que «el trabajo cotidiano del juez consiste en definir lo semejante y lo diferente... problema que se torna más complicado cuando se trata de deslindar no ya comportamientos diferentes, sino comportamientos de individuos que pertenecen a categorías sociales <diferentes>»[6].

Incluso la democracia, no hace falta insistir en ello, tiene en su origen el mismo principio, que es clave de su prosperidad económica: baste recordar el modelo griego clásico. Como también suele recordarse, es precisamente la fuerza emancipadora de los derechos la que introduce en la democracia moderna un rasgo expansivo, una línea que rompe progresivamente los círculos de cierre, acogiendo cada vez a más amplias sectores y categorías de personas como sujetos, aunque, como sabemos bien hoy[7], todavía quedan ámbitos de exclusión. Aún podríamos decir más, especialmente los extranjeros representan hoy -en tanto que exclusión «natural»- un vestigio histórico de la evolución de las nociones de Estado y ciudadanía: el camino recorrido por la burguesía primero, por los asalariados después, aún no ha sido transitado por ellos, que continúan en una situación más parecida a la de súbditos -siervos- que a la de ciudadanos (soporte económico real, en cuanto mano de obra, y a la par sin derechos; poco a poco, lograrán los derechos civiles y sociales; no los

[6] Facchi, A., «L'escissione: un problema giudiziario», *Sociologia del diritto* XIX/1992, pág. 111.

[7] He tratado de argumentarlo en *El desafío de las fronteras,* Madrid, Temas de Hoy, 1994.

políticos). La historia es, en gran medida, el proceso de superación de los ámbitos de exclusión, y eso se ve muy claro con los derechos humanos.

Quizá, pese a todo, sea necesario advertir que no pretendo sumarme hoy a las cohortes que aclaman el nuevo carro del vencedor, con sus entusiastas proclamas de «¡menos Estado!» como axioma sagrado y principio indiscutible del «nuevo» orden mundial. En ese sentido, no cabe satanizar el Estado frente a otras formas de comunidad política. No sólo porque se pueda sostener, como haré, que el «exceso» de Estado no es el más peligroso de los males: al fin y al cabo, volvamos al guiño hegeliano, el Estado es el espacio de los derechos, de la libertad (o sea, es la condición de ciudadano lo que nos permite, al menos, plantear los conflictos), sino porque las otras modalidades no ofrecen una superación de la cuestión. No parece, por ejemplo, que los imperios funcionen como factores reductivos de la exclusión. Desde luego, en todo caso no creo que lo sean menos que el Estado nacional. Que los imperios -el último ejemplo, los coloniales- se basan en la exclusión institucionalizada, que se asientan en la clara distinción entre el auténtico ciudadano (el miembro de pleno derecho, que es ciudadano de la metrópolis) y los demás es una lección histórica difícilmente refutable.

En todo caso, creo que el punto de partida puede ser una afirmación que quizá resulte provocativa en los tiempos que corren, sobre todo por el inequívoco aroma «comunitarista» que olfatearán enseguida los inefables policías del pensamiento[8], máxime si se revela de inmediato su autor, M. Walzer. Pues bien, se trata de reconocer que la condición de ciudadanía, o, si se prefiere, de pertenencia (de «membrecía», traducen algunos) a un grupo, a una comunidad (al Estado, no en balde «sociedad perfecta», que decían los viejos manuales de ciencia política, hegelianos al fin) es un bien, e incluso más, uno de los bienes primarios[9]. En ese sentido, ante el problema

[8] No me refiero a la moderna versión de los inquisidores -afortunadamente, apenas quedan- ilustrada por Orwell en su *1984*, (un libro del que guardo un recuerdo que de nuevo me remite a Elías, porque fue el texto elegido por el tribunal del que él formaba parte para el tercer ejercicio de una oposición en la que participé desde el otro lado; y que salió bien, que es otro motivo para evocarlo), sino a una versión menor, la de tanto académico con vocación frustrada de policía local o guardia de tráfico que sigue creyendo en la necesidad -más o menos analítica: noble coartada- de adscribir inequívocamente los conceptos, análisis y propuestas que formule cada quien a una u otra de las direcciones doctrinales en liza, quizá porque lo decisivo les parezca la identificación rigurosa e inequívoca, más que la contribución a los problemas reales que, ya se sabe, en realidad no importan, porque no se pueden resolver, o al menos no es esa nuestra competencia (una vez más, los parónimos análisis y analgesia).

[9] Esa es la tesis básica de Walzer en su *Spheres of Justice*. No es casual que el capítulo de ese libro que lleva por título «Membership» fuera elegido para ilustrar su

que plantea la disyuntiva aparentemente irreconciliable entre universalismo y particularismo, convendría señalar algunas precauciones.

En primer lugar, y frente a los partidarios de un universalismo tan ideal como vaporoso que muchas veces sólo a duras penas logra ocultar su carácter *pro domo sua*, tal y como subrayara Montaigne[10] en su ensayo a propósito de las costumbres de los caníbales (es decir, a proposito del primer gran choque cultural, el del nuevo mundo, cuyas diferencias son justamente la coartada para tratar de legitimar la dominación, porque se trataría de costumbres antinaturales, tal y como se subraya en la polémica acerca de los justos títulos[11]) cuando escribe que «llamamos barbarie a lo que no entra en nuestros usos», y compara los sacrificios humanos con las tortura de la Inquisición, para concluir irónicamente, tras mostrar no pocas muestras del buen juicio de los «salvajes» frente a lo que tenemos por evidencias, «Buena cosa parece todo esto, pero ¿vamos a tener en consideración a unos individuos que no llevan calzones?». Habrá que recordar que lo único que resulta imprescindible es la distancia crítica con la propia cultura, que permita a la vez, separarse de lo que son prejuicios, sin intentar habitar esa suerte de mundos supralunares, como los calificara I. Berlin[12], ajenos al propio lenguaje y al propio universo moral (aunque esto tiene dificultades).

Al mismo tiempo, no por admitir lo anterior tendríamos que dejar de reconocer que pese a esto, o, mejor, precisamente por ello, toda comunidad comporta exclusión, y la forma más perfeccionada de pertenencia a una comunidad (el Estado), exasperaría, pues, esa deficiencia, tal y como lo mostraría la constitución de la dicotomía básica ciudadano-extranjero, y, sobre todo, la traducción de la misma en los conceptos schmittianos *freund-feind* que resumirían toda una visión de la política que tiene entre otros eslabones el de Rousseau[13],

---

posición en uno de los más conocidos *readings* sobre el debate entre comunitarismo y liberalismo. Otro destacado comunitarista, Taylor, se ha ocupado de lo que constituye sin duda la peor cara de este movimiento -la relación entre comunidad y exclusión- en su *Multiculturalism* (cito por la trad. francesa, *Multiculturalisme, Democratie et Difference,* París, 1993, Aubier, que incluye los textos del debate con Rawls y Walzer).

[10] Montaigne, *Essais,* L. I, XXX; cito por la edic. de Ensayos completos, vol. I, págs. 150 ss.

[11] Sobre ello, Pérez Luño, A. E, *La polémica del nuevo mundo,* Madrid, Trotta, 1992.

[12] Cfr. *Conceptos y categorías. Ensayos filosóficos,* México, F. C. E., 1992.

[13] Aunque Rousseau ofrezca argumentos para más de una interpretación. A quienes aduzcan el conocido texto del Emilio, «Todo patriota es duro con los extranjeros; éstos no son más que hombres, es decir, nada a sus ojos. Este inconveniente es inevitable, pero débil. Lo esencial es ser bueno con las personas con las que uno vive» *(L'Emile*, I, págs. 248-), siempre se podrá contraponer el no menos citado,

ejemplarizados por antonomasia en la utilización del mismo término latino para el extranjero y el enemigo -hostes - y en la noción griega de bárbaro.

Y es que no cabe olvidar que el propio proceso de constitución del Estado moderno como Estado nacional está presidido por el objetivo de homogeneidad social (cultural, lingüística, religiosa, pero no económica, no social en el sentido de igualdad, de fin de los estamentos o de las clases: lo primero no llegará hasta la revolución francesa y lo segundo todavía es para rato). En efecto, como ha mostrado Gellner, la civilización industrial precisó para su constitución y desarrollo una cultura desarrollada, homogénea y favorecedora de la movilidad social y económica, que requiere una cierta independencia política, un Estado propio. Eso sólo era posible en el marco de una estructura política que asegurase dichas condiciones: el Estado nacional. En efecto, es ese Estado el que exige la homogeneidad jurídico-política (el monopolio de la violencia legítima, del derecho), pero no menos requiere, impone la homogeneidad cultural, y eso significa en primer lugar, religiosa y lingüística y étnica: por eso el principio *cuius regis eius religio* y por eso también la desaparición de las identidades plurales como precio de esa construcción. Eso es lo que muestran también los trabajos de Burke[14], en línea con las tesis de Gellner, que es el nacimiento del Estado moderno lo que marca la ilusión de una cultura propia, «pura», al poner fin al pluralismo cultural de la Baja Edad Media. Es ese Estado el que impone coactivamente una unanimidad religiosa, moral y cultural mediante la unificación jurídica que hace posible el sometimiento universal a un poder central y la erradicación de toda pauta o conducta que se oponga al proceso de unificación (racionalización patológica) que alcanza también a la cultura cotidiana para que haya sólo un espacio de comunicación comunitaria, persiguiendo toda diferencia, toda herejía (propia elección). Ese proceso, anticipado en no pocos de sus elementos en la construcción de España como Estado moderno, bajo la hegemonía de Castilla y Aragón (que luego será la de Castilla), se ha repetido históricamente en la construcción de los imperios multinacionales (tanto en el caso del imperio austro-húngaro como en el más reciente, el proyecto de un Estado socialista que superase el problema de las nacionalidades, que no otro es el objetivo de la U.R.S.S. levantada por Stalin y el de la Yugoslavia de Tito). En realidad, según una opinión que comparto, lo que podemos aprender de

«Tengo por máxima indiscutible: quienquiera que no haya visto más que a un pueblo, en vez de conocer a los hombres, no conoce más que a las personas con las que ha vivido» (*L'Emile*, V, pág. 827).

[14] Cfr. Burke, 1991.

la historia es que el principal factor de exclusión que conocemos (doy por descontado, y no pienso discutirlo, que las formas autoritarias, dictatoriales, totalitarias de comunidad política son el mayor factor de exclusión; lo que interesa ahora es otra cosa), no lo constituye tanto el Estado, ni aún el Estado nacional, sino sobre todo el Estado-nacional liberal, o, lo que es más claro, quien lo dirige: una clase social que se identifica por tales adjetivos, o, si se prefiere, los grupos no necesariamente nacionales de poder económico -social, cultural, informativo, político- que controlan las decisiones que adoptan las instituciones que marcan el orden de las cosas. Eso es lo que puede hacer del Estado -a través del mercado- una «máquina de exclusión».

Pues bien, mientras nos ponemos de acuerdo acerca de si la solución definitiva es la democracia mundial o una organización universal de las naciones, tareas en cualquier caso destinadas a muy futuras generaciones, me parece muy difícil negar que el mejor instrumento con el que contamos para avanzar es el artefacto que ha tratado de reducir al máximo esa exclusión, el Estado con vocación más universalizante, el que ha tratado de identificarse al máximo con todos los miembros de la sociedad que constituyen de hecho la comunidad política, es decir, lo que conocemos como Estado social (aunque algunos hablen de categorías «reales», como Estado asistencial o Estado del bienestar), la modalidad de Estado de Derecho que ha tratado de romper con la abstracción característica de esa figura, tal y como la concibieran los «individualistas posesivos» que la teorizaron, según sabemos desde MacPherson. En efecto, en el universalismo abstracto de ese primer modelo, el Estado liberal de Derecho, la real extensión de los derechos teóricamente atribuidos a todos no se produce, porque el sujeto es restringido, no universal: los sujetos incluidos son los que responden realmente al retrato del *homo iuridicus* (el individuo, ciudadano, propietario, varón, blanco), el único que es libre e igual el único que actúa -participa, es incluido- en los dos foros que le constituyen como tal, la asamblea y el mercado; frente a ello, las modalidades de exclusión (las derivadas de la ausencia de riqueza -los trabajadores por cuenta ajena-, del género -la mujer, básicamente a través de la institucionalización de los espacios de lo público y lo privado-, del parangón de normalidad, etc.) abarcan a la mayoría de la población. Por el contrario, la forma o estadio que denominamos social, trata de garantizar efectivamente tal extensión de los derechos para todos. El problema hoy, como sabemos, es que la tantas veces anunciada crisis de este modelo (recuérdese la tesis de O'Connor), se ha producido de tal forma que la única alternativa posible parece la del fin de la historia: de nuevo el modelo liberal, el *minimal State* que renuncia a los intentos

de universalización en buena parte de los denominados «derechos sociales» (pensiones, sanidad, educación); y si eso es así para con sus ciudadanos, ¿qué no sucederá con los que «vienen de fuera»? ¡Malos tiempos para los extranjeros (extra comunitarios, obviamente), para los inmigrantes «económicos»! Claro está que no se trata de ignorar su problema, sino de establecer medidas de control, a la vista de la rentabilidad de su presencia en términos de legitimidad que se obtiene por el recurso a la necesidad del orden público y la seguridad (con la consiguiente aceptación de medidas que se traducen inevitablemente en debilitamiento de las garantías, así como de las restricciones económicas), todo ello cubierto por la coartada paternalista de «proteger a los extranjeros de los brotes de racismo y xenofobia que surgen como consecuencia de la situación de 'barca llena'».

Quizá la manifestación más clara de lo que trato de recordar sea la aparición (el refuerzo, según las versiones) de lo que Balibar[15] llama «fronteras interiores», junto al incremento de lo que, en la versión del mismo Balibar o de Castel[16], podríamos calificar como el relanzamiento de la condición de vulnerabilidad o, con Dahrendorf[17], la aparición de una franja social («subclase del ghetto» la llaman otros), que incluye a parados permanentes, pobres estancados en su condición de miseria, grupos étnicos desaventajados, etc (nuestro «Cuarto Mundo») que, por así decirlo, «han caído a través de las mallas de la red»; son un mero agregado social, una masa (Balibar) más que una clase. Lo que les une es su condición de víctimas, «el hecho de que no se pueden ayudar por sí mismos (salvo en cuanto individuos)... Necesitan catalizadores y agentes externos o un cambio de valores». Lo significativo es que se trata de no-sujetos, de seres que no cuentan, de los que la sociedad puede prescindir (al menos, tratar de apartar o ignorar) porque no los necesita. Quizá es aún más significativo, como escribe Walzer[18] nuestro desasosiego o incomodidad ante su existencia, que se traduce, por ejemplo, en el hecho de que ni siquiera sabemos cómo llamarlos: los desposeídos, los perdedores,

---

[15] Cfr. su *Les frontiéres de la democratie,* así como *Race, Nation, classe. Les identités ambigües* (con I Wallerstein), París, La Decouverte, 1988. Una exposición tan clara como breve en «Inegalités, fractionnement social, exclusion» (en VV.AA., Affichard-De Foucault, cds.), *Justice social et inegalités,* París, Esprit, 1992.

[16] Cfr. sus «De la exclusion comme état á la vulnerabilité comme processus» y «De l'indigence á l'exclusion: la dessaffiliation», en VV.AA., *Face á l'exclusion,* París, Esprit, 1991. Asimismo, «De l'exclusion á la vulnerabilité», en (en VV.AA., Affichard-De Foucault, eds.), *Justice social et inegalités,* París, Esprit, 1992.

[17] Dahrendorf, R., «Cittadinanza: una nuova agenda per il cambiamento», *Sociologia del diritto,* 1/1993, págs. 6 ss. Dahrendorf sigue en buena medida el análisis de W. J. Wilson.

[18] Cfr, Walzer, M., «L'esclusione, l'ingiustizia e lo stato democratico», *Micromega,* 1992, págs. 100-101.

los «nuevos pobres»[19]. Se agudiza así la contradicción intima del concepto de ciudadanía, por cuanto es perfectamente posible que coexista la atribución de derechos a cuantos son ciudadanos con una situación de dualización como la que ejemplifica, por poner un caso visible, el incremento de los homeless en los EE.UU. Por supuesto, todo ello sin contar con el grado de exclusión que deriva de la condición de no ciudadano, y no sólo por la difícil justificación de la diferencia de títulos para el reconocimiento de derechos entre ciudadanos y extranjeros, sino incluso dentro del propio Estado, si, como consecuencia de los flujos migratorios, se produce lo que los estudiosos[20] -como Pastore siguiendo los trabajos de Hammar, y también los de Bauböck, Balbo, Castles, Leca, Costa-Lascoux o Wihtol der Wenden- llaman zonas intermedias, dando lugar cada vez más a situaciones de penumbra desde el punto de vista de la certeza en la definición del status jurídico, y a los conflictos propios de la convivencia entre sujetos no estrictamente homologables, que se refleja, por ejemplo, en la tensión entre universalismo y reivindicación de los propios códigos de identidad. Así, se desdibujan las fronteras entre los ciudadanos y los extranjeros, esa categoría de cierre social, esa dicotomía perfecta, funcional para el supuesto del Estado-nacional, y cabe distinguir hasta cinco tipos de situaciones entre los extremos de ciudadano y extranjero, cuyo prototipo es el extranjero *denized*.

Y es que si, como recuerda Walzer, la existencia social consiste en poder tomar parte en la distribución de bienes, la ciudadanía, o, mejor, la condición de pertenencia al grupo (pues Walzer distingue

---

[19] Ballesteros, J., «Los derechos de los nuevos pobres», en VV.AA., (ed. J. Ballesteros), *Derechos humanos,* Madrid, Tecnos, 1992.

[20] Cfr. Pastore, M. «I 'Cittadini inmigrati: differenze di status e incertezza dei diritti», VV.AA., *Contributi in tema di pluralismo giuridico* (Papers presentati al Seminario sul pluralismo giuridico. Universitá di Torino, 30.X.91), *Materiali di discussione e di Ricerca*, Q. 3/1992. De Hammar puede consultarse, además del colectivo editado bajo su dirección, *European Inmigration Policy: A comparative Study,* Cambridge, C. U. P, 1985, su *Democracy and the nation state: Aliens, denizens and citizens in a world of international migration,* Aldershot, Avesbury, 1992. Cfr. asimismo, Bauböck, R., «Migration and Citizenship», *New Community,* 18-1, 1991; Balbo, L., «Cittadini, cittadini-dimezatti, non-cittadini», *Inchiesta,* XX, 90 (1990); Castles, S., «The guest-worker in Western Europe: an Obituary», *International Migration Review,* XX-4; Leca, J «Nazionalitá e cittadinanza nell'Europa delle immigrazioni», en VV.AA., *Italia, Europa e nuove immigrazioni,* Torino, Ed. Fondaz. Agnelli, 1990; Costa Lascoux, J., *De l'inmigré au citoyen,* París, La Documentation Française 1989; Wihtol der Wenden, C., Les inmigrés et la politique, París, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1988, y Wihtol der Wenden, C., «The absence of rights: the Position of illegal Immigrants», en Layton-Henry, Z. (ed), *The political rights of immigrant workers,* London, Sage, 1992.

claramente entre una y otra), se revela como el bien primario. El problema se plantea en dos órdenes:

a) De un lado, la «confusión» entre pertenencia (digamos nacionalidad) y ciudadanía, que permite establecer una exclusión institucional, la de los extranjeros. Y aquí, la solución del pretendido universalismo puesto en pie por el formalismo jurídico propio del liberalismo, hace agua por momentos. La solución, en realidad, consistía en negar el problema o ignorarlo: no hay exclusión porque por definición los extranjeros no pueden entrar en el reparto. De paso, convengamos en que los tradicionales oponentes de ese modelo, los comunitaristas (nadie se acuerda ya de los marxistas), tampoco han aportado mucha claridad: en resumidas cuentas, con el cierre en el grupo social o comunidad (nacional, étnica, lingüística, cultural) los «otros» siguen perdiendo.

b) De otra parte, encontramos otra fuente para la exclusión: la que, en el interior del grupo, padecen de hecho quienes, perteneciendo a él, son apartados de la distribución de bienes por la hegemonía de alguno de los principios sucesivamente elegidos para tal adjudicación: el mercado, el mérito, la necesidad. Esa tendencia se refuerza hoy con las reclamaciones de la recuperación del protagonismo de la sociedad civil, de la espontaneidad social cuyo paradigma sería (?!) el mercado. Pero, como muestra a las claras, por ejemplo, el análisis de esa «subclase de ghetto» de la que habla Dahrendorf, está claro que el criterio de eficacia y competencia (y la «generosa» y «positiva» hipótesis de la igual autonomía individual) no sirven, por ejemplo, para que grupos sociales semejantes se sitúen siquiera en el umbral que les permita las primeras oportunidades vitales. Y la pregunta es si una exclusión que, de hecho o institucionalmente, abarca a toda una categoría de sujetos, puede dejar de afectar a la estabilidad social. Una versión de la ciudadanía que no sea, al menos tendencialmente, un proyecto universal, no puede dejar de constituir, para emplear los términos del propio Dahrendorf, «una penosa cobertura del privilegio».

El ciclo de desarrollo económico vivido entre los años 1945-1970 parece irrepetible: la creencia en el pleno empleo (en la condición coyuntural del paro) ha sido abandonada. Hoy, como ha dejado escrito en alguna ocasión G. Peces-Barba, de nuevo la malthusiana parábola del banquete parece convertirse en regla de oro, signo del señorío de la *ratio economica* sobre el Derecho, la Ética, la Política. La biblia de la ortodoxia económica impone en la actualidad (basta echar un vistazo a las recetas del FMI o del Banco Mundial) el aumento de la financiación de la economía y no la socialización de la riqueza. El coste de paro, de incremento de vulnerabilidad que

implican para sectores crecientes de la población esas directrices monetaristas puede ser afrontado (no sin enormes dificultades) en países en los que las clases obreras tienen mecanismos de resistencia y solidaridad; en los demás (y ese parece ser nuestro caso) no sucede así: la consecuencia es que aumentará la exclusión, y el modo de empezar es por los extranjeros, pero no se detiene ahí. Ha comenzado un proceso de vulnerabilidad cuyo primer elemento es la precarización del trabajo y las políticas que tienen como resultado el cierre de los cauces que permitían lo que Hoggart[21] denominara la porosidad progresiva entre las dos clases antagónicas, los mecanismos transversales que permitían un puente: la propiedad de la vivienda, la asistencia contra los riesgos sociales (enfermedad, vejez, desempleo), el acceso a la educación, etc. El aumento del desempleo afecta no sólo a los jóvenes sino a un porcentaje de adultos para los que la recuperación del empleo se torna casi imposible. Todo eso significa, como ha advertido por ejemplo Gaullier, la desestructuración de los ciclos de vida social, configurados en gran medida por la sucesión de las etapas laborales y que conducen a la gestión del tiempo de ocio y de retirada de la vida activa también como factores de estabilidad social; eso es tanto como decir que las consecuencias no se reducen al ámbito laboral, que alcanzan no sólo a la integración social que el trabajo produce, sino a la estabilidad social misma, a la integración social en un orden en el que estén suficientemente garantizados las necesidades y derechos básicos. Se crea así -la expresión es de Castel- una especie de «no-man's land social «que, además, *comienza a heredarse;* se potencia un proceso de vulnerabilidad que amenaza con extender de forma insoportable los estados de exclusión». Como advierte Walzer[22], son ellos quienes «participan sólo en una mínima parte en el bienestar de sus países, soportan el peso de la crisis económica, son expulsados de las mejores escuelas y de los mejores puestos, llevan por todas partes los signos de los perdedores. Así reproducimos las exclusiones internas del mundo antiguo: los sin-derechos, los sin-poder, los parados, los marginados». Que se sostenga frente a ello el mito de la exclusión justa (justificada al menos como inevitable, como exigida por las reglas de la «racionalidad económica», contradice la noción misma de justicia.

Precisamente es lo que se advierte en el nuevo tipo de conflicto para el que resulta funcional el mensaje de emergencia social que hoy se liga como una amenaza derivada de la inmigración: son concretamente

---

[21] Hoggart, R., *La cultura de la pobreza* (cito por la trad. francesa *La culture du pauvre,* Ed. de Minuit, París, 1970).

[22] Walzer, M., «L'esclusione, l'ingiustizia e lo stato democratico», *Micromega,* 1992, pág. 100.

los sectores más desfavorecidos de la población los que experimentan como un privilegio tanto su condición de ciudadanos como la de trabajadores. Ya no se trata de una situación de derecho, y por ello el enfrentamiento con quienes pueden privarnos de ella es brutal: vale todo (es decir, las respuestas de violencia propias del racismo, por ejemplo). La coartada es, además, que tal presencia rompe o al menos es una amenaza respecto al mínimo de homogeneidad social imprescindible (no ya de la homogeneidad racial o cultural, sino de la posibilidad misma de que todos los nacionales puedan disfrutar de un mínimo de condiciones materiales: puesto de trabajo estable, prestaciones sanitarias, educativas, asistenciales, etc.). Junto a ello, además, se aduce la puesta en cuestión del «patriotismo constitucional», en la medida en que -se dice- no comparten los valores y principios propios de nuestro ordenamiento jurídico constítucional (y es que, mal que pese a Habermas, resulta muy difícil disociar la dimensión étnico-cultural y la jurídica por lo que se refiere a las reglas de juego básicas). En el fondo de este planteamiento late el eco del mensaje rousoniano que exige desterrar del Estado a quien no acate la religión civil y que se manifiesta, asimismo, en la inscripción de los galeotes añorada también por Rousseau en el Contrato social: «obligar a ser libres». La homogeneidad impuesta no es el mejor terreno para la democracia que es un régimen con voluntad de inclusión. Vuelvo a Dahrendorf: «la auténtica verificación de la fuerza de los derechos de ciudadanía es la heterogeneidad. El respeto común a los títulos de acceso a los bienes fundamentales, atribuidos a personas diferentes por su origen, cultura o credo pone a prueba la combinación de identidad y variedad que es el núcleo de la sociedad civil civilizada... por eso… la ciudadanía no será nunca completa mientras no exista una ciudadanía mundial»[23]. La idea de exclusión es incompatible con esa noción de la ciudadanía, con su condición de status del que quedarían excluidos por definición categorías sociales enteras. Frente a estas manifestaciones de exclusión, resulta difícil imaginar las razones que pueden permitir la preferencia por la «espontaneidad social», «el libre juego del mercado» y por tanto, el desmantelamiento de las únicas garantías frente a ello, las que ofrece no la gracia o la buena voluntad de quienes puedan sentirse generosos, sino la vinculación que establece el Derecho, y eso, al menos, es tanto como reconocer la necesidad (mientras no aparezca en el horizonte un sustituto seguro) de la propuesta que conocemos por Estado social. Es lo que advierte Walzer: «Ante la existencia de grupos excluidos, la justicia exige un esfuerzo público para permitir a los miembros de esos grupos volver a entrar en la sociedad

[23] Dahrendorf, art. cit., 15.

y actuar de forma independiente en todas las esferas distributivas. Es precisamente el fin de dos bienes sociales estrechamente vinculados: *welfare* y educación». Se trata en definitiva de un deber social que no puede confiarse sólo a los voluntarios sociales (que son «agencias de inclusión»), porque los sistemas asistenciales mismos dependen de formas organizadas e institucionales de asistencia. El Estado debe facilitar el trabajo de las asociaciones surgidas de la sociedad civil, pero no sólo eso, pues la mejor forma de luchar contra la exclusión puede ser aumentar la cantidad de bienes disponibles, más que redistribuir lo que ya existe y ello es fruto de decisiones políticas. Por eso puede concluir, con una tesis elemental que atraviesa, según creo, buena parte del trabajo de Elías Díaz, no sólo como profesor o investigador, sino como intelectual, esto es, que el Estado no puede ser neutral o no comprometerse con el significado de los bienes sociales elementales, pues «lo que caracteriza una comunidad política democrática es el reconocimiento de que todas aquellas transacciones sociales que llevan a los ciudadanos a los márgenes, que producen una clase de excluidos son... siempre injustas»[24]. En otras palabras, y por volver a la provocación (al debate), eso significa que el Estado no puede abandonar la exigencia de solidaridad como una virtud social, sino, que debe considerarla, al contrario, como un principio exigible, como parte del contenido de la justicia, al igual que lo son la igualdad y la libertad.

[24] Walzer, art. cit., pág. 113.

DOXA 15-16 (1994)

MINORÍAS, RESPETO A LA DISIDENCIA E IGUALDAD SUSTANCIAL*

1. Sobre el concepto de minoría

Tal vez una de las enseñanzas más reiteradamente expuestas por Elías Díaz haya sido la fundamentación de la legitimidad democrática en torno al criterio de las mayorías. Ello era perfectamente comprensible (y valiente) en 1966 (E. Díaz, 1966), pero no dejó de serlo en 1984 (E. Díaz, 1984) y todavía conviene recordarlo en la década de los 90: la legitimidad democrática se apoya y se construye sobre la libertad individual, sobre el principio de la soberanía popular «y después, desde ahí, sobre la regla de la decisión por mayorías como criterio -no único, ni absoluto, adviértase enseguida- para crear normas jurídicas o para tomar decisiones políticas» (E. Díaz, 1990, pág. 45). Pero la noción de mayoría lleva implícita su contraria, la de minoría, y con ello el problema de la obediencia a normas y decisiones por parte de quienes no han prestado su consentimiento y eventualmente las consideran injustas, e, incluso más, el problema de la mera existencia de las minorías como grupos diferenciados. Pero, ¿quiénes son minoría?

Con ironía, pero no sin cierta justificación, se ha podido escribir que si minorías dignas de especial protección son las mujeres, los niños, los ancianos, los drogadictos, las minorías étnicas, los expresidiarios y los parados (y aun cabría añadir alguna otra) resulta que la presunta mayoría constituye en realidad una exigua minoría (I. C. Ibán, 1990, pág. 15 y ss.). Con todo, esta aproximación algo escéptica al concepto de minoría permite obtener una primera conclusión, y es que no existe en el lenguaje común un solo elemento definidor de minoría; no existe una minoría en singular, sino muchas

---

* Una versión ampliada de este trabajo se presentó como ponencia al II Seminario Internacional sobre minorías, Valencia, marzo, 1994.

minorías en plural, que se definen además según los más heterogéneos criterios, algunos inmodificables como la raza, otros de fortuna como la pobreza, y otros más o menos voluntarios, como el consumo de drogas. Por otra parte, el problema no reside sólo en la ambigüedad del término, sino también en las distintas implicaciones que presenta cuando se conecta a la noción de igualdad: minoría y exigencia de no discriminación, minoría como razón relevante para reclamar un tratamiento diferenciado, ya sea en el plano individual o en el colectivo, ya se traduzca en la exención de un deber jurídico o en la prestación de ciertos bienes o servicios, etc.

A fin de esclarecer un poco el panorama, tal vez podamos tomar como punto de partida la definición que se deduce del artículo 27 del Pacto de Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos: «En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma». Estos serían, pues, los rasgos característicos de una minoría:

a) Se trata de una colectividad humana diferenciada dentro del territorio del Estado, presumiblemente minoritaria en numero y, desde luego, que se halla en posición no dominante. En realidad, el elemento cuantitativo resulta secundario y así, por ejemplo, cabe decir que bajo el régimen de apartheid en Sudáfrica la mayoría negra fue también una minoría (de «mayorías minoritarias» habla J. de Lucas, 1993, pág. 101). Lo que importa es, en consecuencia, que la colectividad no ejerza un papel dominante, que su religión, sus costumbres e instituciones, en suma, que su cultura resulte distinta y disidente frente a la que domina.

b) En la definición del Pacto de Naciones Unidas, la noción de minoría parece tener como base un sustrato de hecho a partir de características relativamente inmodificables, es decir, de características que no dependen en absoluto o que principalmente no dependen de la conducta o de la voluntad de los individuos que forman la colectividad: etnia, religión y lengua. (Estos suelen ser los únicos criterios definidores de las minorías en los documentos internacionales (Vid. F. M. Mariño, 1994). Cada uno de estos elementos puede dar lugar a una minoría, si bien cabe decir que cuando se suman las tres se acentúa notablemente ese carácter minoritario e inmodificable; sería el caso, por ejemplo, de las poblaciones indígenas.

c) Este sustrato de hecho ha de traducirse en una cultura más o menos diferenciada, alguno de cuyos elementos, al menos, ha de resultar discorde o conflictivo con las instituciones dominantes.

Dicho conflicto puede presentar una dimensión jurídica, en cuyo caso procede hablar de minoría de iure o en sentido estricto; o puede presentar una dimensión simplemente sociológica, de manera que las creencias, los ritos o las costumbres minoritarias vengan a definir un grupo humano en posición de desventaja o con dificultades para acceder a los núcleos de poder político, económico o cultural. Así, Estados Unidos es una nación pluriconfesional donde en líneas generales las distintas confesiones actúan con plena autonomía y gozan de un estatus equiparable; no son, por tanto, minorías de iure, al menos no lo son la mayor parte de las iglesias (Vid. M. Tedeschi, 1984, págs. 83 y ss.), aunque sociológicamente parece innegable que las iglesias cristianas, en particular protestantes, se identifican con el grupo que de hecho ejerce una hegemonía económica, social y política.

En cualquier caso, esto pone de relieve que el concepto de minoría no es un concepto autónomo, sino relacional y conflictivo. La mera diferencia racial o religiosa no da lugar a una minoría, mientras el grupo humano correspondiente no entra en relación y, más concretamente, en conflicto con otro grupo mayoritario; mayoritario, no tanto en el sentido cuantitativo, sino en el sentido de dominante desde una perspectiva económica, cultural o política. Como escribe J. de Lucas, «lo que define a las minorías es que constituyen grupos de individuos que son como los demás (que pertenecen a un grupo más amplio: el Estado como marco común, del que son ciudadanos también los miembros de la minoría), pero que, sin embargo, no quieren / no pueden / no son asimilados en todo a ellos» (J. de Lucas, 1993, págs. 100 y ss.).

Como todo intento de definición, el que propone el Pacto de Naciones Unidas tal vez ayude a aclarar las cosas, pero, en contrapartida, presenta una dimensión estipulativa que restringe el amplio significado que el término minoría suele asumir en el lenguaje ordinario. En particular, esa restricción opera aquí de dos formas, que pudiéramos llamar interna y externa. La primera viene dada porque, en la definición propuesta, la disidencia cultural aparece unida a un determinado sustrato étnico, religioso o lingüístico, que obviamente no agota las posibles culturas minoritarias. Piénsese en ejemplos tan dispares como la masonería u otros grupos ideológicos no religiosos, las llamadas «tribus urbanas», los homosexuales, etc.; cada uno de ellos presenta algunas costumbres, modos de vida y valores diferenciados y muchas veces conflictivos -social o también jurídicamente- con los de la mayoría dominante, y, sin embargo, no serían minorías si nos atenemos a la óptica del documento internacional.

La restricción que he llamado externa se refiere al hecho de que, con frecuencia, la expresión minoría no se aplica a ninguna colectividad

humana definida en función de rasgos culturales más o menos homogéneos. Así, cuando se dice que los niños, las mujeres, los ancianos, los extranjeros o los pobres constituyen otras tantas minorías, es evidente que no se piensa en tradiciones, lengua, costumbres o valores diferenciados, sino en grupos que sufren algún tipo de desigualdad o que padecen una situación que les impide o dificulta el ejercicio de los derechos. Lo mismo ocurre con los que algunos han llamado «sujetos frágiles», como los enfermos psíquicos, los drogadictos, los presos y, en general, quienes se integran en alguna de las categorías de la desviación social (Vid. J. Varela y E. Álvarez-Uría, 1989). Se trata, en suma, de grupos de un modo u otro discriminados, aunque no forman una categoría unitaria.

Como casi siempre en estos casos, no existe una definición mejor que otra, sino sólo la obligación de aclarar en cada caso en qué sentido usamos la expresión minoría. A mi juicio, los grupos que hemos citado en este epígrafe pueden dividirse en tres grandes categorías: primero, los que presentan unos rasgos culturales propios más o menos disonantes con los de la mayoría o incluso abiertamente antijurídicos; segundo, las minorías que, cabe decir, son construidas por el propio Derecho a partir de criterios jurídicos y no fácticos, como ocurre con los extranjeros, que constituyen una minoría definida a partir del rasgo «no español»; tercero, los grupos que sufren una discriminación de hecho o una posición de desventaja generalmente traducida o traducible en términos de carencias físicas, económicas o culturales. Ciertamente, la perspectiva adoptada resulta tan amplia y da entrada a rasgos tan heterogéneos que resulta difícil proponer un elemento definidor del concepto de minoría preciso y bien delimitado; lo cual en este caso me parece que tampoco constituye un infortunio conceptual, pues dicha amplitud permite conectar mejor la noción de minoría con las distintas implicaciones del principio de igualdad. En concreto, lo que tienen en común los grupos que se han mencionado es únicamente que ocupan una posición de desventaja, y sólo en la medida en que ocupen dicha posición constituyen una minoría; ya sea de desventaja jurídica o institucional, ya de desventaja económica o social (Vid. P. Comanducci, 1994, págs. 5 y ss.).

Pues bien, dejando a un lado el caso particular de aquellas minorías que son directamente construidas por el Derecho sin un fundamento de orden cultural o socioeconómico, como la categoría de los extranjeros, la cuestión se reduce a saber si las demás minorías pueden o deben representar una razón justificadora de alguna diferenciación normativa. En particular, se trata de determinar si el rasgo «minoría» puede servir de fundamento a un régimen jurídico diferenciado en alguno de los sentidos siguientes: diferenciación jurídica como exigencia o traducción de una desigualdad fáctica que se acepta

como hecho objetivo de inamovible (desigualdad jurídica *porque existe* una desigualdad fáctica) y esto resulta especialmente relevante para las minorías culturales; y diferenciación jurídica como vehículo o instrumento para combatir la desigualdad fáctica (desigualdad jurídica *para que deje de existir* una desigualdad fáctica), lo que interesa sobre todo a las minorías socioeconómicas. A su vez, por lo que se refiere al primer sentido, se plantean dos problemas que, en realidad, son caras de la misma moneda, a saber: si la desigualdad fáctica puede ser fundamento de discriminación, de pérdida o restricción de derechos, de estatus, etc.; o si, al contrario, dicha desigualdad puede ser una razón para la atribución de privilegios, exenciones o derechos específicos. El primero es el problema de discriminación; el segundo, el de la uniformidad. O, visto desde otra perspectiva, el primero es el problema del universalismo ético y jurídico, esto es, de la universalidad de los derechos *por encima* de las diferencias; el segundo es el problema del relativismo ético, del respeto a la diversidad cultural que nace de las diferencias.

2. Las minorías culturales

a) Igualdad y no discriminación

Me parece una verdad bastante obvia que, desde la perspectiva de la filosofía moral y política que subyace y se expresa en la Constitución española, las que genéricamente hemos llamado minorías culturales, tengan o no una base étnica, religiosa o lingüística, no pueden representar nunca el fundamento de un tratamiento discriminatorio; las costumbres, las creencias religiosas, las opiniones o la cultura no son elementos que, en principio, proporcionen una razón que permita establecer límites o restricciones al ejercicio de los derechos o a la adquisición de cualquier estatus jurídico. El principio de libertad (art. 10,1) y los derechos fundamentales garantizan el ejercicio de la autonomía individual y hacen de ésta la justificación misma de la organización política; a su vez, la igualdad impide condicionar el disfrute de los derechos o el estatus jurídico a la concreta orientación que tenga el ejercicio de esa libertad; por último, el laicismo asegura un Estado neutral, que no hace suya ninguna de las particulares concepciones de la virtud ni, por tanto, pretende orientar las opciones éticas de los ciudadanos.

En realidad, creo que si hoy la exigencia de no discriminación por motivos religiosos, ideológicos o en general culturales presenta algún aspecto polémico, éste se sitúa en el ámbito de las relaciones horizontales o entre particulares. No parece que pueda formularse

una respuesta categórica (Vid. L. Prieto, 1990, págs. 205 y ss.), pero con todo conviene recordar que en alguna ocasión el Tribunal Constitucional ha considerado que el principio de igualdad obliga también al conjunto de los ciudadanos, constituyendo un atentado contra el honor (colectivo) las expresiones de menosprecio contra un grupo étnico; así, «ni el ejercicio de la libertad ideológica, ni la de expresión pueden amparar manifestaciones de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español... los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social» (STC 11-XI-1991).

b) Igualdad y uniformidad

La filosofía política igualitaria corre el riesgo de incurrir en excesos jacobinos o uniformadores, y es que la idea de que las minorías culturales no pueden ser objeto de discriminación genera una idea correlativa: que tampoco parecen lícitos los privilegios o exenciones, que el régimen común en materia penal, civil, tributaria, educativa, etc., no puede quedar exceptuado en atención a las peculiaridades culturales de los individuos. Como se ha dicho, las «clasificaciones» legales no deben basarse en las creencias, opiniones o costumbres de los destinatarios del Derecho, y esto vale tanto para «lo bueno» como para «lo malo», para las cargas igual que para las ventajas; en suma, los derechos y los deberes se distribuyen en función de otros criterios. Con lo cual puede ocurrir que la no discriminación de las minorías haya de pagar un alto precio: su eliminación por vía de asimilación; una ley igual para todos puede conducir justamente a la supresión de las particularidades que definen a la minoría, pero ¿cómo evitarlo sin abandonar las premisas del Estado liberal e igualitario?

Respeto a la diferencia y defensa de la tolerancia son dos ideas difícilmente escindibles; además, la tolerancia aparece íntimamente unida a una de las primeras minorías que registra la historia europea, las minorías religiosas (Vid. G. Peces-Barba, 1988, págs. 119 y ss.). Por tanto, parece razonable que entre los mecanismos que se proponen para la efectiva protección de las minorías figure precisamente la «institucionalización de la tolerancia», esto es, el respeto por «las creencias y opiniones de los otros y el reconocimiento de la diferencia y de la diversidad de forma de vida» (E. Fernández, 1992, págs. 78 y ss.). Con todo, tampoco cabe olvidar que, de acuerdo con su sentido histórico, la tolerancia no es todavía libertad ni, mucho

menos, igualdad; se tolera aquello que se considera un mal, aunque un mal tolerable, y, sobre todo, quien tolera adopta una posición de superioridad respecto del tolerado (Vid. J. de Lucas, 1993 (b), págs. 269 y ss.).

Ciertamente, es posible que la idea actual de tolerancia se haya independizado de esas connotaciones históricas y que pueda identificarse sin más con el pluralismo, es decir, con aquella actitud que reconoce y aprueba la variedad y la diferenciación religiosa, cultural, social y política (Vid. O. Höffe, 1988, pág. 134). Así lo hace Ferrajoli cuando dice que la tolerancia *moderna* «consiste en el respeto de todas las posibles identidades personales y de todos los puntos de vista», pudiéndose definir «como la atribución a cada persona de un mismo valor» (L. Ferrajoli, 1989, pág. 948). Por tanto, cualquiera que sea la denominación que usemos (tolerancia o, mejor, pluralismo), la exigencia consiste en respetar y aprobar las diferencias; un modelo pluralista es aquel que protege por igual las distintas concepciones éticas o religiosas, que acepta indistintamente la variedad de creencias y proyectos de vida, considerándolos incluso como un elemento enriquecedor que facilita el ejercicio de la libertad.

El «pluralismo político» aparece reconocido como «valor superior» en el artículo 1,1.º, si bien el Tribunal Constitucional no ha tenido inconveniente en extenderlo a otras áreas, como la educativa (STC. 13-II-1981) o la de los medios de comunicación (STC. 31-III-1982). Con todo, el problema no reside en el reconocimiento del principio, sino en su concreta articulación jurídica cuando las prácticas o costumbres de los grupos minoritarios resultan, no ya exóticas, sino en abierto conflicto con el Derecho: comisión de delitos, conductas discriminatorias, restricción de derechos fundamentales, etc. Sin necesidad de aportar documentación, pensemos en algunos ejemplos bien conocidos: negativa a realizar el servicio militar u otras prestaciones obligatorias, rechazo del juramento, de las transfusiones de sangre o, en general de tratamientos médicos, bigamia, repudio, falta de autonomía para contraer matrimonio, prácticas discriminatorias sobre la mujer, manipulación de los órganos sexuales de menores, violación más o menos consentida de la correspondencia, de la intimidad o de otros derechos fundamentales, etc. No hace falta añadir que cuanto más confesional o fundamentalista se muestra un orden jurídico tanto mayores serán las posibilidades de conflicto.

Parece que, en línea de principio, el Derecho sólo puede adoptar alguna de estas tres respuestas: olvidarse de la tolerancia y aplicar la sanción o consecuencia jurídica que corresponda; considerar lícita la conducta, lo que equivale a olvidarse del deber jurídico; o, en fin, recurrir a una solución intermedia, la llamada objeción de conciencia,

que transforma en permitido un comportamiento de otro modo prohibido u ordenado, y que lo hace precisamente con carácter excepcional en atención a los motivos religiosos, morales o de conciencia del individuo disidente, de la minoría. Es probable que, según los casos, las tres respuestas estén justificadas.

Comenzando por la última, es fuerte la tentación de ver en la objeción de conciencia un modo satisfactorio de garantizar el pluralismo y la posición de las minorías (así lo hace E. Fernández, 1992, pág. 79), pues con ella se consigue que las mayorías sigan observando sus propias reglas sin detrimento de las diferencias culturales que caracterizan a los grupos disidentes (Vid. M. Gascón, 1990, pág. 249). Sin embargo, hay dos motivos que desaconsejan o que exigen actuar con cautela a la hora de diseñar o aceptar objeciones de conciencia. El primero es la, desde antiguo, conocida incapacidad de las técnicas jurídicas para penetrar en el mundo de la conciencia, de su sinceridad y de sus motivaciones últimas; incapacidad de hecho y también dificultad jurídica si no se desea una fiscalización intolerable para la intimidad, como lo prueba la ineficacia del examen que realiza el Consejo de la Objeción de Conciencia en materia de servicio militar, o simplemente la inexistencia de todo control en la objeción al aborto (STC. 53/1985). La segunda razón es que mantener la exención de un deber jurídico o de la responsabilidad correspondiente en atención a motivos ideológicos, religiosos o, en general de conciencia, equivale a erigir dichos elementos en un factor de desigualdad, lo que puede entrar en conflicto con el artículo 14 de la Constitución. La objeción de conciencia responde al principio de que «hay que tratar de forma desigual lo que es desigual», pero las razones que militan en favor de la diferenciación han de superar una tan fuerte como la que postula el trato igualitario, máxime cuando el criterio clasificador pretende ser la ideología, que es uno de los contemplados en dicho artículo 14.

Naturalmente, esto no significa que la objeción de conciencia sea una institución inservible como modo de articular el respeto al pluralismo y a la diferencia; significa tan sólo que hay que administrarla con cautela, sin perder de vista la importancia de los bienes jurídicos tutelados por la norma objetada y las exigencias que derivan del principio de igualdad. Por eso, la objeción constituye una fórmula particularmente adecuada para exonerar de aquellos deberes jurídicos que reúnan estas dos características: a) que sean deberes establecidos en beneficio de un interés público o colectivo cuya satisfacción requiere de pequeñas contribuciones por parte de numerosos individuos, no en favor de bienes jurídicos de personas determinadas cuya protección exige el cumplimiento del deber por parte de todos y cada uno de los obligados (Vid. J. Raz, 1979, pág. 347 y ss.); b) que tales deberes no

comprometan el principio de igualdad o que, de hacerlo, puedan ser sustituidos por otras prestaciones equivalentes.

Pero deducir de estas dificultades el triunfo del deber y el desprecio de las diferencias sería de todo punto inadecuado. Precisamente, lo que pone de relieve la argumentación anterior es que, cuando aceptamos que una conciencia disidente *debería ser* exonerada frente a un mandato legal y que la única razón que se opone es el respeto al principio de igualdad entre todos los ciudadanos, dicho mandato *no debería existir* Ciertamente, no parece que todo conflicto entre la ley y la conciencia haya de resolverse en favor de ésta. Pero que el triunfo de la conciencia no pueda sostenerse siempre, tampoco significa que no deba defenderse nunca: ¿en qué casos cabe otorgar una preferencia jurídica a la conciencia sobre la ley? Detrás de esta pregunta se esconden decisiones cardinales del modelo de convivencia pues, en suma, se trata de saber cuándo el Derecho puede imponer deberes jurídicos y limitar de un modo u otro la libertad de las personas, cuándo puede o debe amenazar con una sanción ciertos comportamientos.

No podemos despejar aquí tan difíciles interrogantes, pero tampoco ocultaré mi simpatía por la propuesta de Mill: «la única razón legítima para usar la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de este individuo, sea físico, sea moral, no es razón suficiente» (J. S. Mill, 1859, pág. 32). Si bien se mira, muchas objeciones desaparecerían de seguir este criterio, y con ello numerosas minorías culturales *de iure* dejarían de serlo. Es cierto, no obstante, que el criterio del daño a terceros deja abiertas algunas interrogantes o casos dudosos. Por ejemplo, el del papel del consentimiento y su virtualidad en la renuncia al ejercicio de derechos fundamentales, o el de la posición de los menores, donde confluyen las facultades de patria potestad y las competencias protectoras del Estado. Con todo, me parece que en línea de principio no cabe avanzar mucho más: el criterio comentado marca una frontera entre el respeto al pluralismo y a la disidencia y la protección de bienes jurídicos fundamentales.

Tampoco cabe ocultar, sin embargo, que en estos casos dudosos se encuentra actualmente el núcleo del conflicto. Porque, en efecto, la tesis de Mill, que expresa el punto de vista liberal, presenta un límite evidente al pluralismo: la protección de terceros y, en especial, de los menores. Su premisa es el valor absoluto del individuo y de su autonomía o, como diría Kant, que nadie puede ser tomado como medio, sino sólo como fin en sí mismo (Vid. I. Kant, 1785, pág. 84 y ss.). Ahora bien, parece claro que estos valores son propios de la cultura occidental, pero no de otras más «comunitaristas», donde el individuo se concibe como un instrumento al servicio de un plan

general; y que, por consiguiente, mantener esta tesis equivale en último término a defender la superioridad de nuestra civilización sobre las demás; equivale a reconocer que, al menos en este punto, no hay respeto a la diferencia. Según creo, la tesis de E. Garzón expresa muy bien las que pudiéramos llamar razones del antirrelativismo: las diferencias que incrementan la coacción y el engaño no merecen ser conservadas [Vid. E. Garzón, 1992 (b), pág. 519 y ss.]. El liberalismo es, pues, muy liberal, pero sólo con quienes aceptan sus premisas fundamentales, y acaso existan razones muy fuertes para mantener su superioridad, pero, al menos, sin añadir que nuestra cultura liberal se caracteriza porque en ella tienen cabida todas las demás, pues sencillamente tal cosa no es cierta.

c) Igualdad y función promocional

Hemos indicado que en un sistema constitucional como el español rige el principio de no discriminación por motivos ideológicos o culturales. Sin embargo, la igualdad no se lesiona sólo cuando se establecen desventajas o limitaciones en contra de un grupo, sino también cuando se arbitran privilegios en favor de otro grupo «competitivo» o del mismo carácter, al que convencionalmente podemos llamar mayoría. Este es un problema que guarda alguna relación con el de la discriminación inversa, pues se trata de ayudar o fomentar la realización de ciertos fines o la actividad de determinados grupos, pero presenta una importante diferencia: aquí no se trata de arbitrar una desigualdad *de iure* para eliminar una previa desigualdad de facto, sino al contrario, de acentuar esta última bajo la justificación de que los grupos más numerosos y fuertes requieren una particular tutela del poder público; todo ello según una discutible aplicación del principio del Estado social al ámbito de los derechos civiles y políticos.

Un ejemplo paradigmático lo ofrece el Derecho eclesiástico español, en cuyo régimen de confesiones es posible distinguir las siguientes categorías: la Iglesia católica, las confesiones inscritas y que hayan concluido un acuerdo de cooperación con el Estado, las demás confesiones inscritas, aquellas comunidades que no merecen (o no desean) el calificativo de confesión y que desarrollan su actividad en el marco ordinario de la licitud jurídica, los individuos y grupos que no profesan ninguna religión y que se definen negativamente frente a los grupos anteriores, y, por último, las sectas o minorías perseguidas (Vid. L. Prieto, 1993). Prescindiendo de estas últimas, cuya ilegalidad implica un conflicto con el Derecho y que, por tanto, han sido implícitamente estudiadas en el epígrafe anterior,

¿cuál es el criterio de esta clasificación? ¿en qué radica la desigualdad de trato?

Pues bien, dicha desigualdad no se proyecta sobre el ejercicio de los derechos que son propios de la libertad ideológica y religiosa; cualquier manifestación de religiosidad, mayoritaria o minoritaria, de ateísmo, agnosticismo o indeferentismo se halla en lo sustancial equiparada. No hay, por tanto, discriminación en el viejo sentido de privación de derechos o estatus. Las diferencias, en cambio, se cifran en las múltiples facetas que adopta el llamado principio de cooperación, que recoge el artículo 16,3.º de la Constitución: dotaciones presupuestarias y beneficios fiscales, asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, hospitales y cárceles, acceso a los medios de comunicación, reconocimiento de un estatus particular a los ministros de culto, eficacia civil de los matrimonios religiosos, presencia de la catequesis en las escuelas públicas y apoyo a la enseñanza confesional, etc.; cooperación que -no hace falta añadir- se dirige muy principalmente a la Iglesia católica y que, en todo caso, es directamente proporcional al carácter mayoritario de la confesión, según se deduce del artículo 7,1.º de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Todo lo cual viene a poner de relieve que el grueso del Derecho eclesiástico está constituido por normas especiales que establecen privilegios en favor de determinados grupos, justamente de los mayoritarios; el principio de cooperación se traduce así en una posición «de ventaja con respecto a otras agrupaciones sociales por el simple hecho de ser confesiones» (I. C. Ibán 1987, pág. 209).

Si bien el caso comentado puede ser uno de los mejor articulados jurídicamente, seguramente no es el único en el que el ejercicio de la libertad pretende ser subvencionado; piénsese, por ejemplo, en los partidos políticos, en el mecenazgo público de opciones éticas o estéticas, etc. Ciertamente, nada habría que objetar si esa ayuda se repartiese por igual entre todas las opciones, pues cualquier otro criterio de reparto encuentra una difícil justificación: si se escoge el elemento minoritario o no dominante de la opción ideológica o religiosa, se estará premiando como presuntamente injusta esa posición cuando tal vez es minoritaria porque, desde cualquier punto de vista de moral social o de moral crítica, merece serlo; y si, al revés, se toma como criterio el carácter mayoritario o dominante, además de reproducir esa presunción ahora no menos injustificada, se vendrá a acentuar por vía institucional una desigualdad de hecho; en todo caso, cualquiera que sea el criterio que se adopte, la subvención de la libertad concluye en una subvención de las opciones éticas, políticas o religiosas que constituyen el resultado o la finalidad de su ejercicio. Lo cierto es que en la práctica se ha preferido privilegiar a las mayorías: así como en los derechos sociales el criterio es la *necesidad*

del sujeto, entendiendo que a peor posición de hecho debe corresponder una mejor posición de Derecho, en el caso de las libertades el criterio es la necesidad del grupo, entiendo que, cuando más amplio, poderoso e influyente resulte, mayores serán sus necesidades. De este modo, el Estado social proyectado sobre los derechos que no son por naturaleza prestacionales produce un efecto perverso, ya que el trato desigual, en lugar de servir para eliminar o aminorar una desigualdad de hecho, sirve justamente para incrementarla.

Recapitulando a propósito de la posición jurídica de las minorías culturales, hemos llegado en lo sustancial a las siguientes conclusiones: primero, no existe discriminación si por tal se entiende tomar la pertenencia a una minoría como criterio de restricción o limitación en el ejercicio de los derechos o en la adquisición de cualquier estatus jurídico. Segundo, la identidad de toda minoría cultural se halla salvaguardada con el único límite de la protección de los bienes o derechos de terceros, dado que, con carácter general, el orden jurídico no puede imponer comportamientos por el mero hecho de que los considere virtuosos o acordes con las pautas culturales dominantes; sólo en los casos límite donde se ponga en juego la autonomía de otras personas el conflicto deviene insuperable y entonces la tendencia hacia la uniformidad que alienta el universalismo triunfa o se impone sobre el respeto a las diferencias que estimula el relativismo. Tercero, las mayorías culturales gozan de un tratamiento privilegiado en atención a las presuntas «mayores necesidades» que genera su posición dominante. De aquí cabe deducir una última conclusión: el viejo Derecho discriminaba a las minorías por la vía negativa de limitar su libertad o sus derechos, mientras que el nuevo Derecho sigue discriminando pero por la vía positiva de subvencionar, fortalecer o, de cualquier manera, ayudar a las mayorías; para decirlo brevemente, la discriminación se ha trasladado de la estructura del Estado de Derecho a la lógica del Estado social.

3. Las minorías económicas. Nota sobre las razones de la igualdad sustancial

a) Un cambio de perspectiva

Hasta aquí hemos venido utilizando una noción de minoría basada en rasgos culturales, como la religión, las costumbres, la lengua, etcétera, entendiendo que la minoría es un grupo humano relativamente cohesionado que, dentro de una comunidad más amplia, ocupa un papel no dominante o sufre incluso discriminación social o jurídica en atención precisamente a esos rasgos culturales; esto es, la

naturaleza no dominante o discriminatoria obedece *sólo* a la religión, la lengua, etc. Sin embargo, nada se ha dicho aún de las posiciones de desventaja socioeconómica, del nivel de riqueza o bienestar.

Sin embargo, como se indicó en un epígrafe anterior, existe una acepción de minoría donde ese dato de «grupo no dominante» se hace girar en torno, no a rasgos culturales, sino a elementos económicos, o bien a carencias o minusvalías de hecho más o menos traducibles en términos económicos; por ejemplo, niños y ancianos, enfermos y disminuidos físicos, pobres en general, etc. Ciertamente, se trata de una categoría heterogénea, pues agrupa a minorías que se definen en función de muy distintos elementos. Con todo, cabe decir que presentan un punto en común, y es que se hallan en una situación de desventaja de hecho frente a la media del conjunto de la población; situación que puede ser eliminada o paliada mediante la prestación de bienes o servicios, en suma, mediante una intervención social o económica que implica un trato formalmente desigual. Por ello, las minorías socioeconómicas, tanto si coinciden con las minorías culturales como si no lo hacen, plantean un problema de igualdad de hecho o sustancial, o también de discriminación inversa; esto es, se trata de decidir si el rasgo o elemento que da vida a la minoría (edad, enfermedad, pobreza) autoriza o justifica una diferenciación normativa -un trato desigual en sentido estricto- tendente u orientada precisamente a la eliminación de dicha desigualdad fáctica.

Naturalmente, no es éste un tema que podamos abordar aquí, ni en términos generales (Vid. M. Rosenfeld, 1991), ni mucho menos, en relación con los rasgos que definen a las distintas minorías socioeconómicas. Sin embargo, creo que al menos conviene esbozar una respuesta a dos interrogantes fundamentales: primero, qué tipo de justificación cabe alegar en favor de la igualdad sustancial, qué clase de argumentos pueden avalar una quiebra de la igualdad jurídica que tenga como fin recomponer la igualdad de hecho. Y segundo, si tales argumentos pueden llegar a fundamentar una obligación constitucional de los poderes públicos efectiva y concretamente exigible. El primero es un problema de filosofía constitucional, mientras que el segundo plantea dificultades de técnica constitucional.

b) La justificación de la igualdad sustancial

Como es sabido, las filas del pensamiento liberal cuentan desde antiguo con rigurosos críticos de la igualdad material y de los derechos sociales (Vid. L. Prieto, 1990, pág. 43 y ss.; M. E. Fernández, 1993, págs. 59 y ss.). Hayek, en un libro que significativamente titula *Camino de servidumbre* y que dedica «a los socialistas de todos

los partidos» (todos los partidos socialistas de 1994, claro está), expresa perfectamente este punto de vista: «la igualdad formal ante la ley está en pugna y de hecho es incompatible con toda actividad del Estado dirigida deliberadamente a la igualación material o sustantiva de los individuos... toda política dirigida a un ideal sustantivo de justicia distributiva tiene que conducir a la destrucción del Estado de Derecho» (F. Hayek, 1944, pág. 111).

Bien es cierto que el propio pensamiento liberal ha alumbrado posiciones más igualitarias; por citar sólo algunos ejemplos bien conocidos, Rawls o Dworkin. Sin embargo, interesa advertir que en estos autores la justificación de los derechos sociales y de las medidas igualitarias no aparece nunca imbricada con la justificación de la libertad y de los derechos básicos (civiles), entre ellos la propia igualdad formal o *de iure,* sino que responde a consideraciones distintas y, desde un punto de vita moral, de «segundo nivel»: la compensación de las desigualdades, confiesa Rawls, es sólo un principio *prima facie* que debe ser ponderado «con los principios del mejoramiento del nivel medio de vida o de la promoción del bien común» (J. Rawls, 1971, pág. 123), justo al contrario de lo que ocurre con la libertad, que «sólo puede ser limitada en aras de la libertad misma» (J. Rawls, 1971, pág. 122). Los derechos sociales son para Dworkin derechos «putativos», pues funcionan únicamente como expresiones del utilitarismo, «para confirmar la justificación colectiva y no para triunfar sobre ella» (R. Dworkin, 1977, pág. 494).

Desde mi punto de vista, ésta es una justificación débil o devaluadora de la igualdad material y de los derechos sociales, que escinde artificialmente el universo humano en dos dimensiones separadas, la jurídico-política y la socioeconómica, la del hombre abstracto y la del individuo histórico-concreto. De ahí que una justificación fuerte de la igualdad material haya de entroncar con los principios de dignidad y de autonomía que constituyen el fundamento de la igualdad formal y del conjunto de derechos básicos; si éstos se proponen como universales o comunes a toda la familia humana, precisamente porque la dignidad y la autonomía son ideales indivisibles, es preciso mostrar que al menos algunas medidas de discriminación inversa constituyen un requisito o condición de dicha universalidad. Como escribe Pérez Luño, existe una «continuidad entre las dimensiones formal y material de la igualdad. Ambos aspectos de este valor fundamental no pueden concebirse como compartimentos estancos, o como ideales contradictorios « (A. E. Pérez Luño, 1981, pág. 274). El argumento me parece especialmente poderoso por cuanto no apela a consideraciones finalistas o de utilidad social, propias del marco económico, sino a los propios derechos fundamentales.

Kant ha sido probablemente uno de los principales responsables

teóricos del triunfo de la igualdad formal o jurídica en detrimento de cualquier medida favorable a la igualdad fáctica o sustancial, y baste recordar su duro juicio sobre el Estado paternalista como «el más despótico de todos» (I. Kant, 1797, pág. 147). Sin embargo, bien mirado, será el propio Kant quien proporcione indirectamente un buen fundamento teórico de la igualdad material: la independencia, esto es, un cierto nivel de bienestar que permita «no agradecer la propia existencia y conservación al arbitrio de otro» (I. Kant, 1797, pág. 143) constituye un requisito indispensable para el ejercicio de los derechos políticos, para el ejercicio de la autonomía en el ámbito colectivo. En el fondo, Kant no se equivocaba: no se puede ser ciudadano activo sin independencia; no cabe concebir los derechos básicos como efectivamente universales, «innatos e inalienables» (Declaración Universal, 1948) sin un cierto grado de independencia kantiana -de bienestar y de autonomía efectiva- y, por tanto, si tales derechos *deben ser* universales, entonces la independencia también *debe ser*. En palabras de Elías Díaz existe «una ineludible interconexión entre libertad e igualdad, y entre libertad e igualdad real. Los obstáculos a la igualdad son también obstáculos a la libertad y viceversa»; y de ahí que el Derecho deba ser igual en lo que se refiere a la libertad, «pero deberá ser igual para lograr la igualdad, para superar la necesidad» (E. Díaz, 1978, págs. 136 y 138).

Naturalmente, que la independencia kantiana *deba ser* no constituye una justificación absoluta, pues la discriminación inversa ha de conjugarse con las exigencias de igualdad formal y con el respeto a otros derechos fundamentales. Sin embargo, lo importante es mostrar que la igualdad material se adscribe a la misma constelación de valores que el conjunto de los derechos; por tanto, que dicha igualdad representa una exigencia del artículo 14 y, con ello, una exigencia iusfundamental. Como escribe Alexy a propósito de la Constitución alemana, «una ascripción exclusiva al principio del Estado social no ofrecería ni siquiera la posibilidad de la fundamentación iusfundamental de derechos subjetivos concretos a la igualdad de hecho, cualquiera que sea su delimitación. Pero... no existe ningún motivo para renunciar a esta posibilidad; al contrario» (R. Alexy, 1986, pág. 414 y ss.).

c) La articulación jurídica de la igualdad sustancial

Esta última consideración nos permite plantear un segundo interrogante: ¿en qué medida la igualdad material puede dar lugar a pretensiones concretas e inmediatamente exigibles?; con base en el artículo 14 y sin mediación legislativa, ¿es posible reclamar una discriminación

inversa del mismo modo que se reclama la eliminación de una discriminación directa?; si cabe exigir que «los iguales sean tratados como iguales», ¿cabe exigir también que «los desiguales sean tratados como desiguales»?, según se deduce de la célebre definición aristotélica (Aristóteles, 1983, pág. 83).

Ciertamente, existe una dificultad inicial de no pequeño alcance, y es que la igualdad de hecho se presta a múltiples interpretaciones y concepciones, sin que la Constitución contenga un programa preciso de distribución, ni una prelación exacta de las necesidades atendibles. Una «política social» desarrollada por el Tribunal Constitucional cercenaría la libertad de configuración que en este campo se reconoce al legislador, único sujeto legitimado para escoger, de entre las distintas concepciones, la que en cada ocasión debe imperar. Además, y ésta es la otra cara de la misma moneda, la igualdad material requiere importantes recursos financieros, escasos por definición, cuyo reparto forma parte también de la libertad política de quien representa la voluntad popular. Por tanto, un reconocimiento concreto de pretensiones de discriminación activa con base únicamente en la Constitución, y sin mediación legislativa, supondría una intromisión exorbitante del Tribunal Constitucional en el ámbito de la discrecionalidad legislativa (Vid. R. Alexy, 1986, pág. 410 y ss.).

Por otra parte, aunque unido a lo anterior, desde el punto de vista de la jurisdicción constitucional, la igualdad formal opera de un modo muy distinto a como lo hace la igualdad material. Porque la primera, en efecto, se traduce en una exigencia negativa que se acomoda bien a la propia naturaleza del Tribunal concebido como legislador negativo; éste, cuando declara que una ley, una sentencia o una decisión viola la igualdad ante la ley desarrolla generalmente una tarea de anulación, supresión o eliminación, en suma, de depuración del ordenamiento. En cambio, reconocer que alguien tiene derecho a una prestación porque así lo exige la igualdad material implica una tarea positiva, propiamente normativa, donde el Tribunal sustituye al legislador dado que ha de crear una norma que vincule determinada prestación con cierta posición de hecho.

Sin embargo, que la articulación jurisdiccional de la igualdad sustancial tropiece con serias dificultades no significa que sea por completo imposible. Desde luego, un reconocimiento abierto o general de pretensiones de esta naturaleza parece inviable, pero un reconocimiento matizado no debe excluirse. En concreto, creo que esta viabilidad se da en tres supuestos. Primero, cuando la igualdad material viene apoyada por un derecho fundamental de naturaleza prestacional directamente exigible (por ejemplo, art. 27 C. E.), lo que supone una toma de posición constitucional que elimina toda ulterior

discusión: se tiene derecho a la educación gratuita en ciertos niveles sin necesidad de invocar el artículo 14.

El segundo supuesto tiene lugar cuando una pretensión de igualdad sustancial concurre con otro derecho fundamental, aun cuando no sea de naturaleza prestacional: la garantía de la tutela judicial efectiva, en verdad no genera un derecho universal al asesoramiento gratuito de abogado, pero sí puede fundamentar una pretensión de esa naturaleza cuando el sujeto, además de hallarse en una situación de necesidad económica, resulta acreedor a la tutela que ofrece el artículo 24 (Vid. STC. 42/1982, de 5 de julio). Se trata, por tanto, de una cierta presunción de que el bien tutelado es valioso y merece protección; esto es, de que entre los múltiples objetivos que pueden perseguir las acciones de discriminación inversa, hay algunos que aparecen privilegiados por la Constitución (los derechos fundamentales), representando en consecuencia una razón fuerte en favor de la adopción de medidas de igualación material.

Finalmente, el último supuesto se produce cuando una exigencia de igualdad material viene acompañada o apoyada por una exigencia de igualdad formal. Porque, en efecto, uno de los problemas que presenta la discriminación inversa es que suele faltar un *tertium comparationis* suficientemente sólido o convincente: que el Estado subvencione la educación o atienda las situaciones de extrema necesidad no puede ser invocado como discriminatorio por quien pretende una vivienda gratuita, pues, según hemos dicho, la Constitución carece de un programa ordenado de distribución de los recursos. Otra cosa sucede, sin embargo, si los poderes públicos deciden entregar viviendas gratuitas a una cierta categoría de personas y utiliza en la delimitación de esa categoría de personas un criterio irracional, falto de proporción o de cualquier modo infundado; entonces, una pretensión de igualdad material, en principio no exigible ante el Tribunal Constitucional, se fortalece o adquiere virtualidad gracias al concurso de la igualdad formal: el legislador *decide* que esa pretensión está justificada, pero «clasifica» mal el núcleo de destinatarios merecedores de la misma y, por tanto, quienes resultan discriminados pueden reclamar unos beneficios a los que, de otro modo, no tendrían derecho. Esta es la razón de ser de muchas de las llamadas sentencias aditivas del Tribunal Constitucional, es decir, de aquellas decisiones en las que el Tribunal extiende a sujetos no mencionados en la norma los «beneficios» en ella previstos (así, STC. 103/1993, de 22 de noviembre, 116/1987, de 7 de julio. Vid. F. Rubio, 1988, pág. 38; M. Gascón, 1994).

La conclusión es, pues, que tanto desde una perspectiva de filosofía política como desde un punto de vista constitucional no hay ninguna razón para expulsar a la igualdad material a las tinieblas de

unos evanescentes buenos propósitos de la acción estatal. La igualdad de hecho constituye una dimensión de la igualdad a secas (art. 14 C.E.) y se alimenta de los mismos valores de dignidad y autonomía que constituyen el fundamento de los derechos básicos. Su exigibilidad jurisdiccional, aunque compleja, no es imposible, pues la Constitución ampara posiciones iusfundamentales de igualdad de hecho, si bien con un carácter fragmentario que exige el concurso de otras razones, es decir, de otros derechos o de la propia igualdad formal. Pero, sobre todo, su plasmación y desarrollo encuentran un indudable respaldo constitucional, que ofrece cobertura al legislador a fin de que éste diseñe las desigualdades jurídicas o formales necesarias para satisfacer las exigencias de la igualdad sustancial.

4. Observación sobre la especial protección de las diferencias

Una minoría cultural en el sentido del Pacto de Naciones Unidas puede coincidir con una minoría socioeconómica; es más, parece casi intuitivo pensar que sólo se forma parte de una minoría cuando se padece la pobreza, y tanto peor si el sujeto pertenece a cualquier corriente heterodoxa o diferente. Ahora bien, esta «coincidencia» entre minoría cultural y pobreza o marginación plantea un problema ulterior y, al mismo tiempo, una posible confusión de planos. Me refiero al hecho, ya aludido anteriormente, de si las actuaciones de promoción y prestación pueden o deben proyectarse, no sobre bienes y servicios de naturaleza económica, sino sobre las propias peculiaridades culturales; es decir, si las técnicas del Estado social son aplicables a las minorías culturales, pero no en lo que eventualmente padecen desde una perspectiva material o económica, sino en aquello que les caracteriza como grupos culturalmente diferenciados. En cierto modo, este es el problema de los derechos de las minorías, pero no de los derechos individuales de quienes pertenecen a las mismas, sino de los derechos especiales de las minorías como tales; se trata de las que algunos llaman minorías «by will», esto es, de aquellos grupos culturales que no sólo reclaman la igualdad liberal o la no discriminación, sino que exigen un derecho al mantenimiento de la diferencia, concebida ésta como un valor que es preciso preservar de un modo positivo (Vid. P. Comanducci, 1994, pág. 5 y ss.). La cuestión resulta excesivamente compleja como para abordarla al final de este trabajo, pero intentaré aventurar una opinión.

Escribe J. de Lucas que «frente a las minorías con voluntad de pervivencia es preciso garantizar los derechos que aseguren la plena libertad y la igual oportunidad al desarrollo cultural y al papel activo en la vida social de las minorías en cuanto tales» (J. de Lucas, 1993, pág. 17). Sin embargo, me parece que esta afirmación puede entenderse

de dos maneras: una primera, indiscutible, según la cual las minorías tienen derecho a practicar su religión y costumbres, a hablar su lengua, a formar partidos y asociaciones propias, etc., de acuerdo con las exigencias de igualdad y no discriminación normativa que ya conocemos. Y una segunda, más discutible, según la cual dicha religión o lengua constituye un «bien» que debe ser especialmente tutelado o promovido; que debe ser, al menos, más y mejor promovido que cualquier otra religión o lengua existente en la sociedad. En ambos supuestos cabe hablar de una «voluntad de pervivencia»; sólo que en el primero se trata de una voluntad autónoma que reclama igualdad jurídica, y en el segundo de una voluntad «frágil» que reclama igualdad material.

Por las razones que ya se vieron, creo que en un modelo laico, neutral y pluralista resultan muy discutibles las actuaciones de fomento de una determinada religión, ideología o cultura, incluso de todas ellas. De cualquier manera, en caso de conflicto entre los derechos individuales, singularmente la igualdad formal o jurídica, y los derechos culturales prestacionales dirigidos a grupos, existen muy buenas razones en favor de los primeros (Vid. E. Garzón, 1992, pág. 519 y ss.; P. Comanducci, 1994, pág. 8 y ss.).

Dicho esto, tampoco cabe ocultar que, en tanto subsistan manifiestas desigualdades de hecho en contra de grupos diferenciados, la promoción o protección especial de la cultura minoritaria puede estar justificada como una técnica sustitutiva y transitoria. Sustitutiva, porque se trataría de preservar unas peculiaridades culturales -étnicas, lingüísticas, etc.- amenazadas por una discriminación de hecho, operando no directamente sobre ésta (que es la verdadera causa de la amenaza), sino sobre aquéllas; y transitoria, porque su justificación sólo persiste en tanto se mantengan los efectos de dicha discriminación material. Del mismo modo, una desigualdad jurídica prolongada en perjuicio de una minoría cultural puede justificar seguidamente la adopción de medidas de protección transitorias orientadas a compensar tal desigualdad. Este es el caso, por ejemplo, de los pueblos indígenas en algunos países de América donde no fueron sin más asimilados o exterminados; de minorías nacionales largo tiempo discriminadas, etc.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. (1986), *Teoría de los derechos fundamentales,* trad. de E. Garzón Valdés, C.E.C., Madrid, 1993.

Aristóteles (1983), *Política,* Ed. de J. Marías y M. Araujo, C.E.C., Madrid.

Comanducci, P. (1994), «Diritti umani e minoranze: un approccio analitico e neo-illuminista», *Ragion pratica,* n.º 2.

Díaz, E. (1966), *Estado de Derecho y sociedad democrática,* 8.ª ed., Taurus, Madrid, 1981.
- (1978), «Socialismo democrático y derechos humanos», en *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático,* Civitas, Madrid.
- (1984), «Razón práctica y legitimidad democrática», en *De la maldad estatal y la soberanía popular,* Debate, Madrid.
- (1990), «La justificación de la democracia», en *Ética contra política. Los intelectuales y el poder,* C.E.C., Madrid.

Dworkin, R. (1977), *Los derechos en serio,* trad. de M. Gustavino, Ariel, Barcelona, 1984.

Fernández, E. (1992), «Identidad y diferencias en la Europa democrática: la protección jurídica de las minorías», *Sistema,* n.º 106.

Fernández, M. E. (1993), «Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica liberal de la igualdad», *Anuario de Filosofía del Derecho,* vol. X.

Ferrajoli, L. (1989), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale,* Laterza, Bari, 2.ª ed., 1990.

Garzón, E. (1992), «El problema ético de las minorías étnicas», en *Derecho, Ética y Política,* C.E.C., Madrid, 1993.

Gascón, M. (1990), *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia,* C.E.C., Madrid.
- (1994), «La Justicia Constitucional: entre legislación y jurisdicción», *Revista Española de Derecho Constitucional.*

Hayek, F. A. (1994), *Camino de servidumbre,* trad. de J. Vergara, Alianza Editorial, Madrid, 1976.

Höffe, O. (1988), «Pluralismo y tolerancia: acerca de la legitimidad de dos condiciones de la modernidad», en *Estudios sobre teoría del Derecho y, la justicia,* trad. de Jorge M. Seña, Ed. Alfa, Barcelona.

Ibán, I. C. (1987), *Lecciones de Derecho eclesiástico,* con L. Prieto, 2.ª ed., Tecnos, Madrid.
- (1990), «Prólogo al libro de A. Motilla, *Sectas y Derecho en España,* Edersa, Madrid.

Kant, I. (1785), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres,* trad. de M. García Morente, 8.ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1983.
- (1797), *La metafísica de las costumbres,* trad. de A. Cortina y J. Conill, Tecnos, Madrid, 1989.

Lucas, J. de (1993), «Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* n.º 15.
- (1993) (b), «El reconocimiento de los derechos. ¿Camino de ida y vuelta? (A propósito de los derechos de las minorías)», en *Derechos y Libertades,* n.º 1.

Mariño, F. M. (1994), «Protección de las minorías y Derecho internacional» (en prensa).

Mill, J. S. (1859), *Sobre la libertad,* trad. de G. Sainz Pulido, Ed. Orbis, Barcelona, 1985.

Peces-Barba, G. (1988), *Escritos sobre derechos fundamentales,* Eudema, Madrid.

Pérez Luño, A. E. (1981), «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales», *Anuario de Derechos Humanos,* vol. I.

Prieto, L. (1990), *Estudios sobre derechos fundamentales,* Debate, Madrid.

- (1993), «Las minorías religiosas», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. IX.

Rawls, J. (1971), *Teoría de la Justicia,* trad. de M. D. González, F.C.E., Madrid, 1979.

Rosenfeld, M. (1991), *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry,* Yale University Press, London.

Rubio Llorente, F. (1988), «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional,* n.º 22.

Tedeschi, M. (1984), «Alle radici del separatismo americano», *Il Diritto eclesiastico,* n.º, 1-2.

Varela, J. y Álvarez-Uria, F. *(1989), Sujetos frágiles. Ensayos de sociología de la desviación,* F.E.C., México.

DOXA 15-16 (1994)

PÚBLICO Y PRIVADO

(Sobre feministas y liberales: argumentos en un debate acerca de los límites de *lo político*)

Las paginas siguientes van a exponer las críticas que, desde el feminismo, reciben algunas interpretaciones de la distinción liberal entre la esfera pública y la esfera privada. Estas críticas son centrales en las autoras feministas que desarrollan sus investigaciones en diferentes disciplinas. En este trabajo se han seleccionado los puntos de vista de Carol Pateman y Seyla Benhabib dada la relevancia de ambas en el campo de la teoría política; se menciona además con cierto detalle la posición de una tercera autora, Chantal Mouffe, que sin presentarse a sí misma como feminista no deja de entrar en los problemas que se plantean desde el feminismo. Puesto que el blanco de las críticas es el liberalismo parece inexcusable entrar en las consideraciones que algunos autores liberales, como John Rawls, Bruce Ackerman o Will Kymlicka están llevando a cabo en la actualidad acerca de cuestiones que guardan una estrecha relación con el debate que se suscita desde el feminismo. En el fondo de la obra de unas y de otros subyace un afán compartido, se trata de la búsqueda de una definición de lo político que pueda ser aceptada en el mundo contemporáneo.

En principio, cuando se habla de feminismo se está hablando de una teoría y de una práctica políticas, lo cual implica que no puede ser entendido ahistórica y aculturalmente[1], es decir, que el feminismo surge en un momento determinado y en unas sociedades concretas y de ahí que tenga ciertas características y no otras. En su origen como feminismo propiamente dicho está vinculado al liberalismo, en sus raíces ilustradas laten las aspiraciones al reconocimiento de la dignidad humana y las ideas de libertad e igualdad. Pero pronto

[1] Tomo casi literalmente las palabras de M. X. Agra Romero en «Legitimidad y necesidad del disenso feminista» en *Convicciones políticas, responsabilidades éticas*, J. M. González y Carlos Thiebaut (eds.), Madrid, Anthropos, 1990, pág. 185.

algunas mujeres se dan cuenta de que esos ideales de las luces no tenían mucho que ver con ellas cuando se trataba de llevarlos a la práctica[2] y comienzan las preguntas. No hay duda de que muchas de esas preguntas son respondidas contundentemente por sus contemporáneos ilustrados y por algunos precursores de éstos. Locke, Rousseau o Kant no dejan resquicios acerca de sus opiniones acerca de las mujeres y de su papel en el mundo; y aunque el momento era diferente al actual, ya existían entonces voces disonantes sobre la consideración que tradicionalmente habían tenido las mujeres.

Es posible, a pesar de lo anterior, que sin la existencia de los autores mencionados y de algunos otros no hubiera surgido el feminismo, o no hubiera surgido del mismo modo, y creo que es justo el reconocimiento de esta deuda, pues es desde la obra de estos y de otros clásicos de donde podemos partir para pensarnos como seres autónomos, como personas morales. Tal reconocimiento no supone que no quepa hacer una revisión de sus escritos y, a partir de ésta, aspirar a una sociedad diferente, sin exclusiones. No basta con añadir a las mujeres en el lugar en que antes no figuraban, en una relectura de los clásicos nos encontramos ante lo que se nos ha negado y ante la necesidad de explicarnos la razón de tal negación, lo cual nos lleva a repensar las categorías y los conceptos que nos han enseñado y a tratar de darles un significado capaz de incluir a todas las personas.

He mencionado anteriormente que cuando se trata de feminismo se está hablando de un término que está inmerso en una cultura determinada y que se sitúa en unas coordenadas históricas concretas. De alguna manera la filiación cultural ha quedado implícitamente expuesta en las líneas precedentes, los ideales de la Ilustración y las derivaciones liberales de esos ideales, fundamentalmente con el lenguaje de los derechos, subyacen al origen de los planteamientos del feminismo. Si la Ilustración inaugura un modo de pensar tan crítico que sólo puede existir plenamente en oposición a lo que existe[3], de alguna manera el feminismo puede inscribirse en esa corriente de desafío y de disenso con respecto a lo que se recibe y se acepta sin preguntas incómodas.

---

[2] Un ejemplo de ello es Mary Wollstonecraft, que publica su *Vindicación de los derechos de la mujer* en 1792. Existen varias traducciones castellanas, la más reciente es la de C. Martínez, con introducción de I. Burdiel, Madrid, Cátedra-Universitat de València-Instituto de la Mujer, 1994.

[3] En este sentido, A. Valcarcel, «El idealismo alemán» en *Historia de la ética,* Victoria Camps (ed.), Barcelona, Crítica, 1992, pág. 447; en relación con el tema de la igualdad y la Ilustración, de la misma autora, *Del miedo a la igualdad,* Barcelona, Crítica, 1993: también acerca de la Ilustración y de la dicotomía público/privado trata el libro de C. Molina Petit, *Dialéctica feminista de la Ilustración,* Madrid, Anthropos-Comunidad de Madrid, 1994.

Hasta el momento se ha mencionado al feminismo como si fuese un término que tiene el mismo significado para todos/as los que lo utilizan, pero una mirada hacia la literatura de partidarios y detractores de feministas nos presenta un panorama que podría ser desolador en un principio porque parece que no se puede hablar de feminismo debido a la variedad de planteamientos que aparecen en los escritos de y sobre mujeres. Sin embargo, en todos ellos hay un punto de partida común, independientemente de la marcha que se emprenda y del lugar al que se pretenda llegar: se trata de una conciencia clara de la opresión de las mujeres, del hecho innegable de la situación de sometimiento que históricamente han sufrido éstas. Ciertamente existen diferentes posiciones feministas, pero como se ha dicho con anterioridad existe una idea compartida que subyace a esas posiciones y es que todas ellas avanzan -en palabras que son el título de un excelente libro de Celia Amorós-[4] «hacia una crítica de la razón patriarcal». En esta crítica, en el modo de enfocarla y de hacerla, es en donde se pueden encontrar las diferencias, pues criticar a la razón patriarcal no supone criticar a la razón, no se trata de colocarse del lado del irracionalismo sino de cuestionar ciertas manifestaciones de la razón y de dejar a un lado posiciones esencialistas buscando el valor de lo individual[5].

Aclarada esta cuestión, nos podemos encontrar con feministas que asumen por entero los presupuestos de la teoría liberal y buscan la libertad e igualdad con respecto a los hombres, lo que implica su inclusión en lo político como miembros de pleno derecho, de ahí el énfasis en la participación política y en la educación, que suponen también, en este caso, una aceptación acrítica de los valores masculinos. Dentro de esta corriente las feministas consideran, además, que la liberación de la mujer se logra sin alterar las estructuras económicas y políticas. La crítica desde otros sectores del feminismo procede de posiciones cercanas al marxismo, de corrientes con influencias freudianas y de ciertas versiones socialdemócratas, que sin dejar de buscar la igualdad de derechos y de oportunidades, lo hacen desde presupuestos más críticos poniendo de relieve una serie de factores complejos que son relevantes en la situación de las mujeres; se subraya desde estas posiciones la idea -ya destacada por Simone de Beauvoir- de que la mujer no nace, se hace; por tanto descartando toda forma de esencialismo con respecto a la definición de la mujer o del hombre, se insiste en la construcción social de los géneros, razón por la cual es posible el cambio en las situaciones derivadas de tales construcciones. El objetivo de este feminismo está vinculado a

[4] Está publicado en Madrid, Antrhopos, 1985.

[5] Ver Amorós, *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, cit., pág. 103.

una idea de transformación social. Finalmente, se puede señalar un tercer planteamiento feminista a partir de una visión de la opresión de las mujeres que se refleja en todos los ámbitos, puesto que desde el ejercicio masculino del poder siempre existe la posibilidad de forzar a éstas a tener una relación sexual contra su voluntad; de alguna manera, en este modo de entender al feminismo está latente una victimización de la mujer y una vinculación a esquemas naturalistas[6].

Mencionaremos a continuación las críticas de algunas autoras que, en relación con la dicotomía entre *lo público y lo privado,* muestran sus diferencias con el pensamiento liberal, pero antes es necesario resaltar la ambigüedad que rodea a ambos términos en los diferentes contextos que son utilizados. *Público y privado* forman parte de una oposición binaria que presupone la existencia de los dos términos cuando se menciona uno de ellos, pudiendo ser definidos independientemente uno de otro, o bien uno sólo de ellos es definido mientras el otro es definido negativamente[7]. Esta es la línea que toma Seyla Benhabib[8] para analizar la distinción a partir de la ambigüedad del término *privado* (privacy) haciendo una diferenciación entre privacidad, derechos individuales (privacy rights) y esfera privada. La privacidad se entendió desde el principio como la esfera de la conciencia moral y religiosa, separada de otras esferas como resultado del compromiso entre Iglesia y Estado que permite a los individuos vivir y actuar de acuerdo con sus creencias; los derechos individuales surgen del mismo movimiento al que acompañan el desarrollo de las transacciones comerciales y del capitalismo que, a su vez, conllevan la mercantilización de la vida económica y la desaparición de las economías locales y familiares de subsistencia, la economía privada en este contexto equivale a la libertad de mercado y a la ausencia de interferencias en sus transacciones; la *esfera privada* es también la esfera íntima, el terreno de la casa, de lo familiar en donde el patriarca sigue ejerciendo un poder no consensuado, lugar en que no existe la igualdad, esfera en la cual carecen de relevancia las cuestiones de justicia. Los cambios que se dieron en el siglo pasado y en el actual en la esfera privada y en la situación de las mujeres son, inexplicablemente, ignorados en la teoría política y moral contemporáneas. Las consecuencias de tal ignorancia son, a juicio de Benhabib, por un lado, que las teorías actuales no consideran las diferencias de género y las diferentes experiencias de hombres

---

[6] Esta clasificación aparece en el artículo de María Xosé Agra, «Legitimidad y necesidad del disenso feminista», cit., págs. 192-204.

[7] N. Bobbio, *Estado, Gobierno y Sociedad,* México, F. C. E., 1993, pág. 12.

[8] S. Benhabib, «Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas» en *Habermas and the public sphere*, C. Calhoum (ed.), Cambridge, MIT, 1993 (reimpresión), págs. 90-92.

y mujeres y, por otro, que las relaciones de poder en la esfera íntima se han tratado como si no existieran. Piensa esta autora que la asimetría resultante de estas relaciones ha llevado a una división sexual del trabajo que ha de ser renegociada en la sociedad contemporánea.

En un artículo dedicado por entero a la distinción *público/privado* Carol Pateman[9] considera que la distinción liberal tiene un carácter ideológico, esto es, que se trata de una mistificación ideológica de la realidad liberal patriarcal, en buena medida culpable de ocultar la exclusión que hicieron los contractualistas con respecto a las mujeres al presentarse como si se aplicase por igual a todos los individuos. La distinción es, por tanto, mucho más que una distinción de actividades sociales diferentes. La naturaleza femenina es la que hace que la situación de la mujer esté en la esfera privada, doméstica; el hombre está presente en las dos esferas. Dentro de la sociedad civil de los contractualistas la separación entre *público y privado* reaparece porque se olvida la vida doméstica y ésta desaparece de la discusión teórica, aunque las mujeres nunca hayan sido completamente excluidas de la vida pública su modo de estar en ella estaba anclado en su posición en la vida privada. El *slogan* que dice que «lo personal es político» puede interpretarse como un intento de resaltar que las circunstancias personales de la vida contemporánea de las mujeres vienen condicionadas por factores públicos y ciertos problemas personales se pueden resolver sólo a través de medios políticos y de la acción política. Las criticas feministas a esta dicotomía, en su mayoría, no implican que no tenga que existir una distinción entre lo *público* y *lo privado,* sino que se resalta la vinculación de las dos esferas de la vida social. Se trata, pues, de desarrollar una teoría de la práctica social que incluya a hombres y mujeres y que esté basada en la interrelación entre individuo y colectividad, entre lo personal y lo político en lugar de su separación y oposición.

El desafío feminista a la distinción *público/privado* es complejo y presenta matizaciones según los autores y autoras que lo plantean, un intento de recoger y de sistematizar las críticas que aparecen a esta dicotomía es el de Ruth Gavison[10]. Esta autora en una primera aproximación examina las críticas internas y las críticas externas: las primeras contemplan los efectos negativos de la dicotomía tal y como ha sido planteada y la posibilidad de su uso en términos diferentes,

---

[9] C. Pateman, «Feminist Critiques of the Public/Private Dichotomy» en *Public and Private in Social Life*, S. I. Benn y G. F. Gauss (eds.), Londres y Camberra, Croom Helm-St. Martin Press, 1983, págs. 281-303.

[10] R. Gavison, «Feminist and the Public/Private Distinction» en *Stanford Law Review*, 45, I, 1992.

porque reconocen que puede ser deseable que exista. Las críticas externas lo que hacen es desafiar la distinción y no meramente los arreglos políticos a que tal distinción da lugar. Lo cierto es que ambos términos pueden ser invocados en muchos contextos, para muchos propósitos y con diferentes sentidos; así podemos hablar de esta distinción con la equivalencia de accesibilidad e inaccesibilidad, o con el de libertad e interferencia, o con el de individuo o grupos, o con una combinación de todos estos sentidos o algunos de ellos entrecruzados. Un problema añadido al intento de desbrozar el significado de *lo público* y de *lo privado* es el uso descriptivo y normativo de ambos términos, que en ocasiones no se distingue y puede llevar a confusiones, siendo la dificultad mayor al encontrar usos que en parte son descriptivos y en parte normativos[11]. De acuerdo con estas caracterizaciones, las críticas de Pateman y Benhabib serían críticas internas al uso normativo de *público* y *privado* en el discurso político teórico.

La crítica de Carol Pateman al liberalismo se remonta a su origen contractualista y se centra en John Locke, uno de sus autores más emblemáticos. En el *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*[12] Locke explica como habría podido llevarse a cabo la constitución de un gobierno con el consentimiento de los gobernados. Parte de la existencia de un estado de naturaleza precapitalista, en el cual no existe un mercado propiamente dicho porque la mayor parte de los bienes son comunales y existen unos límites claros para proceder a su apropiación, pero cuando surge el dinero desaparecen esos límites y son posibles la acumulación de capital y las transacciones de mercado. El estado de naturaleza se vuelve peligroso y los problemas cada vez más frecuentes hacen necesaria la constitución de un gobierno para cederle los derechos naturales a la autodefensa, surge así el ámbito de *lo político*. El consentimiento para ceder esos derechos es otorgado por los varones de la comunidad que son además propietarios y son los únicos que tienen la capacidad para contratar. Esa capacidad está vinculada a la propiedad y ser propietario es condición inexcusable para ser ciudadano. La propiedad comienza por ser la propiedad sobre uno mismo, de ahí la relevancia de la discusión que Locke entabla con Filmer en torno al poder patriarcal, y de la conclusión del primero acerca de la inadmisibilidad de la existencia de un poder ilimitado de los padres sobre los hijos. Tal conclusión no impide que Pateman acuse a la sociedad civil que surge del pacto originario de ser una sociedad patriarca[13].

---

[11] Ibíd., cit., págs, 1-10.

[12] Existen diferentes traducciones castellanas, entre las más recientes se puede citar la de C. Mellizo publicada en Madrid, Alianza Editorial, 1990.

[13] C. Pateman, *The Sexual Contract*, Cambridge, Polity Press, 1988.

Esta acusación supone que hay una parte no contada en el relato del contrato social, la parte que tiene que ver con las mujeres y con su capacidad para contratar: «El pacto original -dice Pateman- es un contrato tan sexual como social, es sexual en el sentido de patriarcal -esto es, el contrato establece el derecho político de los hombres sobre las mujeres- y es también sexual en el sentido de establecer un acceso ordenado para los hombres a los cuerpos de las mujeres... El contrato está lejos de oponerse al patriarcado, es el medio a través del cual se constituye el moderno patriarcado»[14]. La explicación que da la autora a estas palabras es muy extensa, y constituye el *leit motiv* de una serie de libros y artículos que desarrollan diferentes cuestiones, algunas de las cuales vamos a detallar a continuación.

Los comentarios clásicos acerca del contrato social no mencionan habitualmente que las mujeres están excluidas del pacto originario[15], sin embargo sólo los hombres son propietarios de su propio cuerpo y por tanto capaces de ser propietarios en un sentido más amplio, lo cual les lleva a la posibilidad de contratar. El planteamiento de Pateman consiste en resaltar la idea que subyace en cierto contractualismo -se refiere a Locke- acerca de la ausencia de libertad natural para las mujeres, ya que existe un derecho natural de los hombres sobre las mujeres. Con el nacimiento de una sociedad civil como orden contractual también se transforma este derecho natural y da lugar al contrato de matrimonio, denominado por esta autora contrato sexual, el vehículo a través del cual los hombres transforman su derecho natural sobre las mujeres en la seguridad de un derecho civil patriarcal. Curiosamente, a unos seres a los que se les niega la posibilidad de contratar, o no se cuestiona si la tienen o carecen de ella -pero son excluidas de hecho en el pacto originario- se les concede la capacidad suficiente para entrar en ese otro contrato[16].

Una explicación posible puede encontrarse en una característica inherente a la sociedad civil contractualista que la distingue de otras formas de orden social. Se trata de la división de esta sociedad civil en dos esferas diferenciadas: la *esfera pública* y la *esfera privada* de modo que el relato del contrato social no deja de ser una justificación de la creación de la *esfera pública* de la libertad civil; la *esfera privada* no se considera políticamente, de ahí que el contrato de matrimonio y el patriarcado sean irrelevantes públicamente.

---

[14] Ibíd., cit., pág. 2. Tal vez convenga precisar que en el lenguaje contemporáneo patriarcado no significa únicamente la subordinación a un padre, sino la subordinación de las mujeres en cuanto tales.

[15] Ibíd., cit, pág. 5.

[16] Ibíd., cit. pág. 6.

La situación de las mujeres está marcada por esa diferenciación de esferas, capaz de permitir la incorporación femenina al contrato social pero en un lugar diferente. El contrato de matrimonio se convierte en el medio moderno para crear relaciones de subordinación civil que se presenta como libertad, la división del trabajo que está implícita en ese contrato refleja el orden patriarcal de la naturaleza incorporado al contrato originario. Si las mujeres estuvieran totalmente excluidas de la sociedad civil el problema sería evidente, pero están dentro de un orden civil en el cual su libertad está aparentemente garantizada, de ahí que Pateman plantee la necesidad de reinterpretar de nuevo la historia del contrato social y en consecuencia las relaciones contractuales de la sociedad[17].

Los teóricos de la política basan sus investigaciones en la asunción de que su objeto se encuentra en la *esfera pública* y en la posibilidad de comprender ésta por sí misma, con independencia de las relaciones entre los sexos y de la vida doméstica. Sin embargo *lo público* y *lo privado* son interdependientes. Para comprender la concepción de *lo público* y las capacidades y características que se exigen para participar en él es necesario tener presente lo que se excluye y preguntarse la razón de tal exclusión. Si se analiza *lo público* aisladamente se puede concluir que nada significativo queda excluido o que el mundo de lo público y las categorías a través de las que se presenta en el argumento teórico son sexualmente neutrales o universales e incluyen a todos[18].

En la crítica al liberalismo que plantea Pateman deja claro su rechazo al 'individuo' que presenta la teoría liberal, la razón estriba en el olvido de los cuerpos de esos individuos, en su abstracción. Si se intenta el acercamiento al individuo real de los liberales, lo que nos encontraríamos sería una figura masculina y eso supondría que sólo los hombres nacen libres e iguales, son libres por naturaleza en el contractualismo clásico, mientras que las mujeres son, también por naturaleza, -exceptuando, según Pateman, a algún autor concreto- seres subordinados.

Lo político al mantenerse al margen de las relaciones desiguales y de los intereses en conflicto de la *esfera privada* de la vida social se desvincula de las relaciones cotidianas y el Estado y sus representantes aparecen como los guardianes de lo que es común a todos los miembros de la sociedad, esto es, de aquello que tiene que ver con la *esfera pública*[19]. La importancia que concede Pateman a la división entre *esfera pública* y *esfera privada* es tal que llega a afirmar que la

---

[17] Ibíd., cit., págs. 118, 222 y 225.

[18] C. Pateman, *The Disorder of Women,* Cambridge, Polity Press, 1989, pág. 3.

[19] Ibíd., cit., pág. 92.

crítica feminista está dirigida fundamentalmente a esta separacion y oposición que tiene lugar en la teoría y en la práctica liberales.

El planteamiento de Pateman podría entrar -con todas las salvedades necesarias cuando se trata de hacer clasificaciones- en el tipo de feminismo que mencionábamos en tercer lugar en páginas anteriores, aunque se aleje de las posiciones más extremas en esta misma corriente y su intento en última instancia sea constructivo e integrador. Según Pateman, en el «dilema de Wollstonecraft» la demanda de igualdad equivale a aceptar la concepción patriarcal de la ciudadanía suponiendo que las mujeres han de ser como los hombres, al tiempo que se insiste en que las diferentes capacidades, actividades y atributos de las mujeres han de tener su cauce de expresión y ser valoradas porque contribuyen a formar una idea de ciudadanía más completa, siendo precisamente esas diferencias las que se excluyen desde la idea patriarcal de *lo político*. La solución que propone Pateman a este dilema esuna concepcion de ciudadanía «sexualmente diferenciada» en un contexto de igualdad civil que reconozca esa diferencia sexual y que rechace la concepción unitaria (y masculina) del individuo y la división patriarcal entre *lo privado* y *lo público*.

Las objeciones más serias que se le pueden hacer proceden de autoras que, como Chantal Mouffe, trabajan con el mismo objetivo democratizador de la vida política y comparten su visión crítica sobre el liberalismo pero sin dejar de manifestar discrepancias. Si bien Mouffe reconoce que la categoría moderna de «individuo» ha sido construida de manera que postula una idea homogénea de *lo público* capaz de relegar cualquier particularidad y diferencia a *lo privado* -con las consecuencias negativas que tiene esto para las mujeres- muestra sin embargo su discrepancia con la alternativa que presenta Pateman. Desde una *concepción democrática radical de la ciudadanía,* Mouffe mantiene que las diferencias sexuales no tienen por qué hacerse políticamente relevantes, sino que se trata de construir una nueva concepción de ciudadanía en la cual estas diferencias sean efectivamente irrelevantes, para lo cual es necesaria una concepción particular del agente social. Se trata, en definitiva, de la articulación de un conjunto de posiciones de sujeto que corresponden a las diferentes relaciones sociales en que se inscriben, esta multiplicidad está construida dentro de discursos específicos que no tienen una relación necesaria, sólo tienen contingentes y precarias formas de articulación, por ello no hay razón para que la diferencia sexual sea pertinente en todas las relaciones sociales en las que actualmente lo es. Mouffe puntualiza que no está defendiendo la desaparición total de la diferencia sexual como distinción válida, ni pretendiendo que la igualdad entre hombres y mujeres exija unas relaciones sociales neutrales desde el punto de vista del género; porque está claro

que en muchas ocasiones tratar de modo igual a hombres y mujeres es tratarlos de modo diferente[20]. Los problemas con la construcción liberal de *lo público* y de *lo privado* no se resuelven prescindiendo de la distinción sino con una reformulación más adecuada que, sin dejar a un lado la noción de derechos como un elemento central de la concepción moderna de ciudadanía, se complemente con un sentido de la participación política más activo[21].

Con puntos de partida diferentes, pero con los mismos objetivos que las autoras que hemos mencionado anteriormente, Seyla Benhabib cuestiona desde la teoría crítica algunos modelos de *espacio público* -en concreto, los de Hannah Arendt y de Jurgen Habermas-[22] tomando como punto de referencia la crítica feminista. En representación del liberalismo considera a Bruce Ackerman[23] como un modelo que refleja ciertas asunciones fundamentales de éste y con un especial interés para esta autora porque defiende una idea de democracia basada en el diálogo. Para Ackerman la idea de legitimidad es fundamental en la cultura política del liberalismo, entendiendo éste como un modo de hablar acerca del poder, como una cultura política de diálogo público basada en ciertos tipos de *límites en la conversación*. El límite más significativo es la *neutralidad* que permite suponer que en el discurso legitimador una razón no es buena si para sostenerse en la argumentación hace afirmar a su valedor la superioridad de su concepción del bien sobre las defendidas por los demás. En caso de desacuerdo acerca de alguna dimensión de la verdad moral sólo se puede dejar fuera de la agenda de discusiones lo que nos divide, que se puede discutir en terrenos más privados. De tal modo, a través de la *neutralidad dialógica* llegaremos a formar premisas normativas que todos los participantes políticos encuentren razonables[24].

La crítica de Benhabib consiste en cuestionar la *neutralidad* del modelo propuesto por Ackerman, porque, pese a lo que defiende este autor, presupone una epistemología política y moral que, a su vez, justifica una separación entre *lo público* y *lo privado* capaz de silenciar los intereses de ciertos grupos. De alguna manera, en esa propuesta liberal, parecen asumidos los desacuerdos profundos entre

---

[20] Ch. Mouffe, *The Return of the Political,* Londres, Verso, 1993, págs. 81-82.

[21] Ibíd., cit., págs. 84. Existen otras críticas a obras concretas de Carol Pateman, entre ellas una crítica procedente del feminismo más cercano a posiciones liberales centrada en *The Sexual Contract*. Ver S. Moller Okin, «Feminism, the Individual and Contract Theory» en *Ethics,* 100, abril, 1990, págs. 658-669.

[22] Ver Benhabib, «Models of public space...», cit., págs. 73-98.

[23] B. Ackerman, *La justicia social en el Estado liberal,* Madrid, C.E.C., trad. C. Rosenkrantz, 1993.

[24] Ibíd., cit., págs. 40-45, 77-79 y 103-115.

los grupos primarios, incluso antes de que se inicie la conversación, lo cual lleva implícita una distinción entre temas de justicia y temas relacionados con la vida buena. Tal distinción no puede tener lugar, según Benhabib, como si fuese una decisión sometida a una geometría moral capaz de suponer que todo aquello que los participantes en un discurso práctico acuerden que no puede ser universalizado y sujeto a normas legales y por tanto relacionado con la justicia tiene que ver con la vida buena. El diálogo público ha de carecer de limitaciones, ha de ser un proceso que nos ayude a definir la naturaleza de los problemas que se están debatiendo y no meramente un compromiso consensuado que nos lleve a silenciar algunos[25].

En obras anteriores Benhabib es más explícita en sus objeciones al liberalismo pese a reconocer expresamente que la capacidad del pensamiento político liberal para dar cabida a muchas exigencias de los movimientos de mujeres ni debe ser ignorada ni tomada a la ligera. Traza un paralelismo con las críticas que los liberales reciben de los autores encuadrados en el comunitarismo. Autores como Charles Taylor, Roberto Unger, Alasdair MacIntyre, Michael Walzer, o Michael Sandel muestran sus discrepancias con las concepciones liberales de la persona y de la racionalidad, lo que no deja de tener ciertas similitudes con la crítica feminista. Para los comunitaristas nuestros roles son parte de las personas que somos, no podemos concebirnos a nosotros mismos separados de nuestras intenciones y vínculos[26]. Sin embargo, no deja de resaltar Benhabib el riesgo de las concepciones comunitaristas que se mueven demasiado cerca de un convencionalismo sociológico, de un tradicionalismo que acepta acríticamente los roles sociales. Se puede pensar en un «yo» que está situado, pero que hay que reconstruir de una manera diferente a la que hasta ahora hemos conocido[27].

El desarraigo del individuo en la teoría política liberal es el blanco de las críticas de esta autora cuando subraya la escisión de la *esfera pública de la justicia,* donde se hace la historia y la naturalización y atemporalidad del ámbito *privado,* de lo doméstico. El ámbito de *lo público* es el ámbito de la autonomía, de la independencia, de la justicia, mientras que el ámbito de *lo privado,* es el ámbito de la vinculación de lo doméstico. La teoría moral universalista contemporánea hereda esta dicotomía e intenta restringir el punto de vista moral a la perspectiva del «otro generalizado» que nos exige considerar a todos y cada uno de los individuos como seres racionales con los

---

[25] Ver Benhabib, «Models of public space....», cit., págs. 82-83.

[26] M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, 1982, págs. 5-6.

[27] S. Benhabib y D. Cornell (eds.), *Teoría feminista y teoría crítica*, Valencia, Alfons el Magnánim, trad. A. Sánchez, 1990, pág. 25.

derechos y deberes que desearíamos concedernos a nosotros mismos, haciendo abstracción de la identidad del otro y de su individualidad. La idea de dignidad moral está vinculada a lo que nos une a los otros, no a lo que nos diferencia; nuestra relación con el otro está regida por normas de igualdad formal y de reciprocidad. Las formas de nuestras interacciones individuales son públicas e institucionales y confirman los derechos de humanidad; las categorías morales que acompañan a tales interacciones son el derecho, la obligación y los derechos consuetudinarios, y los sentimientos morales correspondientes son el respeto, el deber, el mérito y la dignidad.

El punto de vista del «otro concreto» nos hace considerar a todos y cada uno de los seres racionales como un individuo con una historia, una identidad y una constitución afectivo-emocional concretas; hace que intentemos comprender las necesidades del otro, sus motivaciones, sus deseos; nuestras relaciones con los demás se rigen por normas de equidad y de reciprocidad complementaria, cada cual tiene derecho a suponer y esperar de los otros formas de conducta en las que se sienta reconocido y confirmado en tanto que ser individual y concreto con talentos, necesidades y capacidades específicas. Las categorías morales que acompañan a tales interacciones son responsabilidad, vinculación y colaboración; los sentimientos morales correspondientes son amor, cuidado, simpatía y solidaridad.

La distinción entre el «otro generalizado» y el «otro concreto» tiene un reflejo claro en la teoría política. Parece fuera de toda duda que sin el punto de vista del «otro generalizado» no se puede pensar una teoría política de la justicia adecuada a la complejidad de las sociedades contemporáneas que ha de tener a los derechos como componentes esenciales. Pero el reconocimiento de la dignidad y la valía del «otro generalizado» es una condición necesaria pero no suficiente y el «otro concreto» es un concepto crítico que designa los límites ideológicos del discurso universalista[28].

No deja de destacar esta autora la excesiva vinculación del modelo liberal a las pautas procedentes del marco jurídico, porque si bien parece que en este terreno se justifica la exigencia de *neutralidad* -aunque no falten críticas sobre esta cuestión concreta como las procedentes de los miembros del movimiento de los *Critical Legal Studies*- en una sociedad moderna, democrática y plural, *lo político* tiene que ver con cuestiones diferentes a la neutralidad. En una democracia se desafían y negocian las divisiones entre lo justo y lo

[28] S. Benhabib, *Critique, Norm and Utopia*, Nueva York, Columbia University Press, 1986, págs. 340-343; «El otro generalizado y el otro concreto: la controversia Kohlberg-Gilligan y la teoría feminista» en *Teoría feminista y Teoría crítica*, cit.. págs. 135-136 y 143-144.

bueno, lo moral y lo jurídico, lo privado y lo público, porque en definitiva tales distinciones no son más que el resultado de compromisos de poder históricos. Todas las luchas frente a la opresión en el mundo contemporáneo comienzan por redefinir aquello que en principio se consideró privado, no público o no político, y por considerarlas cuestiones de justicia[29].

Con el liberalismo sucede algo similar a lo que describíamos al principio de estas páginas en relación con el feminismo, es decir, que podemos estar hablando de cosas muy diferentes utilizando un mismo término. En principio podemos pensar en una serie de características comunes a todo liberalismo político: una teoría política del Gobierno limitado capaz de garantizar la libertad personal que protege la propiedad privada en mayor o menor medida; lo anterior, como es obvio, significa que existe una separación entre *lo público* y *lo privado*. Pero lo que no aparece tan claro y unánime es la justificación y los objetivos morales del liberalismo. Para Nancy Rosemblum esto es el resultado de las dos caras que presenta éste. Una de las caras refleja el idealismo moral, los ideales de la Ilustración, la posibilidad del progreso moral, la vinculación a la existencia de obligaciones morales y a una idea de autonomía individual que se han de reflejar en un gobierno que permita el pluralismo y la libertad, pero que, al tiempo, establezca las condiciones para que ese desarrollo moral sea posible y la dignidad de todos sea respetada. Algunos autores piensan que el liberalismo va más lejos de la mera permisividad para desarrollar privadamente los ideales propios, y que tiene propósitos morales, defendiendo, por tanto, aquellas virtudes capaces de justificar sus teorías de Gobierno. Para ello dan a sus instituciones un carácter educativo e imponen en los que disfrutan de la libertad ciertas obligaciones. La otra cara del liberalismo tiene que ver con la idea de un *modus vivendi* político indiferente ante las opciones privadas, que es únicamente una garantía del pluralismo y de la igual protección para todos frente a la violencia y ante los abusos de la autoridad. Este distanciamiento deliberado por parte del gobierno ante cualquier reconocimiento de la vida buena no tiene porqué significar escepticismo moral, sólo es un escepticismo político nacido del sentido común y de la experiencia. No equivale, pues, el *modus vivendi* al minimalismo, ya que la imparcialidad o la igual protección tienen costes para el Gobierno, y para mantener las garantías procesales se requiere una cierta complejidad en la organización de la sociedad y de las instituciones[30].

---

[29] Ver Benhabib, «Models of public space...», cit. pág. 84.

[30] N. Rosenblum, *Liberalism and the Moral Life,* Cambridge, Harvard University Press, 1989, págs. 5-6.

Si en lugar de Ackerman consideramos la entrega mas reciente de la obra de John Rawls, *Political Liberalism*[31], como representante del liberalismo contemporáneo, nos encontramos ante un ejemplo de la primera cara del liberalismo que describe Rosemblum. En principio parece que la búsqueda que emprende Rawls de un *consenso por superposición* no le aleja demasiado de la propuesta de Ackerman, se trata de encontrar una base común, o neutral si se prefiere, para lograr una *concepción política,* porque vivimos en una sociedad plural y no aceptamos todos las mismas doctrinas *comprehensivas* -es decir, las mismas doctrinas religiosas, morales, metafísicas, etc.-. Sin embargo la idea de *neutralidad* que Rawls maneja viene precisada con cuidado, y no deja de ser peculiar. Descarta una neutralidad procedimental sin apelación a valores morales, ya que el liberalismo que él defiende promociona ciertas formas de caracter moral y algunas virtudes morales como el civismo, la tolerancia, la razonabilidad, el sentido de la equidad -sin aspirar a un Estado perfeccionista-; y aunque el Estado no favorezca una doctrina en concreto, Rawls reconoce la dificultad de no influir para que una doctrina determinada gane adeptos[32].

Esto es más de lo que admiten muchos liberales, incluido Ackerman, -quién podría representar esa segunda cara del liberalismo antes mencionada- pero, en la misma línea de éste, reconoce Rawls que pese al intento de lograr un *consenso por superposición* los desacuerdos no se pueden evitar, existen, y con el fin de que sean los menos posibles aconseja que se excluyan de «la agenda política las cuestiones más controvertidas cuya discusión seria y cuya indeterminación pueden minar las bases de la cooperación social»[33]. De alguna manera parece estar implícita la distinción entre *público* y *privado* que Benhabib critica a Ackerman. Sin embargo Rawls aclara que *lo político* es diferente a cualquier otro tipo de asociacion, y también de lo personal o de lo familiar que se basan en el afecto y se apresura a añadir en una nota que él ya no habla de *público* y *privado*, sino de *público* y *no público* y su distinción no es equivalente a la dicotomía clásica, porque -añade- no existe algo que pueda llamarse razón privada, existe razón social o las muchas razones de las asociaciones que construyen la cultura; existe también la razón doméstica -la razón de las familias como grupos pequeños de la sociedad- que contrastan con la razón pública y social; al ser ciudadanos participamos en todas estas clases de razón y en cada una de

[31] Está publicado en Nueva York, Columbia University Press. 1993.

[32] Rawls, *Political Liberalism,* cit., págs. 192-194.

[33] Rawls, «La idea de un consenso por superposición» en *Derecho y Moral,* Betegón y Páramo (eds.), trad. J. C. Bayón, Barcelona, Ariel, 1990.

ellas tenemos los derechos de igualdad[34]. Aunque Rawls intenta marcar distancias de manera expresa con el liberalismo político entendido como *modus vivendi* no consigue evitar por completo la crítica de Benhabib con respecto a las limitaciones de la agenda de asuntos a incluir en el *consenso por superposición*[35].

Curiosamente de las filas del liberalismo recibe Rawls una llamada de atención que apunta hacia la misma diana. Destaca Stuart Hampshire los problemas que surgen del consenso por superposición cuando deja de funcionar en el nivel de principio general y abstracto y considera que esos problemas están relacionados con una precaria e inestable separación entre el terreno político -y por tanto público- del consenso por superposición y el terreno privado de la diversidad moral que se pretende proteger, porque piensa que los disidentes no tienen por qué ser fanáticos irracionales -ni siquiera mujeres- y pueden estar de acuerdo con las instituciones en general, respetarlas y obedecerlas excepto cuando llevan a cabo decisiones políticas que son inaceptables desde su punto de vista moral; el ejemplo de Hampshire es el de aquellos ciudadanos de una sociedad bien ordenada en desacuerdo con objetivos de engrandecimiento nacionalista o de defensa de intereses nacionales que, sin embargo, gozan de consentimiento y aceptación generalizada. El otro ejemplo es el inevitable aborto y la complejidad de los argumentos a favor o en contra de su despenalización. Lo que subraya con claridad Hampshire en su lectura del último Rawls es algo que está latente en una parte del discurso feminista, y es la constatación de que en todas partes, «en el alma y en la ciudad, la marca de la vitalidad es el conflicto...»[36]. Y en este sentido parece que limitar o intentar poner límites a lo que se puede discutir en la agenda política apoyándose en la dicotomía *público/privado* o *público* y *no público* no resulta tan fácil como parece en principio.

En un reciente artículo de Ackerman[37] se incluye una crítica a Rawls en la línea de la anterior, reprochándole su conservadurismo al asumir que la construcción del *consenso por superposición* en el terreno de las ideas implica una conexión profunda con la «cultura política pública de una sociedad democrática» lo que a juicio de Ackerman supone que el liberalismo político es «parásito de la práctica

---

[34] Rawls, *Political Liberalism,* cit., pág. 220, nota.

[35] Acerca de este punto me he extendido en el artículo «La Filosofía Política de John Rawls» en *Historia de la Teoría Política,* Fernando Vallespín (ed.), Madrid, Alianza Editorial, tomo VI, en prensa.

[36] S. Hampshire, «Liberalism: The New Twist», en *The New York Review of Books,* agosto, 12, 1993.

[37] «Political Liberalisms», presentado en las Jornadas de Tossa de Mar que tuvieron lugar en mayo de 1994 anunciando su publicación en el Journal of Philosophy de junio de 1994.

social» -lo cual no deja de ser una aproximación, para algunos, excesiva a los autores de la corriente comunitarista- y, aunque reitera su apoyo a la idea de *consenso por superposición,* rechaza la conexión que Rawls establece defendiendo a su vez la necesidad de una versión utópica del liberalismo porque ninguna nación sobre la tierra ha alcanzado los ideales de justicia a los que aspira el liberalismo político. Por ello el compromiso del liberalismo supondría la necesidad de someter a la cultura política existente a una crítica dialógica especulativa y por tanto *comprehensiva*[38]. Las *conversaciones limitadas* tendrían que ampliar sus límites, la cuestión es hasta dónde, porque tal ampliación exigiría además otros cambios.

Algunos liberales como Will Kymlicka ante las objeciones al liberalismo que piden una mayor deliberación colectiva acerca de las cuestiones relacionadas con la vida buena no niegan que estas deban tener lugar, pero lo que no admiten es que el Estado haya de desempeñar un papel en ellas. En el mismo sentido que Rawls, Kymlicka mantiene que estas deliberaciones tienen diferentes espacios para desarrollarse en sociedad y en los diferentes tipos de asociaciones que en ella existen, y rechaza la búsqueda del perfeccionismo por parte del Estado; sin embargo, admite que las prácticas dominantes de nuestra sociedad han sido definidas por una parte de la población -hombres, de clases altas y de raza blanca- excluyendo a grupos como las mujeres, los negros, los hispanos, etc., cuyos valores no son reconocidos por los grupos dominantes. Desde su visión está claro que sólo un Estado neutral puede proporcionar el marco para que estos grupos puedan presentar y debatir sus problemas y aspiraciones. Pero si se quiere conservar la cultura propia de ciertos grupos, o defender ciertas posiciones, es necesaria una consideración especial que no encaja con la fórmula de la neutralidad y de las leyes ciegas e iguales para todos defendida por el liberalismo, suponiendo en el fondo una homogeneidad que no se corresponde con la protección del pluralismo y de la tolerancia. Kymlicka reconoce el problema y plantea -a mi juicio correctamente- que la cuestión no es la de si los valores individuales y la autonomía necesitan ser situadas en las relaciones sociales, sino la de si las relaciones relevantes han de ser necesariamente relaciones políticas[39].

Esta cuestión no es más que un modo de abordar la discusión acerca del papel del Estado y de la sociedad civil[40] y está en el fondo

---

[38] Ver Ackerman, «Political Liberalism», cit., págs. 22, 24 y 27.

[39] W. Kymlicka, «Liberal Individualism and Liberal Neutrality» en *Ethics* 99, 1989, págs. 896-905.

[40] Sobre este tema el artículo de Elías Díaz, «Socialismo democrático: Instituciones políticas y movimientos sociales» en *Sociedad civil o Estado. ¿Reflujo*

de las críticas que las autoras como Pateman, Benhabib y Mouffe hacen al liberalismo, y es también la cuestión que los liberales como Rawls o Kymlicka se plantean actualmente. Las respuestas son diferentes según los autores/as que formulan la pregunta. El intento de cierto feminismo de mover los límites de lo que en la tradición del liberalismo era una distinción acuñada llamando la atención sobre lo que no se ha dicho de ella no es más que un intento de buscar una sociedad más justa para todos a través de una redefinición de lo político que deje de ser excluyente. No es diferente este objetivo del que se proponen algunos liberales contemporáneos cuando intentan redefinir a la sociedad civil y al Estado y tratan de conciliar la idea del pluralismo y el respeto a los derechos individuales con la existencia de una idea de ciudadanía que no sea meramente un *modus vivendi*. Los problemas y dificultades que se encuentran las unas y los otros son muchos más de los que se han mencionado en estas páginas que sólo pretendían exponer una mínima parte de un debate inconcluso.

---

o retorno de la sociedad civil?, Salamanca, Fundación Friedrich Ebert, 1988, págs. 55-69; en la misma publicación está el interesante artículo de Francisco Laporta, «Sobre la precariedad del individuo en la sociedad civil y los deberes del Estado democrático», págs. 19-31.

DOXA 15-16 (1994)

EL MORALISMO E ITALIA EN PELIGRO DE MUERTE

1. Prefacio tranquilizante

Hay que comenzar diciendo que es la corrupción, antes que el moralismo, la que ha sumido a Italia en la crisis que parece ahogarla, sin duda la más grave desde el final de la II Guerra Mundial. Esto es una cuestión de verdad, pero también de prudencia, dado que la atmósfera del país es de denuncia inmediata de toda expresión que desentone. No hace falta decirlo. No habría una atmósfera como la actual, no se habría dado la explosión de moralismo si la corrupción a nivel del Gobierno -en el sentido amplio de la expresión- no hubiera alcanzado récords y desencadenado la rabia popular contra una élite que no sólo la practicaba como método común de administración, sino que la justificaba y trataba de legalizar. Se recuerdan las palabras de un ministro pidiendo que las *tangenti* fueran reconocidas por la ley. Nos dimos cuenta de que a la élite que detentaba el poder le hubiera gustado introducir un sistema de doble justicia, como durante la Edad Media: uno para ella y otro para los ciudadanos comunes. No es casual que el Ministerio de Justicia se convirtiera en la apuesta central de toda negociación para la formación de un Gobierno, aunque su presupuesto haya estado siempre entre los más pobres. Y todo el mundo sabía que existía más que una simple sospecha de que entre *mafia* y Gobierno, política y economía había siempre relaciones si no estructuradas, al menos constantes. Ninguna sorpresa: eso que acabamos de decir, incluso mucho más, ya había sido denunciado no sólo por los sectores no controlados de la prensa o por la oposición política a las coaliciones que se repetían desde hacía casi cuarenta y cinco años, sino también por el mismo presidente de la República, Francesco Cossiga, quien durante dos años lo había denunciado ante una audiencia sorprendida, tanto en el interior como en el extranjero.

Pero ¿hace falta añadir que referirse a la corrupción no es suficiente para explicar lo que sucede en Italia?

Después de todo, la corrupción política se manifiesta en cualquier sistema político y, fundamentalmente, en un país que, como Italia, no ha sufrido ningún cambio sustancial desde 1945 y en el que, por lo tanto, la élite tradicional ha cristalizado en el poder en mayor medida que en cualquier otra democracia occidental. Casi no pueden contarse los escándalos que han agitado los debates públicos en las décadas de postguerra y que han alcanzado a veces a las capas más altas del Estado. En 1978 un ministro fue condenado y encarcelado por el caso Lockheed. El presidente de la República, Giovanni Leone, fue obligado a dimitir en el mismo periodo. En 1981 el descubrimiento de la logia masónica P2 desencadenó una sucesión dramática de hechos, entre otros la crisis de Rizzoli -la gran editorial que controlaba el *Corriere della Sera*-, y la quiebra del Banco Ambrosiano, fuertemente ligado al poder democristiano y a la Iglesia, cuyo presidente, Roberto Calvi fue encontrado colgado (¿vivo? ¿muerto?) del Blackfriars Bridge de Londres. En 1986 el banquero Michele Sindona (condenado a cadena perpetua por el asesinato del abogado Giorgio Ambrosoli, liquidador de uno de sus bancos) murió en la prisión donde permanecía bajo custodia. Estaba -se ha demostrado- muy cerca de la *mafia* y acababa de tomarse un café (precisamente como Gaspare Pisciotta, lugarteniente de Salvatore Giuliano, el «bandido» siciliano, cuarenta años atrás).

Además, la corrupción no afectaba sólo a las altas esferas. Podría decirse que se había extendido desde hacía tiempo a la conciencia de los ciudadanos, tranquilizados por el ejemplo de sus representantes -constantemente reelegidos de forma automática- y por la pérdida de confianza (y de miedo) en la ley, que se había convertido en algo vacío y puramente simbólico o instrumental; creada y suprimida por el poder para conseguir fines contingentes, para legitimar las injusticias, a veces incluso el crimen[1]. Y entonces, ¿por qué no explotar las oportunidades del sistema?, ¿por qué no construir nuestras casas sin licencia si podremos pagar en el momento oportuno para evitar su demolición?, ¿por qué no pedir a un tribunal una pensión de invalidez, si habrá un experto dispuesto a certificar una enfermedad que no existe y un juez dispuesto a no dudar del informe pericial?, ¿por qué renunciar a dar la cátedra a un discípulo aunque su nivel científico no sea suficiente,

[1] El recurso instrumental al Derecho penal, acompañado por la oportunidad de negociar amnistías substanciales y remisiones de penas, ha sido muy bien presentado por un penalista de la Universidad de Bolonia: F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale,* Il Mulino, Bologna, 1989.

cuando sabemos que nuestro colega, «en nuestras mismas circunstancias», no dudaría en sacar adelante a su protegido, olvidando toda cuestión de valía?, ¿por qué no emplear a un trabajador sin inscribirlo en la Delegación de Trabajo, si esto le privará de sus derechos sindicales y por lo tanto debilitará su poder contra la empresa, y además nos permitirá ahorramos los gastos de seguridad social?

¿Es posible que una población que de buena o de mala gana, ha explotado todas las vías ilegales durante años se haya convertido de repente a la moralidad pública? ¿Es posible que esta población que en 1987 dio una mayoría aplastante a los partidarios del principio de la responsabilidad civil de los jueces, siguiendo los slogans de políticos que estaban desde hacía mucho tiempo bajo graves sospechas, haya comenzado de repente a buscar a sus héroes en los estrados de los tribunales?

2. La crisis del Estado de bienestar y la crisis política

No temeremos ser acusados de «sociologismo» (una etiqueta que ha sido sistemáticamente lanzada contra toda tentativa de explicación no irracional de los hechos sociales) diciendo que la crisis que ataca en Italia a la élite en el poder -hasta el punto de que ésta corre incluso el peligro de desaparecer- se ha desencadenado precisamente en el momento en el que nos hemos dado cuenta de que el Estado se estaba hundiendo bajo un déficit presupuestario espantoso (case el equivalente al PNB) y en consecuencia al encontrarse en un dilema: o imponer sacrificios a la mayoría de los ciudadanos, incluyendo una numerosa clientela política que constituye un grupo social en sí mismo; o agravar una imposición fiscal ya extremadamente fuerte no sólo por la presión de los impuestos directos, sino sobre todo por el alto nivel de los impuestos indirectos y de las contribuciones más o menos excepcionales que se cruzaban y multiplicaban sin cesar y sin respetar la equidad ni la racionalidad.

Por supuesto, esta crisis ya era vieja. Sobre ella se habían elaborado teorías tanto en Economía como en Sociología desde hacía ya mucho tiempo. Fue en 1973, durante la crisis del petróleo, cuando James O'Connor publicó su *The Fiscal Crisis of the State*; y, casi al final de los años 70, cuando Ralf Dahrendorf hablaba de la crisis del «consenso social-demócrata». Incluso en Italia, el debate se había mantenido vivo entre los partidarios de un análisis marxista, a la vez tradicional y renovado siguiendo la línea de Habermas, los neoliberales que iban al descubrimiento de la teoría de la elección pública, los seguidores de Niklas Luhmann, y los católicos a la búsqueda de un «tercer sector», el del solidarismo entre «Estado y Mercado». La literatura era ya muy abundante.

Pero hubo algo que marcó la diferencia. En primer lugar, la crisis había tocado fondo, hasta el punto de que toda decisión (o falta de decisión) del poder no podía ser disfrazada, pues tenía efectos concretos e inmediatos sobre los ingresos de los ciudadanos. En segundo lugar, los compromisos asumidos a nivel europeo, en particular el Tratado de Maastricht, obligaban al Gobierno a denunciar públicamente la quiebra. Por una lado, no podíamos entrar en el SME a causa de la deuda pública; por otro lado, la red de relaciones comunitarias (otro de los problemas evidentes de control social) impedían tomar en consideración estrategias alternativas, por ejemplo una fuerte y oficial devaluación de la lira (se eligió la vía de una devaluación gradual y espontánea, saliendo del SME) que habría reducido drásticamente el déficit presupuestario de un golpe, en detrimento de las economías privadas.

En esta situación, la cuestión de la corrupción pública no podía dejar de explotar, aunque fuera simplemente por razones económicas y financieras. El sistema había sido denunciado ya varias veces e incluso estudiado con detalle[2]. Pero fue durante el año 1992 cuando se reveló en su estructura, simple y compleja al mismo tiempo, y en sus gigantescas proporciones. Todo gasto público hacia las empresas privadas, en el nivel del Estado o de la Administración local, estaba sometido a una deducción proporcional -entre un 10% y un 20%, a veces más- en favor de los partidos políticos que tuvieran voz en la decisión: es la denominada *tangente*. Esto hubiera parecido incluso «normal» pese a estar previsto y penado en el Código penal. Pero el hecho es que en su gran mayoría -a partir de lo que se dice en los procesos judiciales- los gastos para las obras públicas aumentaron formidablemente, con la ventaja recíproca para los partidos, que ingresaban la *tangente*, y para las empresas, que ingresaban de 5 a 10 veces más del precio de mercado. Lo que sorprende, en este punto, es la dimensión del mecanismo que se presenta como general y sin excepciones, aunque gestionado en la cúspide por un privilegiado equilibrio entre empresarios y políticos de alto rango. Se emprenden cálculos y se comprueba que se trataba de varios billones de liras. En pocas palabras: el sistema podía incluso dar una explicación imprevista del déficit. El hecho de que las empresas pudieran utilizar

[2] Cfr. por ejemplo, F. Cazzola, *Della corruzione. Fisiologia e patologia di un sistema politico,* Il Mulino, Bolonia 1988, que ofrece un panorama general e histórico del proceso de corrupción; Id., *L'Italia del pizzo. Fenomenologia della tangente quotidiana,* Einaudi, Turín 1992, que describe los detalles del mecanismo de la corrupción en los diferentes sectores de la vida social; V. M. Caferra, *Il sistema della corruzione. Le ragioni i soggetti, i luoghi,* Laterza, Roma-Bari, 1992, que expone las condiciones jurídicas y políticas fundamentalmente de la debilidad de las estructuras estatales, que favorecen la prosperidad del sistema corrupto.

el dinero suplementario para cubrir sus gastos e incluso conservar el nivel de empleo habría podido parecer una aplicación (aunque paradójica) de la lógica del Estado de bienestar[3]; este hecho fue señalado por algunos, pero al principio no impresionó demasiado. Algo que resultó más chocante fue la constatación de que la cantidad de las *tangenti* que terminó por estar en los bolsillos de los políticos de todos los niveles equivalía a cifras de nueve o diez ceros. Esto fue la catástrofe. Es el momento en el que se comprueba que «el rey está desnudo», en el que la prensa se lanza sobre los intocables de antaño sin ser ella misma tocada, en el que los jueces parecen poder trabajar sin ser amenazados, es el momento de la pérdida repentina de legitimación de la élite política de cara a la opinión pública, y en el que ésta presenta su cuaderno de quejas fiscales, bien fundadas, aunque es cierto que frecuentemente son los defraudadores los que se encuentran a la cabeza de la protesta: algo que, por otra parte, resulta normal en las explosiones de poujadismo.

¿Es necesario referirse explícitamente a los ejemplos históricos? ¿Es necesario acordarse de las razones expuestas para convencer a Luis XVI de que convocara los Estados Generales?

La similitud es evidente desde distintos puntos de vista. Ante todo, por la reacción del poder. Como en la Francia de 1789, en la Italia de 1992-1993 las élites que habían dominado la escena política durante cuarenta y cinco años parecían no comprender o no creer. Habían descuidado los signos premonitorios -las acusaciones catastróficas de Cossiga, el referéndum de 1991 (que había cambiado las reglas del juego para la elección de la cámara de diputados, reduciendo las posibilidades de alianzas oscuras entre candidatos)- y se lanzaban a las elecciones generales de 18 de abril de 1992; la ofensiva judicial ya había comenzado, precisamente como si nada hubiera sucedido, como si los problemas sólo existieran tras los muros del Palacio de Justicia. El impacto va a ser terrible; la mayoría histórica que había gestionado el país desde el fin de la guerra sólo tiene en el Parlamento unos cuantos escaños; esto es lo que provoca una revuelta de los opositores ocultos en los grupos parlamentarios, así como la caída inmediata de todos los líderes: Craxi, Forlani, Andreotti caen uno sobre otro -como los bolos- con motivo de la elección del presidente de la República y de las negociaciones para formar el nuevo gobierno. Pero incluso esta experiencia no sirve a la élite para modificar su estrategia. En la fase de confusión total que se abre entre 1992 y 1993, en plena avalancha judicial, asistimos a un final

[3] El fenómeno podría inscribirse en la práctica y en la teoría del intercambio político, como suele llamársele. En la literatura italiana, ver G. E. Rusconi, *Scambio, minaccia, decisione. Elementi di sociologia politica*, Il Mulino, Bolonia, 1984.

paradójico. En lo referente a la ley electoral, los partidos de la coalición van pacíficamente al referéndum de junio de 1993, que dará una mayoría aplastante al sistema mayoritario con el apoyo instrumental, pero aparentemente convencido, de aquéllos[4]. El sistema mayoritario ya había sido introducido para la elección de alcaldes y de administradores locales, y en la primera votación, inmediatamente después, fueron aplastados sin piedad en favor de nuevos movimientos (como la *Lega Nord o La Rete)* o también de viejos[5]. Es entonces cuando se produce la tentativa desesperada y grotesca de diluir unas elecciones generales que podían cambiar la escena parlamentaria en un 80%. La palabra «grotesca» se justifica si consideramos que la tercera parte de los parlamentarios elegidos en 1992 se encuentran ya acusados ante los tribunales o ante un juez penal y, aunque el Parlamento hubiera aprobado muy recientemente la abolición de la inmunidad parlamentaria, sigue haciendo falta el voto de la Cámara o del Senado para autorizar el arresto preventivo de alguno de sus miembros. Sólo el retraso de las elecciones legislativas puede salvar, entonces, a un tercio de los representantes populares del riesgo de la detención a la espera del proceso. Salvo, claro está, la alternativa que se propone en los pasillos: una solución «política» a los centenares de procesos por corrupción; es decir, una especie de amnistía general, más o menos disfrazada y negociada con la magistratura. La cuestión, por supuesto, está que arde y la guerrilla, que está en marcha, es precisamente uno de los factores que hacen correr el riesgo de que nadie se salve, ni siquiera el Estado en su estructura tradicional.

3. La guerra de las instituciones

Para una explicación de lo sucedido, también pueden extraerse algunos elementos útiles a partir de la historia reciente de los conflictos institucionales que han tenido lugar en el país, sobre todo los que han comprometido, por un lado, al poder político y, por otro, al

[4] Paradoja entre las paradojas: el sistema mayoritario ha sido sostenido no sólo por los grandes partidos, que serían los teóricamente favorecidos por éste, sino también, y sobre todo, por los que corrieron peligro de muerte política en el momento de su aplicación. Marco Pannella, el líder radical elegido para el Parlamento en 1992 por una minoría de menos del 2% ha sido el paladín más resuelto de tal sistema, que él deseaba introducir «a la inglesa» (*first past the post*) y no en la forma atenuada elegida posteriormente por los legisladores (según la cual el 25% de los escaños es atribuido proporcionalmente).

[5] En las elecciones locales parciales de junio de 1993, que vieron a *la Lega* instalarse en casi todos los ayuntamientos del Norte, los neofascistas del *Movimento Sociale Italiano* consiguieron el doble de ayuntamientos que la *Democrazia Cristiana*.

poder judicial, con la intervención ocasional de otros interlocutores sociales que actúan en el campo jurídico.

Es la historia de una alianza que sufre gradualmente una serie de dificultades, hasta el punto de transformarse en un conflicto abierto y total, en el clima de crisis general de la legalidad y del Estado de Derecho que acabamos de recordar.

La alianza surge y se desarrolla de una forma espontánea tras la Segunda Guerra Mundial entre una élite democrática, que fue inmediatamente poderosa, y una magistratura tradicional, débil en el plano político y económico, aunque distinguida como clase social. Es una magistratura con un débil poder discrecional y una débil responsabilidad, un grupo educado en el culto a la aplicación formal de la ley, aunque con cierta elasticidad llegado el caso; por otra parte, los mismos códigos permitían tal elasticidad cuando conviniera. Son los jueces formados en el ambiente del Estado fascista, donde la cultura jurídica formalista se encontraba contrabalanceada por el principio jerárquico y el *metus reverentialis,* hacia quienes estaban en la cumbre de la pirámide social.

La primera dificultad se produce cuando, en los años sesenta y comienzos de los setenta, una nueva generación de jueces aparece en escena y obtiene del poder político -gracias a una acción bien organizada y disfrazada bajo las formas adecuadas de derechos adquiridos según la ley existente- un reconocimiento en términos de rol, de status económico, de ascenso automático en la carrera y, sobre todo, de participación sustancial en la creación del Derecho. La «izquierda» judicial rechazó la aplicación «fría» de las leyes, fundamentalmente de las emanadas del régimen fascista, y reclamó la libertad de interpretar según el espíritu del momento, que unas veces se relacionaba con la Constitución democrática de 1948, y otras con las filosofías liberacionistas que dominaban el panorama cultural. Esto costó una escisión en la *Associazione Nazionale Magistrati*; los jueces más viejos y de más alto rango se negaron a seguir la nueva moda y reclamaron el principio de Montesquieu de *«la bouche de la loi»*. Pero la escisión no impedirá a la Magistratura disfrutar de un gran poder discrecional y de una débil reponsabilidad. Lo que prevalece es la imagen del juez como «intérprete del conflicto social», más que de la ley; según la famosa definición de un sociólogo del Derecho,

---

[6] Una brillante reconstrucción de las reivindicaciones de los jueces de este periodo y de sus consecuencias en la política general fue hecha por E. Moriondo, *L'ideologia della magistratura italiana*, Laterza, Bari 1967, en el contexto de la investigación sobre «La administración de justicia y la sociedad italiana en transformación», organizada por el *Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale* y dirigida por Renato Treves (ver su informe final, *Giustizia e giudici nella società italiana*, Laterza, Bari, 1972).

Vincenzo Tomeo[7]: el juez como representante de nuestra tendencia psicológica profunda en favor de la idea de Derecho natural.

Es fundamental subrayar que la élite política, aunque amenazada por el nacimiento de un verdadero poder alternativo que opera como «órgano de control social difuso»[8], no se opone sustancialmente al proceder de los magistrados. Por supuesto existen algunas diferencias entre los partidos en lo referente al papel que debe desempeñar el juez. Pero la mayoría de centro-izquierda que gobernaba el país, por un lado, era «filosóficamente» favorable a un clima antiformalista y, por otro lado, suponía que podría sacar buen partido de la situación: descargar sobre los jueces los problemas más candentes que no podían encontrar solución política seria en el nivel legislativo. Se puede comprobar en la práctica que es en este periodo cuando la producción legislativa es más rica y, al mismo tiempo, vacía y simbólica. Las leyes son creadas sin orden alguno y a veces incluso sin contenido en vistas a su «libre» interpretación por el juez. Es el momento del protagonismo judicial, los jueces desempeñan el papel de «sustitutos» de los legisladores[9]. Puede observarse que la alianza entre los dos grupos sociales oculta ya un conflicto latente.

Y el conflicto se manifiesta de golpe al final de los años setenta cuando, en pleno clima de batalla política, los jueces «que sustituyen» se convierten en el blanco de las reacciones sociales tanto de la derecha como de la izquierda. Un blanco trágico: los extremistas veían en los jueces obstáculos a derribar y los atentados fueron numerosos. Atentados instrumentales en el caso de la extrema derecha, que ataca a los jueces encargados de investigaciones específicas; más bien estratégicos y «simbólicos» en el caso de la extrema izquierda, que ataca a aquellos jueces que habían mostrado una apertura social, pues son ellos, «con su disfraz, los verdaderos enemigos del pueblo». Los círculos reformadores creados por los jueces «progresistas» son físicamente amenazados y atacados[10].

La reacción de la magistratura no se hará esperar. A comienzos de los ochenta asistiremos a un giro total de la política de los magistrados, que habían conseguido de nuevo la unidad organizativa.

---

[7] V. Tomeo, *Il giudice sullo schermo. Magistratura e politica nel cinema italiano,* Laterza, Bari, 1972.

[8] M. R. Ferrarese, *L'istituzione difficile. La Magistratura tra professione e sistema politico,* Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles 1984, pág. 22.

[9] Ver, entre otros, M. Cappelletti, *Giudici legislatori?,* Giuffrè, Milán 1984; M. R. Ferrarese, op. cit., pássim.

[10] Ver el testimonio de A. Beria di Argentine, un magistrado que ha ocupado puestos de responsabilidad tanto a nivel institucional, como en la Asociación de magistrados *(Giustizia anni difficili,* Rusconi, Milano, 1985).

Todos reclaman la vuelta a la responsabilidad de la élite política: ahora es la izquierda judicial, *Magistratura democratica,* la que aboga por la fórmula de Montesquieu. La derecha, por su parte, quiere poderes excepcionales. Los obtendrá bajo la forma de leyes que darán lugar al fenómeno de los «arrepentidos». Leyes que -conviene subrayar- estaban formalmente limitadas a los grupos terroristas políticos, pero que produjeron una cultura, la cultura del *pentitismo,* más allá de los límites legislativos y absolutamente generalizada.

Pentitismo significa, en principio, colaboración del acusado con el Tribunal. Pero no consiste en el *plea bargaining,* el sistema americano que permite al acusado negociar las acusaciones y reducir la pena si admite la culpabilidad. En la extraordinaria situación italiana, *pentitismo* significa, en primer lugar, colaboración del acusado con la justicia y actitud de revelar los nombres y actos de sus camaradas. En segundo lugar -y aquí las reglas de juego del Estado de Derecho son cuestionadas- significa «derecho» efectivo, aunque no declarado, del arrepentido a ser creído en principio y, por tanto, a ser utilizado como prueba contra sus camaradas; y, correlativamente, «derecho» a obtener una recompensa inmediata, bajo la forma de libertad provisional e incluso a veces -podrían darse ejemplos dramáticos- de reducción de las acusaciones: algo que parece bastante contradictorio en un sistema basado oficialmente en la certeza del Derecho penal y, a diferencia del sistema americano, en el carácter obligatorio de la actuación penal por parte del Ministerio público[11].

Conviene partir de aquí para comprender cómo el conflicto entre políticos y jueces se convirtió en un conflicto abierto y áspero cuando las medidas judiciales excepcionales comenzaron a ser utilizadas en investigaciones que implicaban a los políticos o a las bases menos limpias de sus poderes locales: esto es, los procesos contra las asociaciones con fines delictivos, sobre todo por los casos de corrupción administrativa organizada, en los que los «arrepentidos» son utilizados, sin cesar y sin límites, para obtener informaciones y multiplicar así las investigaciones y los arrestos. Informaciones veraces e informaciones falsas, claro está. La magistratura está tan involucrada en la aventura del *pentitismo* que se expone a terribles derrotas, derrotas que el sistema de partidos explota inmediatamente. El proceso en el que el *showman* Enzo Tortora fue condenado, probablemente a partir de un caso de homonimia posteriormente «enriquecido» por calumnias deliberadas (los «arrepentidos» dicen normalmente

[11] Ferrajoli ha formulado una severa y minuciosa crítica a la «ineficacia de las garantías en el Derecho penal italiano», en el contexto de una teorización general de gran nivel (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Prefacio de N. Bobbio, Laterza, Roma-Bari, 1989).

lo que el investigador «desea» que ellos digan, aunque sea necesario inventar)[12], se convierte en símbolo y bandera de una batalla anti-jurídica que reagrupa fuerzas bien distintas y que durará hasta el fin de la década. Junto a los defensores del garantismo están los que aspiran principalmente a evitar lo peor. Junto a los paladines del pobre Tortora (felizmente elegido al Parlamento europeo como símbolo de la batalla por la «justicia justa» y posteriormente absuelto por la Corte de Apelación) están los que se reunieron en Savona en junio de 1983, una semana después del arresto de Alberto Teardo (presidente del Gobierno regional) y de sus compañeros, todos ellos bajo acusación de corrupción y concusión sistemáticas (agravadas por el recurso a amenazas violentas), para decir públicamente que se trataba de «prisioneros políticos»[13], como en el caso de Ferruccio Parri y de Carlo Rossell y acusados, medio siglo antes en la misma ciudad, por el régimen fascista de haber favorecido la expatriación clandestina de Filippo Turati.

La batalla que se desencadena entre los dos poderes a partir de 1983 tendrá su colofón en 1987 con la consulta, vía referéndum, sobre la cuestión de la responsabilidad civil de los jueces. En relación con ésta los proponentes del referéndum denunciaban los límites previstos por el Código de enjuiciamiento civil. Es una cuestión de técnica jurídica y carente de relevancia práctica que se presenta en términos retóricos y dramáticos, como si de ello dependiera la solución a todos los problema de la justicia. A parte de los defensores directos -entre ellos el Partido Radical, que inauguró la batalla sobre el asunto Tortora, y el Partido Socialista, que lo asumió a su cargo con un índice de entusiasmo al que el asunto Teardo no es completamente ajeno-, los otros partidos políticos, salvo pequeñas excepciones, se encuentran muy molestos, pero fundamentalmente tienen miedo a que el referéndum

---

[12] Puede recordarse el caso simbólico de un inculpado «arrepentido» que «conduce» a la policía a la casa de otro inculpado para mostrar *de visu* el lugar donde, según su declaración, había visto a éste último cargar un cadáver, jamás encontrado. El testimonio del arrepentido fue considerado como una prueba decisiva y dio lugar a un año de aislamiento suplementario para el acusado. Este era periódicamente invitado a suministrar datos y nombres, hasta el momento en el que, en la víspera del proceso, se le reveló cuál era exactamente la casa de la que se hablaba, lo que le permitió alegar que él la había abandonado un año antes del hecho denunciado, por haber sido desahuciado, a causa de su deuda con el propietario. El proceso mostró que ambos jamás se habían conocido antes de la investigación judicial y terminó con la condena del «arrepentido» por calumnia.

[13] La importancia «histórica» de este asunto y del proceso que lo resolvió es notoria para los observadores de la política italiana de los años ochenta y ha sido recientemente subrayada, por ejemplo, en el excelente estudio de D. della Porta, que le ha dedicado un análisis detallado (Lo scambio oeculto. Casi di *corruzione politica in Italia*, prefacio de A. Pizzorno, Il Mulino, Bolonia, 1992).

se apruebe y a encontrarse en el

bando de los perdedores. Esto llevará a una amplia mayoría a votar y, concretamente, a favor del «sí» a la abolición de los artículos de que se trataba; aunque la minoría de opositores obtendrá, con aproximadamente el 20%, bastante más que el porcentaje teórico de los partidos que habían pedido el «no»[14].

Es el momento de mayor debilidad de la Magistratura italiana, que vive el referéndum como un insulto, mucho más allá de los efectos concretos del resultado. Y es el momento en el que, bajo la dirección socialista del Ministerio de Justicia, la élite en el poder lanza la ofensiva que habría de ser decisiva. Por un lado, el Código de enjuiciamiento criminal, el primer código de la Italia postfascista, inspirado en el principio acusatorio, fue finalmente introducido en un clima de sospecha y a veces de sabotaje -veremos que injustificado- por parte de los jueces. Por otro lado, se proyecta una reforma con el propósito de reconducir las funciones del Ministerio Público bajo el control político centralizado del Ministerio de Justicia, como antes de la guerra. Fundamentalmente se atacan los privilegios de los magistrados, sus asociaciones, su influencia política, su organización institucional. El combate es especialmente fuerte entre el Presidente de la República, que preside el *Consiglio Superiore della Magistratura*, y los miembros del Consejo elegidos por los jueces.

La clase política permanece inmóvil en su poder, fortificada por una sólida mayoría parlamentaria, que no llega a impedir las conspiraciones de palacio, pero que sostiene un Gobierno de coalición sin alternativas y que disfruta de un poder inmenso. La legislatura comenzada en 1987 será la primera, desde 1968, que consiga agotar su término natural de cinco años. Pero entre los bastidores de la Corte política no se percibe el precio que el país está pagando bajo la forma de ilegalidad miserable, de déficit presupuestario fuera de control, de especulaciones y de desorientación social. Como le sucedía a Luis XVI, apenas se ve lo que sucede más allá de las murallas, en la sociedad.

Es en este momento, tras la «sorpresa» electoral de 1992, de la que ya hemos hablado, cuando se presenta la crisis final de las relaciones entre el poder judicial y el poder político, lo que se acaba de definir como la avalancha judicial.

Los instrumentos estaban preparados. El Código de enjuiciamiento criminal hecho por los juristas progresistas y demócratas, a

---

[14] La batalla por el «no», perdida desde el principio, fue combatida por el *Partito Repubblicano Italiano* (de orientación liberal tecnocrática) y, por *Democrazia Proletaria* (de orientación comunista libertaria, cuyo manifiesto fue inspirado por el filósofo del derecho Luigi Ferrajoli) y por intelectuales aislados, como Norberto Bobbio, a los que también se unió el autor de este artículo.

los que la Magistratura temía, se revela (gracias también a «pequeños» cambios) bastante más manejable de lo que se había pensado. La informatización de los despachos es casi completa y permite el acceso rápido a las informaciones. El antagonista parecía distraído por su misma fuerza. Lo que faltaba era la ocasión, que se presentará -aunque había sido buscada insistentemente- cuando un administrador local socialista, presidente de un organismo de asistencia, es cogido *in fragranti* por la policía en el momento en que se embolsaba una *tangente* de unos cuantos millones de liras. Arrestado, será tratado como «ratero» (*mariuolo*) por el líder de su partido, algo que provocará su resentimiento. Y, por otro lado, su esposa separada hablará de las maniobras que realizaba su marido para ocultarle las riquezas que tenía en Suiza: se trataba -según se dice- de riquezas extraordinarias, si se considera el modesto nivel político del personaje. El hombre hablará, describirá a los investigadores que le interrogan los detalles del sistema, se convertirá en su «maestro», como manifestará agradecido un fiscal de la República. Será el extremo de un hilo del que bastará estirar para deshacer el traje entero. Es así como comienza una serie de arrestos, según la técnica muy practicada del *pentitismo.* Con una diferencia ahora: que las confesiones de los acusados, aunque motivadas por el deseo de abandonar la prisión, son generalmente ciertas. Y la magistratura ascenderá rápidamente desde la base hasta lo más alto de la pirámide política e industrial. Las investigaciones se multiplican, invaden el Parlamento, le obligan a decidir sobre uno u otro miembro, a dar autorización para someterlo a un proceso. Se pone en marcha un mecanismo casi automático. Unos y otros -políticos y empresarios- lo admiten. Unos dicen que es normal, que la única ley que ha sido violada es aquélla, obsoleta, que regula la financiación pública de los partidos políticos. Los otros se presentan como víctimas: sin pagar no se podía trabajar. Es la única manera que tienen de escapar a la acusación de corrupción: lanzar sobre los políticos la acusación de concusión. La magistratura tira del hilo sin parar, un acusado tras otro. Por supuesto las reacciones no faltan, pero muestran fundamentalmente arrogancia, presunción, o pura y simple torpeza.

4. La sombra de Hobbes: ¿»bellum omnium contra omnes»?

Si el sistema de gestión política está generalizado, se entiende bien que el hilo del que se estira sea infinito. En el vacio político que se produce entre 1992 y 1993, las iniciativas se extienden desde Milán, donde habían surgido, a toda Italia. Los tribunales que tenían miedo, o que parecían ellos mismos ligados -ideológica,

si no

instrumentalmente- al sistema, se lanzan a una ofensiva por todo el territorio de la península, en un clima de emulación creciente, favorecido por la notoriedad aduladora ofertada por los medios. Se atreven a enfocar hacia las altas esferas. Desentierran los dossiers de entre el polvo de los cajones y a veces de los archivos. Reconstruyen los hechos y las circunstancias. Ahondan en los misterios oficiales del país, esos de los que se conoce casi todo, pero sólo por murmullos. Intentan buscar también la explicacion de algunos misterios reales. Aparecen o reaparecen sombras en escena, todas juntas. Aldo Moro y las *Brigate Rosse,* las negociaciones secretas sobre su vida; los contactos más o menos estructurados entre *mafia, camorra* y Estado; el fantasma de Roberto Calvi y de sus dossiers desaparecidos y vendidos; el comercio internacional de armas y sus especuladores; los atentados y las masacres de inocentes; los pagos prohibidos hechos por los servicios secretos para liberar a los rehenes de las manos de la *n'drangheta* calabresa o de los bandidos sardos; el dinero negro de los servicios secretos y su explotación por los ministros; hasta los proyectos y tentativas de golpe de Estado (los últimos, que implicaban a militares de alto rango, fueron revelados con el perfil de una astracanada).

Todos acusan a todos. Se denuncia el hecho de que dos antiguos ministros de interior tenían estrechas relaciones con la *camorra;* que un antiguo presidente del consejo fue miembro de la *mafia;* que las masacres habían sido organizadas por los servicios secretos; que la corrupción contaminaba a la magistratura; que las catástrofes financieras habían sido instrumentalmente provocadas; que las especulaciones habían afectado a la salud de los ciudadanos, por la utilización de plasma sanguineo infectado, precisamente igual que en Francia; que todas las medicinas eran aceptadas por el ministerio competente a cambio de los correspondientes pagos de *tangenti* dignas de un Gran Faraón. Los sectores católicos anuncian que todo depende de las logias masónicas; los sectores laicos les devuelven la pelota y subrayan el papel de la Iglesia en los asuntos financieros más oscuros. Los arrestos se suceden uno tras otro de forma acelerada, haciendo los periódicos y las televisiones un espectacular seguimiento diario. Finalmente, en el desorden de los últimos días de otoño de 1993, las sospechas golpearán al primer ministro y al Presidente de la República.

Se denuncia, se sospecha, se condena en el nivel de los medios de comunicación de masas, sin que se haya celebrado ningún proceso, sin que se haya dictado ninguna condena en forma definitiva; muchos acusados son detenidos hasta que se deciden a «colaborar». Pero recordar la presunción constitucional de inocencia, condenar el recurso instrumental a la detención para obtener confesiones,

e n

pocas palabras, recordar a Cesare Beccaria en una atmósfera de riesgo como ésta, desgraciadamente hace sonreir o provoca las invectivas habituales contra la «justificación de las garantías», normalmente acompañadas por los elzevirios de algunos periodistas disfrazados de historiadores, que atribuyen la responsabilidad de todo lo que pasa a sociólogos o viejos estudiantes de 1968.

En un clima de confusión total, que se traduce en especulaciones diarias con la lira y que agrava la crisis económica y el desempleo -las grandes empresas declaran estar en crisis total por la paralización de las obras públicas-, ni siquiera la oposición sabe qué hacer. Los que más atacan al Presidente de la República temen que éste dimita, pues esto retrasaría las elecciones generales. Los que lo habían elegido desean con agrado que dimita, para prolongar su mandato por algunos meses. Y las elecciones legislativas futuras aparecen como un acontecimiento catártico más allá del cual nadie osa pensar.

¿Habrá un federalismo oficialmente proclamado por la *Lega Nord*, o lisa y llanamente la secesión del Norte, como sueña su ideólogo oficial Gianfranco Miglio? ¿O bien todo esto terminará con una tormenta de verano, barriendo de un solo golpe la enfermedad, como en *Los novios* de Manzoni? Y finalmente ¿qué enfermedad va a desaparecer bajo la lluvia? ¿La corrupción o el moralismo que aspira a sanarla?

Aunque el porvenir inmediato no pueda preverse, hay una hipótesis, sugerida por la Historia de la sociedad humana, que parece razonable. La corrupción, un término que designa fundamentalmente la actitud generalizada de practicar una doble moral es más endémica que el moralismo. Además, su correlación con la riqueza del Estado moderno es evidente; esto explica por qué preocupa e indigna sobre todo en los períodos de crisis, durante los cuales hay un temor difuso a perder las ventajas habituales[15]. Y, por tanto, sus posibilidades de éxito en el futuro son mayores que las del moralismo, aunque sólo sea porque los vencedores del conflicto político no tendrán ningún interés en las campañas de moralización, una vez que hayan aprovechado las ventajas, o que se hayan salvado. Y entonces puede suponerse que, con cualquier gobierno, los italianos volverán de nuevo a las viejas costumbres -quizá un poco inmorales, pero tan tranquilizadoras...-. En el momento en que la crisis económica se

[15] La relación entre la riqueza del Estado moderno y el aumento de los índices de corrupción pública ha sido constatada por los sociólogos del Derecho: ver al respecto las actas del seminario organizado por el Comité de Investigación de Sociologia del Derecho de la Asociación Internacional de Sociología en Caracas en 1989, publicados por R. Pérez Perdomo y R. Capriles (*Corrupción y control. Una perspectiva comparada.* Ediciones IESA, Caracas, 1991).

haya alejado, un *Principe,* independientemente de que sea viejo o nuevo, será sentado sobre el trono y el viento de la indignación dejará de soplar. Esperemos que, y ésta es la variable inquietante, no se dejen arrastrar en los juegos de facciones, como los yugoslavos, y que se unan fuertemente a Europa a pesar de todas sus inmoralidades[16].

Apéndice de actualización (y de verificación)

Todo lo anterior constituye un intento de comprensión de lo que ha acontecido en Italia en los últimos tiempos[1]. No es por tanto, simplemente una historia abreviada, ni tampoco una crónica. También se ha intentado trazar algunas hipótesis razonables sobre la futura evolución de un sistema de relaciones sociales, cosa que precisamente compete a un sociólogo del Derecho. Así, desde el otoño de 1993, cuando se escribió el artículo, el juicio del autor quedó en cierto modo suspendido, a la espera de ver si los acontecimientos posteriores confirmaban o no las previsiones.

Estos acontecimientos, que se han sucedido a gran velocidad entre 1993 y 1995, son bien conocidos también internacionalmente y no es necesario describirlos. Bastará recordarlos en lo esencial, por cuanto hace a los fines de nuestra discusión. El invierno 1993-1994 transcurrió en una espera espasmódica de elecciones políticas a celebrarse según una ley electoral mayoritaria, cuyo mecanismo ha llevado al gobierno a una «pequeña mayoría»[2] (en realidad una concentración

---

[16] Sobre las etapas y protagonistas de la crisis política en Italia, hay una literatura bastante abundante, sobre todo de estilo periodístico o directamente político: cfr. por ejemplo, G. Pansa, *L'anno dei barbari,* Sperling & Kupfer, Milán, 1993; E. Biagi, *La disfatta,* Rizzoli, Milán, 1993; G. M. Bellu y C. Bonsanti, *Il crollo,* Laterza, Roma-Bari, 1993; N. dalla Chiesa, *Milano-Palermo, la nuova resistenza,* Baldini e Castoldi, Milán, 1993; U. Bossi y D. Vimercati, *La Lega: storia e idee,* Sperling & Kupfer, Milán, 1993. A un nivel más politológico, cfr. por ejemplo, I. Diamanti, *La Lega. Geografia, storia e sociologia di un nuovo soggetto politico,* Donzelli, Roma 1993; S. Romano, *L'Italia scappata di mano,* Longanesi, Milán, 1993.

[1] En la literatura más reciente sobre la crisis italiana, véase el reciente libro de P. Sylos Labini, titulado precisamente *La crisi italiana,* Laterza, Roma-Bari, 1995.

[2] La idea de que lo que tenemos sea «una buena, pequeña mayoría», expresión acuñada por Benjamin Disraeli, ha sido retomada recientemente por G. Rebuffa en su libro *La costituzione impossibile,* Il Mulino, Bologna, 1995, tendiendo a reivindicar una reforma constitucional basada en el modelo británico e inspirada en una idea lockeana de los derechos individuales (pero susceptible de proporcionar argumentos a quien propugna el derecho de las «pequeñas mayorías», o minorías disfrazadas de mayorías, de imponer su propia voluntad a toda una ciudadanía).

de minorías) que ha intentado, como primer objetivo, precisamente paralizar *por decreto-ley* las investigaciones judiciales que amenazaban a sus propias cúpulas dirigentes. Naturalmente, la razón aducida ha sido una apelación al garantismo procesal, violado, según el gobierno, con el uso instrumental de la prisión preventiva. Pero las discriminaciones entre distintos tipos de delito, que confirmaban la estrategia ya experimentada de construcción de un doble sistema de justicia, han sido tan evidentes y descaradas que han provocado reacciones sociales imprevisibles y, como consecuencia, la crisis misma de la coalición, aireada *day-today,* durante cuatro meses, entre protestas, denuncias, rumores de golpes de estado inminentes, histerias... La «pequeña mayoría», sin darse cuenta de ser ya una minoría, ha insistido en la lucha llevando el enfrentamiento con la judicatura hasta el límite máximo de intensidad, cuando los inspectores ministeriales fueron enviados a investigar las actuaciones judiciales más incisivas. Después de aquello, como todos sabemos, hemos asistido a la caída del gobierno y a enfrentamientos políticos de inusitada vehemencia. El futuro, a pesar de algunos signos de arrepentimiento, sigue siendo incierto.

Se lucha furiosamente en términos de legitimación y deslegitimación. Pero ahora es sobre todo lucha de imagen, en la que este concepto se vuelve cada vez más efímero y caduco. Ya ni siquiera es la imagen lo que cuenta, sino su reflejo televisivo. Las figuras-símbolo se exaltan y se queman en una orgía mediática, en la suposición de que el público se quede impresionado.

Y aquí está, quizá, el error de fondo en el que la clase política aparece todavía prisionera. La gente podría volverse refractaria al bombardeo de símbolos, muchos de ellos artificiales, y reaccionar con un disenso ya no explícito, sino silencioso. Hace setenta años Piero Gobetti dijo de Mussolini que éste había interpretado «la vocación de los italianos en reposo», es decir, que había explotado su cansancio. Hoy, el cansancio de la gente podría volverse en contra de los manipuladores de la opinión pública e inducirla, ya no a delegar el poder, sino a gestionarlo directamente. Ello significa hacer del ejercicio del poder un deber -deber de arbitrar equitativamente entre intereses en conflicto- y ya no un privilegio. ¿Viviremos lo bastante para ver realizada esta utopía liberal?

(Trad. de Isabel Lifante Vidal y Victoria Roca Pérez)

DOXA 15-16 (1994)

△

PROTAGONISMO JUDICIAL Y REPRESENTATIVIDAD POLÍTICA[1]

A Elías Díaz, un jurista y un español heterodoxo
a quien tanto le reconozco, le respeto y le estimo.

1. Un fenómeno socio-jurídico que afecta el sistema político

Desde hace algún tiempo se presencia un fenómeno que, con mayor o menor propiedad -tanto en lenguaje periodístico como en ciertos niveles de estudio- se denomina como *protagonismo judicial.* El fenómeno consiste en una aparente hiper-actividad de la acusación pública y la jurisdicción penal, llamada a intervenir en asuntos de una supuesta mayor entidad política respecto de los otros para las que regularmente aquéllas están predispuestas. En algunos casos, de manera exagerada, el fenómeno ha dado pie para que se lo denomine como «Gobierno (o República) de los jueces». Sin embargo, la denominación de *protagonismo judicial* que aquí se emplea convendría que no fuera confundida con la de *judicial Activism,* el cual es de aplicación más habitual en el ámbito de la sociología jurídica norteamericana para describir el comportamiento de los jueces, adscribiéndolo a una serie de principios o valores fundamentales en los que se encuentran un límite y una justificación para tal comportamiento (un análisis crítico sobre las diferentes posiciones que analizan el *judicial Activism* se encuentra en Wolfe 1991).

La cuestión parece más aguda en países pertenecientes a la cultura legal del derecho continental, sobre todo a los ubicados en la Europa del Mediterráneo norte y a algunos del área de América latina.

[1] Un contenido parcial de esta colaboración forma parte del trabajo publicado con el título de *Protagonismo judicial y cultura de los jueces,* en: «Jueces para la Democracia (Información y Debate)», n.º 19-2/1933, Madrid 14-17 el cual, a su vez, constituyó una Ponencia en el *Workshop: Threshold of Legality and Social Change,* convocado por el *International Scientific and Professional Advisory Council of the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme* (ISPAC), en Valle de Aosta-Italia el 29. agosto 1993.

Pero tal cuestión también es de una llamativa importancia en otros enmarcados en la cultura del *common Law*. En todo caso, el fenómeno parece estrechamente vinculado con las transformaciones que se vienen produciendo en el interior de los sistemas políticos las cuales, a su vez, se revelan como consecuencias inmediatas de cuanto está aconteciendo en la economía planetaria (cfr. Bergalli 1993). Sin embargo, lo que realmente interesa destacar aquí es que, una vez más, a través del fenómeno aludido, se demuestra con claridad algo que para una cultura crítica es por demás obvio, pero que en muchos otros ámbitos de cierta tradición jurídica existe resistencia en reconocer; esto es, la íntima relación que subyace entre el derecho y las esferas política y económica de cualquier sociedad. Cabe destacar, no obstante, que el empleo de la denominación *protagonismo judicial* conviene reservarla a un tipo de comportamiento de los jueces quienes, sin apartarse del marco de un Estado de derecho ha asumido una resonancia particular a causa de ciertas falencias que se producen en el entero sistema político dentro del cual los magistrados deben actuar.

Mas, cuanto acaba de decirse no es sólo materia de discusión académica; también puede verificarse en el terreno de la praxis jurídica. Ejemplos de ello se cuentan hoy por millares y, para no ir más atrás en la historia de la cultura jurídica universal, pueden destacarse los casos italiano y español más recientes. Así puede comprobarse hasta qué punto, particularmente ciertas áreas de la legislación penal de esos países han sido últimamente puestas en cuestión, se las ha pretendido reformar o han sido reformadas bajo la fuerte presión que ejercen los fenómenos de criminalidad económica organizada, deslegitimación de buena parte de la clase política y de algunos sectores tanto del empresariado como de las más elevada burocracia en ambos países. Estos últimos, implicados en múltiples investigaciones judiciales por situaciones de corrupción y financiamiento ilegal de partidos políticos, cuando no de enriquecimiento ilícito.

2. Lectores de la legalidad o intérpretes críticos de ella

Con lo dicho hasta ahora parece que se han suministrado algunos elementos para reflexionar acerca de un aspecto central que hoy se destaca en lo que se puede comprender como *cultura jurídica* habida cuenta que, dentro de las múltiples concepciones que de ésta se pueden dar, una amplia ha de encerrar algo más de los aportes que a ella entregan los juristas prácticos, con su trabajo profesional y los académicos, con sus estudios doctrinales. En efecto, la contribución

que a ella hacen los jueces -tanto cuando producen derecho (mediante sus decisiones jurisdiccionales), como cuando se manifiestan sobre la realidad circundante, pero como miembros de la corporación judicial- es también una manifestación de la cultura jurídica. Así lo entiende no únicamente el asociacionismo judicial más avanzado en Europa continental (cfr., por todos, los más recientes aportes de Magistratura Democrática 1994), sino también aquella sociología jurídica originada en las distintas versiones del realismo norteamericano (cfr. Cotterell 1984: 186 y ss.). Tampoco el tema ha sido extraño al ámbito de la teoría del derecho continental europea y así se ha revelado cuando ella se ha planteado la concepción de la actividad de los juristas como fuente del derecho y la existencia de un *derecho judicial* o *jurisprudencial* que según las tradiciones de pensamiento jurídico se enuncia como *Juristenrecht* o *Judges make Law* (cfr. Baratta 1990), aunque sobre este punto se volverá más adelante.

Ahora bien, la cultura jurídica, genéricamente así presentada, no sirve sino para describir las actitudes y las definiciones que frente al y del derecho pueden dar quienes, de una manera u otra, participan íntimamente en el momento de producción normativa. En cambio, otro concepto que aquí me interesa destacar es el que se conoce como *cultura de la legalidad*, puesto que es en su ámbito donde los jueces de las sociedades democráticas se confrontan hoy abiertamente con el mayor desafío al que tiene que responder la forma-Estado de derecho.

Esta cultura de la legalidad nace de la distinción weberiana entre legalidad y legitimación racional del poder, sobre lo cual parece hoy día prudente hacer una recapitulación, por lo menos por dos tipos de razones. El primero de estos tipos, concierne a la naturaleza y nombre del Estado legal, esto es, al tipo de organización política que está fundada sobre la legalidad. El segundo, por otra parte, concierne a la interpretación de formas de conducta social que evitan, eluden o engañan a la legalidad en tanto que su definición formal no queda afectada (v. Resta 1993).

Por todo esto, quizá sea oportuno comenzar a pensar si el protagonismo judicial del cual me ocupo aquí forma parte o de verdad representa un papel importante en esa tentativa de recomposición de la identificación entre el comportamiento social y la normatividad -entendida ésta como la expresa el derecho positivo (racionalidad formal)- la cual, al parecer, hoy está en crisis y expandida en muchas zonas del mundo occidental.

El problema que aquí se pretende proponer es, entonces, el de saber hasta qué punto la jurisdicción puede intervenir, provocando una disminución en la elección de conductas ilegales, al demostrar

que la racionalidad del egoísmo (o la lógica del *free riding*, de la que habla Resta (en *op. cit.*) no puede seguir orientando el comportamiento social. Un motivo para que esto no haya sido resuelto hasta hace poco en la cultura jurídica tradicional radica en el apego que ella ha demostrado a esa racionalidad formal.

Pero, la respuesta al problema que se propone no se puede satisfacer si no se analizan los motivos del propio comportamiento de los jueces. Una actitud firme, como la asumida por un relevante sector de la clase judicial italiana, y algunos de la similar española, frente a los fenómenos de criminalidad organizada, corrupción política y complicidad de una vasta franja del empresariado (también esto está acaeciendo, aunque en otra medida y condiciones del sistema político, en los ámbitos alemán y francés), ha sido sólo posible por la revalorización del papel del juez que ha tenido lugar en la cultura jurídica como intérprete de la legalidad. Puede decirse, entonces, que efectivamente la respuesta que se pretende debe buscarse en el plano de la cultura, aunque en un sector específico de ella como lo es la cultura jurídica y, en particular, la *cultura de los jueces*.

El tema es central en el debate socio-jurídico contemporáneo pues estas dos últimas culturas se han alimentado tradicionalmente de unas concepciones sobre el derecho, sus procesos de creación, interpretación y aplicación, de una forma tal que lo han hecho entender de manera instrumental e idónea para el desarrollo del único modelo social que parece extenderse por todo el planeta. Empero, este modelo está siendo duramente cuestionado por estar demostrando ser una fuente de desequilibrios y de injusticias, de crecientes separaciones entre el Norte y el Sur del mundo, de miseria y de hambre para inmensas masas de hombres y de pueblos, de peligros de guerra y de catástrofes ecológicas.

Como se sabe, entonces, la deslegitimación del modelo social ha acarreado la del sistema político y así, la de los aparatos de Estado. El punto más agudo de esta crisis se verifica en la caída de representación que afecta a los actores de la mediación entre el nivel de la sociedad civil y el del Estado. La jurisdicción y los jueces, según la tradición de la cultura política y jurídica de derecho continental, no tienen asignados tareas de representación pero son severamente cuestionados cuando en cierta manera, requeridos por una función de representación suplente, toman decisiones en asuntos de entidad más *política* que en otros. Es en este punto, en consecuencia, en el cual convergen la crítica a la cultura jurídica con la crítica al papel funcional que los jueces cumplen si ellos mantienen y prolongan el paradigma de la interpretación del derecho, asentado en una *racionalidad formal*, al constituirse en meros lectores de la legalidad.

3. La ambigüedad del derecho moderno y la interpretación judicial

Es perfectamente correcta la denuncia de la falsa igualdad de las personas ante el derecho, en especial ante el derecho penal, y la cobertura que ella ofrece a las desigualdades reales, como al papel de dominadores y explotadores que cumplen los sujetos socialmente más fuertes. De la misma manera lo es la acusación de legitimación ideológica de las situaciones existentes llevada a cabo hasta ahora por el falso universalismo de los «valores» (bienes) jurídicos que protegería el derecho penal.

La alta complejidad y el elevado nivel de conflictividad alcanzado en el campo de las relaciones sociales contribuyen sensiblemente a que el derecho no pueda alcanzar el grado de *racionalidad substancial* que le permitiría mediar entre partes desiguales. De este modo, se marca con evidencia el carácter *ambiguo* en el que se mueve el derecho y toda la cultura jurídica tradicional. Aún más, esta ambigüedad es, desde siempre, la connotación no sólo del derecho sino de toda la cultura occidental de la Modernidad. Esta última ha construido una dimensión axiológica universal que se ha prestado a ser empleada y aplicada a objetivos parciales e instrumental izada como máscara de las finalidades de conquista, de atropello y de explotación. Todo esto lo ha enseñado Marx y sería absurdo olvidarlo. La conciencia expresada por los «valores» occidentales -respeto por la vida humana, propiedad, honor, justicia, derecho, derechos del hombre y del ciudadano-, transferidos al derecho penal como bienes jurídicos dignos de protección, han podido transformarse en falsa conciencia. Mas, sin embargo, ésta es la ambigüedad que ha sido desde siempre propia del derecho, por lo cual ella se plantea como un terreno de lucha no sólo en lo que respecta a su producción, sino también en lo que atañe a los usos y a las instrumentalizaciones que con él pueden ser realizadas las que, por cierto, necesitan ser contrastadas.

No obstante, de vez en vez, esta ambigüedad del derecho penal ha podido ser aplicada con sentido progresivo, dependiendo ello no sólo de las relaciones de fuerza sino también del rol -más avanzado que subalterno, de transformación antes que de conservación- desempeñado por la filosofía política y por la cultura jurídica. Dentro de esta última, la cultura crítica de los jueces cumple un papel descollante pues su tarea es hoy, sin duda, la de disolver semejante ambigüedad, asumiendo el derecho «en serio» (Dworkin 1977), aún cuando se tenga certidumbre que ella no será jamás totalmente disuelta y que la falsa conciencia continuará siempre acompañando y minando la conciencia moral e intelectual de los juristas.

¿Cómo pueden la jurisdicción y los jueces colaborar en la disolución de tal ambigüedad? La tarea es quizá hoy más sencilla que en el pasado. En efecto, si bien es apropiado seguir denunciando la dicotomía entre *racionalidad formal* y *racionalidad substancial* -de la cual ha sido víctima hasta ahora la cultura jurídico-penal y en general todo el sistema penal-, sin embargo, tal dicotomía puede ser superada por el paradigma de la interpretación constitucional (cfr. Zagrebelsky 1992, esp. 199-203) en la cual ha tomado lugar la racionalidad substancial, bajo la forma de los derechos fundamentales y las garantías individuales. De esta manera, los conflictos entre moral y derecho, entre valores y hecho, entre normatividad axiológica y eficacia concreta, entre idealismo y realismo; finalmente, entre racionalidad substancial y racionalidad formal se convierten en antinomias jurídicas entre normas positivas e interpretación de ellas por los jueces, en las cuales resalta el proceso de formación en el que tuvo origen el Estado democrático de derecho (Ferrajoli 1992).

En virtud de esa penetración de la racionalidad substancial, bajo la forma de la interpretación constitucional del derecho penal positivo, la ambigüedad que caracteriza a éste cambia de naturaleza. Es verdad que existe un fuerte temor por una temida «explosión» subjetivista de la interpretación, pero ese temor está alentado por la parcialidad que representa la comunidad de los juristas adheridos al simple formalismo. Cuando los principios constitucionales dejan de ser externos al ordenamiento jurídico y se convierten en una fuente de legitimación de todo el sistema penal, la hermenéutica jurídica tradicional sufre un rudo golpe. De tal forma, asimismo, pierde veracidad la tesis kelseniana según la cual la validez de las normas es un hecho puramente formal que depende sólo del modo de la producción normativa. La validez, en efecto, se convierte en un hecho también substancial el cual, al mismo tiempo, depende de las decisiones de la jurisdicción que resultan inválidas cuando se revelan en contraste con los valores constitucionales, incorporados al sistema penal por la interpretación jurisprudencial.

En ese sentido, la idea de racionalidad sobre la que se ha sostenido la Modernidad y, en consecuencia, el derecho moderno, observado éste a la luz de una cultura de la legalidad, bien pueden estar agotados (así lo está afirmando un buen número de Autores que, en el mundo anglo-norteamericano se identifican con una cultura jurídica crítica -los *Critical Legal Studies* o los análisis sobre *Law and Society*- y en el ámbito europeo continental descienden directamente de la tradición gramsciano-frankfurtiana) como lo están las grandes narraciones que caracterizaron a la cultura moderna. Por esto se explican las búsquedas de arraigo a un nuevo concepto de racionalidad y, en consecuencia, la amplia aceptación que comenzaron a tener

ciertos modelos interpretativos del sistema social. Sin embargo, algunos de ellos, en una visión sistémica muy particular, entienden la legitimación del subsistema jurídico pero desplazando la consideración del hombre; éste es el reproche que se le formula a Luhmann (cfr. por ej. Izuzquiza 1990).

De este modo, una forma de proponer la legitimidad de la legalidad en esta perspectiva no es más la de describirla como la verdad reconocida de las demandas de validez, sino como la de alcanzar la integración de dos procesos de aprendizaje diferentes, a saber: a) el de quien toma las decisiones (el juez) acerca de cuáles son las estructuras cognitivas de esperanzas de comportamiento social que el derecho positivo acoge y sobre las que puede decidir y b) el del afectado y otros terceros que aceptan la decisión (del juez) porque con ella se legitiman sus esperanzas respecto del comportamiento de terceros (Luhmann 1972- II: 261).

Mas, esta propuesta de Luhmann se enmarca en la más general que le permite entender el sistema social como un «sistema de acciones, interacciones, roles y estructuras selectivas de sentido» y al hombre como «ambiente problemático del sistema mismo» (1971: 26 y ss.), la cual, sin embargo, adolece de una obvia inconsistencia lógica. En efecto, si por un lado se niega que el hombre haga parte del sistema social, por el otro, sin ninguna preocupación, se considera que las relaciones sociales del hombre, vale decir sus acciones, interacciones, roles y estructuras selectivas de sentido son, en cambio, fundamentales partes constitutivas del mismo sistema social. Esto hace muy difícil entender cómo el hombre, de un golpe convertido en ambiente o entorno (*Umwelt*), sea capaz todavía de desempeñar funciones de ambiente problemático del sistema. Sin embargo, detrás de esta inconsistencia se esconde una teoría sobre la reducción de la complejidad en la cual los procesos jurídicos juegan un papel descollante, pero con la que se evitan las interferencias de los individuos en los procesos decisionales. Desde este punto de vista, entonces parecería que fuese ideal tener al hombre fuera y no dentro del sistema social (Maldonado, 1992: 162) lo cual, por cierto, contradice una de las tradiciones más fuertes de la teoría social, pues sea ésta del signo que fuere siempre ha privilegiado precisamente al hombre como centro del sistema social de que se trate.

4. Una concepción post-moderna del derecho y la cultura de los jueces

Lo expuesto hasta ahora ha pretendido traducir una cierta manera de reconstruir los fundamentos racionales sobre los que se ha basado

la cultura jurídica moderna. Pero, tal como ha sucedido en otros ámbitos de la cultura occidental, particularmente artísticos, ¿puede hablarse también en el terreno jurídico -como algunos autores lo hacen (cfr. por todos, De Sousa Santos 1992)- de una quiebra de la racionalidad que el discurso post-modernista ha introducido en el debate cultural?

Si este discurso post-modernista se ha gestado evidentemente en torno a la credibilidad de la Modernidad en sí misma, como una auto-denominación de la civilización occidental, bien industrial o post-industrial, bien capitalista o post-capitalista, ello implica que los atributos auto-adscriptos, contenidos en la idea de Modernidad, ya no se sostienen hoy día y quizá tampoco se sostenían ayer. El debate post-modernista se concentra alrededor de la auto-conciencia de la sociedad occidental y de los fundamentos (o la ausencia de ellos) de tal conciencia.

No muchos estudios han sido realizados acerca de una concepción post-moderna del derecho. En todo caso, en algunos destaca como rasgo central el carácter declinante del derecho como medio de integración social lo cual se generaría por variados motivos, según los autores, pero que en general se produciría por una creciente intervención del Estado. Esto es lo que Habermas denomina como *crisis de racionalidad* (cfr. 1979: 87 y ss.), la cual emerge porque el Estado toma prestado para satisfacer sus funciones; por consiguiente, de esta manera se gesta una gravosa inflación y una crisis financiera. Así nace la crisis de racionalidad porque los problemas están arraigados en la incapacidad del Estado para reconciliar los diferentes y conflictivos intereses del capital privado. La irracionalidad básica es la que los marxistas denominan usualmente como la «anarquía del mercado»; o sea, la idea de que una sociedad ordenada puede ser construida fuera de los intereses privados en conflicto.

En el nivel de la integración social, la crisis de racionalidad aparece como una *crisis de legitimación* (Habermas *op. cit.*: 96 y ss.). En efecto, si el Estado no puede encontrar las estrategias correctas para reconciliar los intereses en conflicto que trata de regular, entonces pierde legitimidad a los ojos de los ciudadanos; falla en su tarea y la justificación de su existencia se hace confusa.

Pero, si la crisis de racionalidad puede ser reconducida en el subsistema político, entonces la escena cambia hacia el subsistema sociocultural y puede surgir el tercer tipo de crisis: la *crisis de motivación* (Habermas *op. cit.*: 106 y ss.). Por lo tanto, si la crisis económica es una crisis de integración del sistema, y la crisis de racionalidad es una crisis del sistema y de integración social, entonces la crisis de motivación es únicamente una crisis de integración social.

Ahora bien, ¿cómo incide esta perspectiva -que supone el resumen de variados enfoques sobre las diferentes crisis que atraviesan en la actualidad al Estado democrático- sobre la racionalidad del discurso jurídico? Evidentemente, con una caída de legitimación de la legalidad y del sistema jurídico.

Pero, dicha perspectiva se asienta en una única dimensión de la comprensión del derecho como derecho estatal, lo cual constituye una de las características básicas de la cultura jurídica moderna. Éste es el punto de partida de la construcción de un «nuevo sentido común jurídico» (de Sousa Santos 1992 *op. cit.*: 23) pues, como resultado de la llamada «re-contextualización» del derecho, emerge el reconocimiento de espacios y tiempos como contextos de producción jurídica. Estos contextos serían: el *doméstico* (relaciones sociales entre los miembros de la familia), el *de producción* (relaciones en el ámbito del o en el trabajo), el *de ciudadanía* (relaciones sociales en la esfera pública, entre los ciudadanos y el Estado) y el *mundial* (relaciones económicas internacionales y entre Estados nacionales).

En este cuadro estaría el germen para el reconocimiento del *pluralismo jurídico*, el cual se revela como concepto clave en una visión post-moderna del derecho. Pero, aquí no se habla del pluralismo legal de la tradicional antropología jurídica, en la cual los diferentes órdenes legales son concebidos como entidades separadas que coexisten en el mismo espacio político. Por el contrario, se alude a la concepción de diferentes espacios legales superimpuestos, interpenetrados, que de forma mezclada actúan en las mentes como sobre las acciones humanas, en ocasiones a saltos cualitativos o provocando tanto crisis en las trayectorias vitales cuanto sobre la obscura rutina de las vidas cotidianas. Se vive, entonces, un tiempo de *porosidad* legal o de legalidad porosa por la coexistencia de múltiples redes de órdenes legales, los cuales impulsan a las personas a constantes transiciones y traspasos de uno a otro. Por tanto, la vida legal de la post-Modernidad está constituida por una intersección de diferentes órdenes legales; esto es, por la *interlegalidad* que así resulta ser el complemento fenomenológico del pluralismo legal y, en consecuencia, el segundo concepto clave de una concepción post-moderna del derecho (de Sousa Santos 1987: 298).

Mas, la interlegalidad constituye un proceso de elevado dinamismo a causa de que sus diferentes espacios legales no operan de modo sincrónico, lo cual genera unas mezclas inestables de códigos legales, en sentido semiótico. De tal manera, la ampliación del espacio legal, hacia una escala mundial o planetaria, puede provocar la aparición de nuevos particularismos y nuevos personalismos, lo cual evoca el renacimiento de privilegios o corporativismos de las diferentes

profesiones jurídicas. Evidentemente, este aspecto constituye un cierto aliento al *protagonismo* judicial aunque este mismo ya no sea el propio que puede emerger en el marco de consideración de un mundo legal policéntrico, en el cual el único referente es el derecho del Estado, lo que sigue siendo un factor político decisivo.

De todas maneras, los ciudadanos están más cerca de los órdenes legales que afectan a sus realidades cotidianas y se sienten alejados de los que no las rozan, por lo cual y por razón de las formas de socialización y aculturación que imperan en la sociedad industrial, la legalidad a la cual se adscribe el comportamiento social es la dictada por el orden del Estado nacional. No obstante, puede decirse que la vida en la sociedad post-industrial está de verdad regida por órdenes legales supra (ONU, Comunidad Europea, Acuerdos de Schengen, Grupo de Trevi) e infra-estatales (*ámbitos doméstico* y *de producción*) que poco a poco han minado el concepto de derecho estatal e, incluso, el principio de la soberanía. Esto es lo que ayuda a configurar un *nuevo sentido legal común* como el tercer concepto clave en la concepción post-moderna del derecho la cual, en esencia, se presenta como un sentido común pluralista.

No obstante, una semejante concepción está todavía en fase inicial de elaboración. Para que la cultura jurídica que depende férreamente del derecho estatal acepte ese sentido común pluralista, deberán todavía vencerse muchos de los fetichismos que la alimentan y habrá de aceptarse que la *cultura de la legalidad* no podrá entenderse más como la conformidad del comportamiento social prescripto por el derecho. En efecto, el pluralismo jurídico supone que las prácticas jurídicas incluyen siempre algunos momentos de ilegalidades, pues la porosidad de los diferentes órdenes legales que atraviesan la realidad de la sociedad post-moderna obligan a constantes transiciones y transgresiones.

Estas últimas reflexiones -que modestamente pretenden introducirse en el debate- no sólo traducen un desafío para la cultura de los jueces quienes, de aceptar las propuestas de la concepción post-moderna del derecho, asumirían otro tipo de *protagonismo*, cuestionador de valores y bienes jurídicos tradicionales. Constituyen también, sin duda, un esbozo de poner a prueba ciertos principios que alientan particularmente la ética profesional los jueces penales, en cuanto éstos deben someter sus convicciones morales por los vínculos de estrecha legalidad a aplicar o no aplicar exactamente las leyes. En este caso, una nueva hermenéutica jurídica, orientada por los parámetros constitucionales, debe guiar a los jueces a valorar su obligación jurídica de someterse a la ley, dentro de espacios inevitables de autonomía moral y de responsabilidad política (Ferrajoli 1989: 969).

5. Las caídas de representatividad política y la forma-Estado: el papel de los jueces. Manifestaciones en el centro del sistema europeo

He aludido antes al papel que los jueces y la jurisdicción parecen haber asumido en ciertos países, en los cuales la crisis del sistema político afecta el nivel de relaciones entre la sociedad civil y el Estado. La situación se hace a cada momento más aguda: *Tangentopoli* en Italia ha generado un verdadero terremoto político, hasta el punto de haber provocado el llamado fin de la *prima Repubblica*. Está por verse qué ocurrirá finalmente en Francia con la continuación de la investigación judicial conocida con el calificativo periodístico de *Pieds propes* y en España, en el último año, sus ciudadanos no han dejado de salir del asombro cotidiano que provocaron las revelaciones verdaderamente sorprendentes acerca de la corrupción en la que han estado envueltos los más altos cargos de la banca estatal (caso Rubio), de la seguridad del Estado (caso Roldán) o de la cúspide del partido en el gobierno (caso Filesa). Sin embargo, el caso más alarmante, por las revelaciones que está aportando, las implicaciones que se manifiestan, y las imprevisibles consecuencias que puede generar, es la ya famosa investigación sobre los GAL y la utilización de fondos reservados para las actividades criminales de estos grupos. Todos estos casos han dado ocasión a un cierto *protagonismo judicial* de enormes repercusiones en el plano de la vida política española. Semejante corrupción, por otra parte, ha provocado la debilidad del partido en el Gobierno (PSOE) y lo ha obligado a buscar apoyos en fuerzas políticas nacionalistas (CiU, de Catalunya, y PNV, del País Vasco) para no perder la mayoría parlamentaria con la cual pueda mantener la gobernabilidad.

El cuadro sintéticamente descripto no sólo ha hecho variar las líneas estratégicas de las políticas estatales en esos tres países europeos; también ha generado un clima de inestabilidad generalizada frente al cual han surgido cambios radicales en la composición de los propios gobiernos. El caso italiano resulta paradigmático en cuanto que las elecciones de marzo de 1994 significaron un triunfo de las posiciones de la derecha, integrada en tres fracciones que reflejan intereses socioeconómicos y políticos, e incluso modelos de Estado, absolutamente contrastantes entre sí, cuales son: los más heterogéneos de *Forza Italia*, liderados por el magnate Berlusconi, que procuran la limitación de la intervención estatal en todos los campos; los regionalistas de la *Lega Nord*, que auspician un proyecto federalista, tachado incluso de secesionista, a través del cual se intenta el desmembramiento económico y social del país; y, los fascistas del *Movimento Sociale Italiano* que no sólo plantean el

fortalecimiento del Estado unitario y centralista, sino que suponen la amenaza más aciaga para el futuro democrático de Italia y de toda Europa, en cuanto son los herederos de las ideas de Benito Mussolini.

En los momentos de preparar esta contribución son las situaciones políticas en Francia y en España, las que evolucionan en un sentido más previsible. No obstante, sin haberse concretado un vuelco tan radical como en Italia, no pueden dejar de preverse transformaciones profundas que pueden constituir tanto el cambio de las alianzas sobre las cuales se sostienen sus gobiernos, cuanto la posible entrada en estos de fuerzas de las actuales oposiciones parlamentarias.

Si bien el panorama italiano se manifiesta de manera única, tampoco es muy alentador el de buena parte de Europa continental, sin por supuesto entrar en la consideración de los imprevisibles movimientos que se están produciendo en los Balcanes y en los Urales. En estas áreas las situaciones asumen en algunos casos tintes dramáticos para la frágil convivencia o incluso para la subsistencia aunque no hayan existido, hasta ahora, realizaciones del Estado democrático de derecho como en el occidente europeo.

Mientras tanto, lo que ha sido innegable en estos últimos años de gran parte de Europa continental es un activismo particular de los jueces. Allí donde los derechos civiles han sido atacados, donde las iniciativas de los ciudadanos han necesitado apoyo, donde la moralidad pública ha tenido que ser tutelada, donde nuevos derechos han debido ser promovidos, donde el terrorismo o la criminalidad organizada se han convertido en grandes fenómenos sociales, pues allí se han reproducido las imágenes que han acompañado a los jueces. Estos no son únicamente alternativas italianas (no obstante que haya sido en Italia donde la conciencia democrática de la clase judicial ha sido manifiesta) y no pueden, de modo alguno, ser analizados desde la perspectiva de la «politización de la justicia», tal como en algunas ocasiones se ha reprochado desde la clase política. Sin negar la existencia de algunos casos en los cuales jueces individuales o tribunales aislados se han hecho protagonistas en situaciones en que de manera evidente han existido vinculaciones entre estructuras judiciales y poder político, en otra mayoría de casos la tendencia general ha constituido la dilatación del papel de la jurisdicción en el conjunto del sistema político.

5. 1. La creatividad del juez y la politización de la jurisdicción. No obstante, la denominada «politización de la actividad jurisdiccional» puede y también debe ser analizada con otro enfoque. En efecto, si la resolución de una controversia se realiza con la mediación de un juez, no debe sorprender que ella adquiera un cierto relieve

político puesto que de este modo se asiste, dicho de una forma bastante banal, a una manera de expresión de la función política fundamental de asignación de valores en un caso concreto.

El hecho de que el juez deba actuar mediante la aplicación de normas jurídicas o de precedentes que revisten carácter normativo, supone un aspecto que refuerza la capacidad de solución de conflictos que posee la jurisdicción pero, asimismo, acentúa inmediatamente su politicismo al hacer partícipe al juez de la función de aplicación de las normas. Si, en cambio, la tarea del juez estuviese limitada a aplicar de modo pasivo al caso concreto las reglas provistas por el sistema normativo de la sociedad en que actúa, una tal constatación no merecería, por cierto, una gran atención. Pero, el caso es que así se abre un problema de mucho mayor relieve, esto es saber si y en cuál medida semejante actividad es conducida de forma autónoma respecto al sistema normativo. En otras palabras, de lo que se está hablando aquí es del problema de la creatividad jurisprudencial.

La aceptación de que un cierto grado de creatividad es connatural al proceso de interpretación de las normas abre el camino para el reconocimiento de una determinada discrecionalidad en la actividad jurisdiccional. Ésta es una cuestión cuyas raíces deben ir a buscarse en el estudio de la actividad de los juristas como intérpretes y aplicadores del derecho, terreno sobre el cual se han escrito agudísimos análisis en la búsqueda de una relación entre la ley y su aplicación judicial la cual, como se sabe, se ha movido tradicionalmente entre dos extremos: el positivismo jurídico, en sus diversas variantes, y su opuesto que puede denominarse como liberalismo jurídico, el cual también tiene diferentes expresiones. Mas, las relaciones entre ley y derecho han tenido distintas orientaciones históricas en Europa continental cuyas repercusiones han sido evidentes en la conceptualización del Estado de derecho, según sea una más vinculada a la idea francesa de la división de poderes u otra de carácter conservador y en cierto sentido autoritaria de la escuela histórica alemana (cfr. Baratta, *op. cit.*: 190-206). De todas las maneras, en cualquiera de esas orientaciones, el concepto de legalidad supone que la legitimación de la intervención del juez debe provenir de su configuración como profesional y no como político. Un concepto semejante implicaba, aunque con variantes muy peculiares en la tradición germana de un derecho judicial (cfr. Baratta *op. cit.*: 198-201), la exclusión de dicha intervención del área del decisionismo. El juez, por lo tanto, actúa como un técnico dentro de espacios de acción determinados por reglas técnicas aún cuando no de una manera absoluta. De aquí proviene que el respeto de la legalidad se producía sobre la base de la capacidad profesional del juez para salvaguardar la certeza del derecho.

Pero, aun cuando discrecionalidad no significa necesariamente arbitrio, la verdad es que el juez se enfrenta casi siempre con situaciones en las cuales debe realizar elecciones entre interpretaciones alternativas diferentes. De tal manera, si el juez puede elegir entre alternativas, su decisión puede convertirse en una fuente de incertidumbre para quien espera tal decisión. En consecuencia, actuando de este modo el juez adquiere poder, que es poder político vista su posición y los efectos de sus decisiones, las cuales asumen una especial relevancia en el caso de jueces que integran tribunales colegiados, tales como las Cortes Supremas o Tribunales Superiores por la influencia que ejercitan sobre otros inferiores al elaborar verdaderas y propias normas de carácter general (cfr. Bergalli 1984: 61).

Si la creatividad jurisdiccional es entonces un hecho ampliamente reconocido, esto no significa que ella pueda expresarse en total libertad (cfr. Cappelletti 1984: 13). Aún cuando sea difícil llegar a determinar el grado de creatividad, siendo tantos los factores en juego, lo que basta aquí es señalar la presencia del fenómeno y de su difícil reversibilidad, por lo menos en los sistemas democráticos contemporáneos. En efecto, como ha sido destacado, (cfr. Cappelletti op. loc. cit.) este fenómeno no se conecta únicamente con una serie de movimiento culturales -muchos de los cuales pueden incluirse en la llamada «revolución contra el formalismo»- que han erosionado con fuerza la veracidad de la tradicional concepción del papel del juez como el de aquél que se limita a aplicar la ley al caso concreto, sino que encuentra su raíz en un número de factores mucho más complejos.

Antes de nada, los márgenes de creatividad de la actividad del juez han sido ampliados por los desarrollos del constitucionalismo social el cual, en la segunda mitad del presente siglo, después de la Segunda Guerra Mundial, ha difundido en muchos países europeos la justicia constitucional de las libertades y ha otorgado mayor participación a las declaraciones -nacionales e internacionales- de los derechos fundamentales del hombre. Pero, también en los países como Alemania e Italia (al que debe agregarse ahora España), en los cuales el control de constitucionalidad de las leyes ha sido confiado a tribunales diferentes de los ordinarios, la novedad ha terminado por influenciar todo el sistema judicial, modificando así en un sentido más activo la concepción prevaleciente sobre el papel del juez.

Lo que puede comprenderse como la gran transformación del papel de la magistratura en las sociedades contemporáneas está de cualquier modo relacionada, sobre todo, con algunas modificaciones que se han manifestado en el marco de realización del *Welfare State* y con el expansivo gigantismo de las grandes organizaciones económicas y políticas.

En efecto, muchas han sido las causas de semejante transformación. Otros instrumentos de regulación social entraron en crisis y la jurisdicción, sobre todo en sociedades fragmentadas, ha surgido como el único elemento de referencia común dotado de una legitimación institucional en lo que se refiere a la resolución de conflictos. Además, con la creciente complejidad social ha aumentado el número de los derechos y, con ello, también se han dificultado sus realizaciones espontáneas o a través de los tradicionales instrumentos administrativos. Es de este modo, entonces, que surgen nuevos conflictos e irresistiblemente tienden a ser «jurisdiccionalizados». De esta manera es que la jurisdicción deviene más bien, en primer lugar, un momento de visibilidad para los nuevos conflictos entre ciudadanos, Estado y grandes organizaciones, todo lo cual ha reforzado entre los primeros la necesidad de protección respecto a los aparatos administrativos y a los poderosos intereses económicos que cada vez más interfieren en la vida de los individuos. Precisamente por sus características procedimentales, lo que obliga a dar una respuesta a las demandas del ciudadano, el sistema judicial se ha visto requerido para intervenir en situaciones concretas que afectan intereses singulares en relación a esas grandes organizaciones públicas y privadas. De este modo, la exigencia de controlar las acciones de estas organizaciones ha sido satisfecha en la mayor parte de los países democráticos mediante el papel más activo de los órganos judiciales tradicionales.

Sin embargo, dado que la creatividad jurisdiccional se manifiesta sobre todo como un aporte autónomo del juez al proceso de interpretación de las normas, su percepción será favorecida también por la diferenciación, al menos parcial, de las orientaciones interpretativas del juez respecto a las prevalecientes en la comunidad política y, en particular, en las otras estructuras de autoridad de la sociedad, lo cual tenderá a asumir un relieve especial en aquellas culturas políticas caracterizadas por su baja homogeneidad. Esta opinión vendría a indicar que, cuanto más elevada es la heterogeneidad social y política, mayor riqueza adquiriría la interpretación jurisprudencial.

Muchas son las posiciones que han intentado conciliar la facultad creativa de los jueces con su responsabilidad democrática. La que lo ha hecho del modo más simple acepta la crítica de la tradicional teoría de la interpretación y, por lo tanto, el presupuesto de la creatividad jurisdiccional (cfr. Friedman 1961). En otras palabras, se reconoce que el juez, en el curso de su actividad jurisdiccional, no puede dejar de crear derecho -por lo tanto, de hacer política- pero se resuelve el problema sosteniendo que tal creatividad se desenvuelve o, más bien, es desenvuelta en forma de no entrar en conflicto con las orientaciones de las instituciones político- representativas. Se trata,

en consecuencia, de una creatividad intersticial que tiene lugar dentro de los márgenes dejados libres más o menos voluntariamente por otras instituciones. De tal modo, el politicismo del papel de los jueces, aunque presente, es siempre un politicismo más bien delegado por quien representa la comunidad política. El juez rellenaría con sus valoraciones los espacios dejados abiertos por el legislador, por ejemplo con el uso de cláusulas generales, o si se aventura en sectores nuevos, no cubiertos por la ley, pero únicamente hasta cuando las instituciones político-representativas no reaccionen. Con esta visión, el juez resuelve controversias sobre la base de normas que poseen el consenso implícito o explícito de los órganos que representan la comunidad; en este caso, su politicismo no puede constituir un problema desde el punto de vista democrático. Esta es una posición que resulta frecuente en los países de Common Law. Según Bell (cfr. 1983:244-246), ésta es una fiel descripción de cómo los jueces británicos se comportan efectivamente. También respecto de los Estados Unidos hay quien habló de un papel de este tipo. Por ejemplo, según Dahl (cfr. 1957), la Corte Suprema federal, aun ejercitando a menudo una notable dosis de creatividad interpretativa, no había entrado jamás seriamente en conflicto con las fuerzas políticas dominantes pues ella efectivamente hace parte, por regla, de la coalición dominante en el nivel nacional.

Más allá de su cuidado en describir los reales comportamientos de los jueces, esta definición del papel que estos cumplen no carece de un cierto realismo dado que reconoce explícitamente el fenómeno ya afirmado en casi todos los países de régimen democrático; es decir, la acentuada creatividad jurisdiccional. Sin embargo, esta posición también sostiene que los jueces en realidad no deciden -o por lo menos, no deben decidir- en contraste con las orientaciones prevalecientes en el sistema político, de forma tal que, actuando así, se resuelve la tensión entre jurisdicción y sistema político democrático.

No obstante, no todas las posiciones participan de las mismas opiniones. Un numeroso y variado grupo de autores subraya la obligación de un juez, en una democracia constitucional, de oponerse, por lo menos en casos determinados, a las orientaciones prevalecientes en la comunidad o en las instituciones político-electivas. El papel del juez, en estos regímenes, debe ser entendido como el de un garante o el de un guardián de los derechos fundamentales de los ciudadanos. El moderno constitucionalismo, entendido como técnica de limitación del poder, ha dado prueba de todos estos desarrollos (la reconstrucción de todos ellos puede consultarse en Matteucci 1988).

Es evidente que, en la actualidad, semejante tipo de papel es más fácil que se manifieste sobre todo en aquellos regímenes democráticos que han introducido o reconocido el control jurisdiccional de

constitucionalidad. En semejantes contextos, el papel del juez puede ser definido como aquel de quien tiene como tarea principal la de defender los derechos de los individuos, de las minorías, de los potenciales abusos de las instituciones político-representativas y de las mayorías que las controlan. El grado de creatividad con el cual semejante papel se ejercita, puede ser definido en sentido restringido si se entiende, por ejemplo, que los jueces deben limitarse a dar reconocimiento a una serie de derechos contenidos en el texto de la Constitución y sólo sobre la base de que esos derechos aparezcan en contraste con otras instituciones políticas. Mas, como puede pensarse, los problemas comienzan a surgir propiamente en este punto. En efecto, definir de manera ejecutiva el control judicial de constitucionalidad parece así menos realista que en el caso del proceso de interpretación de las normas ordinarias. Las normas constitucionales, precisamente por su carácter constitutivo, como por su frecuente y explícita referencia a valores, no parecen ser fácilmente susceptibles de interpretaciones unívocas.

De esta manera, aún en el caso que se reconociese a los jueces un papel político autónomo, el problema de los márgenes de creatividad que ellos dispondrían, asume obviamente un mayor relieve. La discusión sobre este tema ha alcanzado auténticos niveles de sofisticación y de complejidad en los Estados Unidos, posiblemente porque allí, desde hace tiempo, los jueces independientes despliegan un verdadero papel político, relativamente autónomo. Haciendo una simplificación de las numerosas posiciones que han destacado en esa discusión se puede decir que, a partir de quien entiende que el texto constitucional puede dictar a los jueces soluciones unívocas (posición representada por Berger 1977), la mayor parte de los autores reconoce la inevitable presencia de márgenes para la creatividad aún cuando entiende necesario que ella encuentre un límite cuando se expresa exclusivamente en la defensa de determinados derechos o principios. Existe, en primer lugar, la opinión que busca resolver el problema de la legitimación democrática de la jurisdicción justificándola funcionalmente. Así, una tarea de la magistratura -y con ella se formula una referencia concreta a la Corte Suprema de los Estados Unidos- es la de asegurar el buen funcionamiento del proceso de representación política, vigilando con particular atención los procesos electorales (opinión sustentada por Ely 1980 y Choper 1980).

De esta manera, asimismo, tendrían explicación otros fenómenos que se producen en el plano de la *cultura de los jueces*, los cuales han afectado de manera profunda el papel que los jueces y la jurisdicción comenzaron a asumir en Europa al promediar la década de 1970 y que ya se han manifestado en España en los últimos tiempos.

5.2. Legitimación de la magistratura ante el cambiante papel de la jurisdicción. Antes se ha dicho que, en el proceso de afirmación del Estado de derecho la legitimación de la intervención del juez provenía de su respeto por la legalidad vigente y de su capacidad profesional para salvaguardar la certeza del derecho. Pero, en la configuración del Estado social dicha legitimación se produce en la medida que sus intervenciones procuran responder las crecientes demandas y reivindicaciones inherentes al vasto tema del bienestar (cfr. Ferrarese 1984:103). Esto provoca no sólo la transformación del papel del juez, sino también un cambio en su percepción cultural de los fenómenos y situaciones sobre los que es llamado a decidir.

No hay que olvidar, asimismo, que la transformación y el refuerzo del papel de la jurisdicción derivan de su colocación estratégica en el sistema político-institucional la cual, de modo casi fisiológico, la convierte en la primera instancia que encuentran aquellos nuevos sujetos e intereses sociales que están a la búsqueda de su legitimación. Ello ha sucedido en materia de ambiente; de tutela de los consumidores; de intervención de sujetos colectivos; de problemas relacionados con la difusión de las tecnologías electrónicas, genéticas o de la reproducción. En todas estas situaciones y en otras muchas más son siempre los jueces quienes resultan los primeros destinatarios de las nuevas demandas sociales.

El sistema judicial se convierte así en un instrumento de directa intervención y participación de los ciudadanos. Son los sujetos individuales y los colectivos que ven obstaculizado su acceso a los lugares tradicionales de la representación quienes, a través de la jurisdicción, hacen sentir sus voces y obtener así resultados que de otra forma serían del todo imposibles.

Tal como ha sido descripto el nuevo papel de la jurisdicción en las sociedades avanzadas de Europa continental, una pregunta surge casi espontánea para los defensores de una simple democracia de las formas. ¿Constituye ese nuevo papel de los jueces una distorsión de la forma-Estado prevista por el constitucionalismo social, habida cuenta de la asunción de funciones por parte de sujetos institucionales que, como ellos, carecen de la legitimación democrática atribuida a las instancias ejecutiva y legislativa?

Desde que Edmund Burke escribió su famosa *Carta a los electores de Bristol* en 1774, la representación política fue considerada la llave maestra del sistema político de la democracia parlamentaria. Sobre esta idea se ha basado el desenvolvimiento posterior de los regímenes democrático-liberales en Occidente. Sin embargo, la evolución de la forma-Estado democrática y de derecho, heredera de aquella tradición, ha atravesado diversas crisis a lo largo del s. XX que le han provocado una pérdida de consistencia. La más profunda

y reciente de tales crisis es la que ha afectado en las dos últimas décadas al contenido de *Welfare* con el cual se había completado esa forma-Estado. De este modo, importantes factores sociales han contribuido a la crisis de representación a la que me estoy refiriendo. Algunos de ellos, ya anteriormente aludidos, pueden ser sintetizados en los siguientes aspectos: la pérdida de relevancia del conflicto entre trabajo y capital; la excesiva fragmentación de los intereses sociales; el fenómeno de las agregaciones transitorias; la pérdida de centralidad del circuito Ejecutivo (Gobierno)-Parlamento como itinerario de las decisiones políticas; la reducción de la política económica a política coyuntural y de meras maniobras monetarias (cfr. Fernández Campilongo 1987:97-98).

Lo que parece que en la actualidad puede afirmarse con bastante certeza es que la mayor parte de aspectos que han constituido la crisis de la representación y representatividad política no pueden seguir siendo tratados ya dogmáticamente o según un enfoque normativista. Los fenómenos que han provocado tal crisis no fueron tenidos en cuenta por los teóricos que consideraron a la representación política como el sustento y la savia del sistema democrático-liberal, no sólo porque entonces esos fenómenos no se habían producido, sino también porque en general lo hicieron desde una perspectiva única de las normas establecidas por el ordenamiento jurídico que regula la tradicional representación parlamentaria. Este tipo de abordaje de la representación política presenta sin duda algunas limitaciones y esto ya fue reconocido en España, incluso antes de la transición a la democracia, por Pablo Lucas Verdú (cfr. 1965: 31) quien reconocía entonces que el sistema representativo era un caso típico que corrobora la relativización del derecho constitucional frente a las realidades políticas, a la vez que no creía posible explicar satisfactoriamente, con argumentos apoyados en simples normatividades constitucionales, el profundo cambio que la representación política ha experimentado desde el liberalismo clásico hasta la democracia de masas.

El potencial de representación de un sistema político debe ser analizado y valorado con referencia a todas las organizaciones que se presentan como instancias de representación y que se confrontan, más o menos frecuentemente, más o menos concientemente, más o menos eficazmente, con las demandas de los ciudadanos y las respuestas de los gobernantes (cfr. Pitkin 1985). La importancia de la dimensión formal de la representación no puede desconocerse, pero los esquemas éticos o jurídico-analíticos para analizar el fenómeno en los sistemas políticos contemporáneos no son sólo insuficientes sino que también son impermeables a las contribuciones de las ciencias sociales como un todo y de la sociología política en particular. Por ello, es relevante para el enfoque pluridisciplinar de los fenómenos

jurídicos -y no cabe duda que la representación también lo es- el examen tanto de las estructuras formales que componen el ordenamiento legal, como los procesos sociales sobre los cuales actúan las reglas de derecho. De tal modo, centrar el enfoque del fenómeno de la representación, por ejemplo, entre las posiciones extremas de Hans Kelsen y Carl Schmitt o sea, dar un puesto de importancia a la falsa contraposición entre mediación y decisión (como dice Rusconi 1984) como parece surgir de algunas de las exposiciones formuladas en el interesante debate sostenido no hace mucho en España, sostenido exclusivamente por filósofos del derecho (cfr. Doxa 1989), supone una simplificación analítica de la representación pues ésta queda reducida a una vinculación orgánica entre la expresión de las exigencias, su recepción por parte de los gobernantes (cuyo mandato es periódicamente verificado y puede ser revocado por medio de las consultas electorales) y la traducción de las preferencias en decisiones (cuyos efectos también ellos pueden incidir sobre la verificación electoral del mandato). En una palabra, en esta perspectiva el consenso electoral es la norma y todo el problema de la representación política queda reducido al análisis de su única dimensión parlamentaria.

La cuestión principal que hoy está planteando la representación política es la de saber cómo y quién reduce la complejidad que abruma las sociedades contemporáneas. No es ésta la sede ni la ocasión para adentrarse en semejante cuestión cuya solución se ha propuesto seriamente desde una perspectiva sistémica. Pero, tomando en cuenta la segmentación de los grupos, la fragmentación de las clases, los contradictorios procesos de redistribución y concentración del poder, en suma la complejidad sociopolítica, ¿quién y de qué modo debe estar autorizado a seleccionar las exigencias y así reducir la complejidad? Por lo que se ha visto, esta pregunta no tiene una única respuesta desde lo que se entiende por representación parlamentaria.

En consecuencia, frente a la crisis de la representación política ha sido la administración de justicia la que ha debido encarar los conflictos que no encontraban respuestas en las sedes institucionales del sistema democrático representativo. Y, es en este punto, entonces, en el que vuelve a entrar en cuestión el problema de la legitimación democrática de los jueces en el marco de las administraciones de justicia de derecho continental, habida cuenta que no se puede tomar como único criterio de dicha legitimación el de la investidura popular. En efecto, esta investidura popular no es la única forma de legitimación democrática, sobre todo cuando, por ejemplo, este tipo de legitimación puede ser deducida de su exposición al control de una institución determinada; para el caso de las democracias sociales, la de los Tribunales Constitucionales. La transparencia institucional que otorga una sentencia judicial constituye seguramente un fuerte

instrumento de legitimación de la decisión del órgano que la ha tomado. La transparencia institucional, en otros términos, se presenta entonces como un complemento, o un fundamento, de la constitución de la legitimación democrática, o de su permanencia.

La legitimación democrática de los jueces y sus decisiones se acrecienta entonces cuando la sede jurisdiccional se presenta, al menos tendencialmente, como lugar de representación de sujetos e intereses de otro modo excluídos, condenados al silencio. Dar voz a los ciudadanos es, en efecto, una función típica de la democracia (v. Rodotá 1992: 175).

Por lo tanto, ante la debilidad de las formas clásicas de la representación liberal, provocada por la crisis que afecta a los sistemas políticos de buena parte de Europa continental, el protagonismo judicial de los últimos años no puede ser visto como una tentativa de «gobierno de los jueces» ni como una «politización de la justicia» sino, antes bien, como un soporte de la democracia representativa y un elemento corrector de los demás poderes constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

Baratta, A. (1990), «Le fonti del diritto ed il diritto giurisprudenziale», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XX, n.º 1-giugno, 189-210.

Bell, J. (1983), *Policy Arguments in Judicial Decisions*, Clarendon Press, Oxford.

Bergalli, R. (1984), *Estado democrático y cuestión judicial*, Depalma, Buenos Aires.

Bergalli, R. (1993), «Protagonismo judicial y sistema político (Una espina clavada en el corazón de capitalismo)», en *No hay derecho*, año IV, n.º 10: Buenos Aires.

Berger, R. (1977), *Government by Judiciary*, Harvard University Press, Cambridge-USA.

Cappelleti, M. (1984), *Giudici legislatori*, Giuffré, Milano.

Cotterell, R. (1984), *The Sociology of Law: an Introduction*, Butterworths, London; hay versión en castellano (trad. C. Pérez Ruiz; Introduc. A. Pérez Luño), Ariel, Barcelona, 1990.

Choper, J.-H. (1980), *Judicial Review and the National Political Process*, The University of Chicago Press, Chicago.

Dahl, R. (1957), «Decision-Making in a Democracy: The Role of the Supreme Court as a National Policy Maker», en *Journal of Public Law*, VI, 279-295.

Doxa (1989), «Democracia y Representación», vol. 6, 95-215: Alicante.

Dworkin, R. (1977), *Taking Rights Seriously*, Clarendon, Oxford; hay versión en castellano, *Los derechos en serio* (trad. M.Guastavino), Ariel, Barcelona, 1984; versión en italiano, *I diritti presi sul serio* (trad. G. Rebuffa), il Mulino, Bologna, 1982.

Ely, J.-H. (1980), *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge-USA.
Fernández Campilongo, C. (1987), *Representaçao Politica e Ordem Jurídica (Os dilemas da democracia liberal)*, Disertación para obtener el arado de Maestría en el Departamento de Filosofia e Teoría Geral do Direito da Universidade de Sao Paulo; hay una versión abreviada, con el mismo título en, Serie Principios-Editora Atica: Sao Paulo, 1988.
Ferrajoli, L. (1989), *Diritto e ragione (Teoria del garantismo penale)*, Laterza, Roma-Bari, 2.ª ed. 1990; versión en castellano, 1995, editorial Trotta, Madrid.
Ferrajoli, L. (1992), «La conquista dell'America e la dottrina della sovranità esterna degli Stati», en *Sessione del Tribunale Permanente del Popoli sul V. Centenario della Conquista dell'America*, Padova-Venezia 5 -9. ottobre; hay versión en castellano (trad. R. Bergalli y H. Silveira), en R. Bergalli/ E. Resta (coords.) *La soberanía: aspectos metodológicos, jurídicos y políticos*, (en curso de publicación), Oñati, Madrid, IISJ-Trotta.
Ferrarese, M.ª R. (1984), *Le istituzioni difficile. La magistratura trà professione e sistema politico*, ESI, Napoli.
Friedman, W. (1961), «Legal Philosophy and Judicial Law», en: *Columbia Law Review*, LXI, 821-845.
Habermas, J. (1979), *Legitimationsprobleme in Spätkapitalismus*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a. M, 5.ª ed.; 1.ª ed. 1973.
Luhmann, N. (1971), «Komplexität und Demokratic», en *Politische Plannung*, Westdeutscher Verlag, Opladen.
Luhmann, N. (1972), *Rechtssoziologi*, 2. rororo Studium 580-Rowohlt Taschenbuch Verlag: Reinbek bei Hamburg,
Magistratura Democrática (1994), *Giudici e democrazia. Magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, (a cura di N. Rossi) Franco Angeli, Milano.
Matteucci, N. (1980), *Organizzazione del potere e libertà*, UTET, Torino.
Pitkin, H. (1985), *El concepto de representación*, Centro de Estudios Constitucionales: Madrid.
Resta, E. (1993), «En torno a la cultura de la legalidad», en *Jueces para la Democracia*, n.º 19, Madrid, 11-13.
Rodota, S. (1992), *Repertorio di fine secolo*, 55 SagittariLaterza, Roma-Bari.
Rusconi, G. E. (1984), «Autorità, decisione, leadership», en *Scambio, minaccia, decisiones*, il Mulino, Bologna, 93-133.
Souza Santos, B. de (1987), «Law: a Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law», en *Journal of Law and Society*, vol. 14, n.º 3, Autumn, Basil Blackwell, Oxford, 279-302.
Souza Santos, B. de (1992), «O Estado e o direito na transiçao pós-moderna: para um novo censo comun jurídico», en R. Bergalli (coord.), *Sentido y razón del derecho (Enfoques socio-jurídicos para la sociedad democrática)*, Colec. Sociedad-Estado, n.º 9, Hacer editorial, Barcelona, 3-36.

Verdú, P. L. (1965), «John Stuart Mill y la democracia representativa», introd. a: J.-S. Mill, *Libertad, Gobierno Representativo, Esclavitud Femenina*, Tecnos, Madrid.

Wolfe, C. (1991), *Judicial Activism, Pacific* Grove, Brooks/Cole.

Zagrebelsky, G. (1992), *Il diritto mite (Legge diritti giustizia)*, Einaudi Contemporanea 14, Giulio Einaudi editore, Torino.

DOXA 15-16 (1994)

LA DEMOCRACIA, EL CRIMEN ORGANIZADO Y LAS LEYES SOBRE LA PRIVACY

1. La parálisis de la política italiana al inicio de la llamada «Segunda República»[1]

En los últimos años, la historia mundial ha experimentado una aceleración inconcebible en tan solo diez años. En concreto, la política italiana presenta también estos fenómenos de tumultuosa aceleración de los acontecimientos, a la que se añade, sin embargo, una preocupante y contradictoria estaticidad en las decisiones políticas.

En la Customer Convention della Siemens AG (celebrado en Roma en octubre de 1992) evocaba el espectro de la deuda pública italiana: dos mil billones de liras, es decir, una cifra de quince ceros. Se hablaba entonces de la privatización de las industrias estatales como de un remedio posible, aunque parcial, a esta deuda. Sin embargo, en este momento, la deuda pública ha aumentado, mientras las privatizaciones han sido apenas iniciadas: los políticos se han perdido en sutiles discusiones sobre la metodología de la privatización. En el fondo, el único bien público privatizado después de más de un año de discusiones, parece que haya sido el anterior ex ministro responsable de las privatizaciones, retirado -él sí- a la vida privada, por ser contrario a las privatizaciones.

Este inamovible mundo político en medio del precipitar de los acontecimientos es el aspecto más descorazonador y, quizá, más peligroso de la crisis italiana. Poniendo al día mi análisis de 1992 para una revista alemana, sintetizaba la situación italiana con la fórmula «todo permanece como está, y todo va rodando hacia el precipicio»[2].

---

[1] Traducción realizada por María Belén Cardona Rubert, docente investigadora adscrita al Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia.

[2] El texto italiano es: *Ragguaglio a un amico forestiero sulle cose d'Italia nell'anno non precisamente di grazia 1992*, «Teoria politica», IX, 1993, n. 1, págs. 57-76. La traducción (con la puesta al día citada en el texto) es: *Vertrauliche Mitteilungen an deutsche Leser über den Zustand Italiens im Jahre der Ungnade*, «Freibeuter» (Berlin), Juli 1993, n.º 56, págs. 3-25.

Retengo que esta frase, desgraciadamente, conserva aún hoy toda su validez.

En esta mezcla de estaticidad y precipicio, es posible señalar para Italia, una fecha equivalente a la de la caída del muro de Berlín: es la de las elecciones del 5 de abril de 1989, cuando un partido hasta el momento inexistente -la Liga Lombarda- obtuvo una aplastante mayoría en la parte septentrional de la península. Esta victoria señaló el fin de la coalición de los 5 ó 6 partidos que durante 50 años había detentado el poder, haciendo rodar las mismas personas en combinaciones externamente distintas, pero sustancialmente iguales.

En ese medio siglo Italia se había convertido en un rico país industrial, pero las empresas se habían concentrado en el norte. El desequilibrio entre las regiones septentrionales y las meridionales resultaba siempre más incontrolable[3]. La corrupción política había alcanzado una extensión que todos intuían, pero que ninguno había podido demostrar. De hecho quien detentaba el poder, siempre había podido encubrir los escándalos conforme iban viniendo a la luz del sol.

Con la pérdida de la mayoría política y con el ruinoso hundimiento de los afiliados, los viejos partidos no podían cubrir más la corrupción propagada. Una investigación casi irrelevante en Milán, iniciativa un poco anterior a las elecciones, pudo desarrollarse de un modo espectacular. Partiendo de una «tangente» (comisión) de 7 millones de liras escondidas en los calzoncillos del director de un asilo, poco a poco se han visto envueltos los cuadros intermedios, pasando por la cima de los más importantes partidos políticos, hasta alcanzar a los máximos cargos del Estado italiano: varios expresidentes del consejo de ministros. Y alrededor, un carrusel de industriales corruptos y corruptores, de ambiguos mediadores entre poderes públicos y economía privada, de directores públicos sometidos a los intereses de un preciso partido, de banqueros de mínima virtud.

---

[3] Sobre los orígenes y las formas de las asimetrías regionales italianas existen actualmente bibliotecas enteras. Un análisis documentado e ilustrativo (también para los italianos) es el reciente volumen del americano Robert D. Putnam, La *tradizone civica nelle regione italiane*, Mondadori, Milano 1993, 279 págs.

Un hecho que James Joyce definiría como «epifánico» sobre la falta de iniciativa empresarial y subdesarrollo, es el siguiente: el Comité para la Programación Económica (CIPE) ha revocado alrededor de 2.300 billones de liras ya concedidos a las regiones meridionales, porque éstas no han sido capaces de gastarlas («Corriere della Sera», 20 de octubre 1993, pág. 17).

Después de tres años de investigación, son investigados por la magistratura centenares de empresarios y casi un tercio de los miembros del anterior Parlamento italiano.

Un terremoto político de este tipo llevó necesariamente a la crisis de un parlamento en el cual se sentaban representantes de los partidos, pero que no representaba ya la voluntad popular, manifestada después del abril de 1989. En resumen, una situación en cierto modo similar a la del parlamento ruso en el momento del combate con Jeltzin, en octubre de 1993. En particular, la actividad legislativa se vio limitada sólo a la emergencia y a lo inevitable.

Baste un ejemplo. Desde el 15 de enero de 1993 ha entrado en vigor el Decreto legislativo sobre la protección del software, en actuación de la directiva CEE 91/250. El Parlamento italiano, se ha adherido, de este modo, en el último momento a las disposiciones comunitarias sobre la protección del software, que requerían una adecuación de las legislaciones nacionales con anterioridad a la finalización de 1992. De hecho, la ley de delegación al gobierno para la emanación de las normas sobre el software fue aprobada el 19 de diciembre de 1992 (Ley 489), consintiendo así la aprobación del decreto el 29 de diciembre y su publicación en la «Gazzetta Ufficiale» el 31 de diciembre de 1992: «just in time», como suele decirse.

En otros casos, por el contrario, el retraso no ha finalizado: el caso que aquí más nos interesa es el de la ley sobre la privacy, que ha sido objeto de numerosos proyectos de ley, ninguno de los cuales ha sido todavía aprobado. Así, los únicos Estados de la Comunidad Europea sin una ley sobre la privacy son Italia y Grecia.

Desde octubre de 1993 la situación se ha complicado con la ratificación del Tratado de Schengen[4]. De hecho la aplicación de este acuerdo presupone que el estado firmante haya promulgado y aplique efectivamente una ley sobre la privacy homogénea a la de los otros estados participantes. Sobre este punto he llamado la atención más veces en el pasado y, puesto que la situación no se ha transformado sustancialmente, reenvío para ulteriores consideraciones a algunos de mis antiguos textos, ya viejos pero, por desgracia no envejecidos[5].

Retomando el punto de la situación en el verano de 1994, es lícito repetir la formula que ya en 1993 había aplicado con referencia a

---

[4] Ley de 30 de septiembre de 1993, n.º 388. Ratificación y ejecución del protocolo de adhesión del gobierno de la República italiana del Tratado de Schengen del 14 de junio de 1985, publicado en el suplemento ordinario de la «Gazzetta Ufficiale», n.º 232 del 2 de octubre de 1993.

[5] *Il trattato di Schengen e le frontiere europee*, «Data Manager», XVI, aprile 1991, n.º 114, pág. 27 y ss., *Frontiere senza controlli o controlli senza frontiere?*, «Micromega», 1990, n.º 1, págs 149-159.

1992: «todo permanece como está, y todo va rodando hacia el precipicio».

El gobierno Berlusconi ha premiado sectores amigos con un impuesto que grava directamente los dividendos obtenidos por los accionistas de las sociedades, es el llamado «imposta cedolare» sobre los dividendos (que es ventajoso solo para quienes tienen réditos superiores a los 200 millones anuales de liras). Ha agredido frontalmente a la RAI (competencia directa a las cadenas televisivas del actual Presidente del Consejo de Ministros), pero no ha esclarecido qué formula resolverá conflictos tan latentes entre el cargo político y las actividades privadas del ciudadano Berlusconi (que autoriza la concesión de cadenas televisivas como Presidente del Consejo y que recibe estas autorizaciones como principal accionista de la sociedad por acciones Fininvest). Se ha propuesto la fórmula de origen estadounidense, del «blind trust», pero que sería adaptada al derecho positivo italiano: a la calificación inglesa se le ha añadido la inquietante especificación «a la italiana». Aunque no se entienda qué es, esta propuesta ha servido al Presidente del Consejo para intentar «contratar» al Presidente de la República, Oscar Luigi Sealfaro, como garante del Blind Trust a la italiana. La respuesta ha sido obviamente negativa.

Paralelamente a esta inercia -favorecida antes por la espera de las elecciones europeas del 12 junio 1994, después por la cumbre económica del G7 en Nápoles- el nuevo gobierno no ha perdido una sola ocasión para afirmar su principio de base: «Quien vence, coge todo». En consecuencia, amplia es la situación de la clase política de segunda fila para reciclarse, siguiendo el típico instinto del que, nosotros italianos no sentimos la falta de acusarnos: el instinto de correr en ayuda del vencedor. El paralelismo con el fin del franquismo en España me ha parecido tan inevitable, que he comentado un libro de Elías Díaz sobre los sucesos de la mitad de los años 70 en España, justamente confrontándolo con los sucesos de mitad de los años 90 en Italia[6].

El hecho quizás más grave de este no fausto 1994 ha sido probablemente el decreto-ley que intentaba imponer límites a los jueces, en particular a los implicados en la operación «Mani pulite», limitando la posibilidad de encarcelación preventiva en favor de ciertas categorías de acusados (y es fácil imaginar cuales). El decreto-ley ha sido retirado tras la declaración de su inconstitucionalidad por parte

[6] El libro en cuestión es: Elías Díaz, *La transición a la democracia. Claves ideológicas*, 1976-1986, Eudema, Madrid, 1987, 222 págs. Mi comentario inspirado en él es: *Tempi di transizione: ma verso dove?*, en preparación para su edición en «Teoría Política».

de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de los Diputados, pero ha sido una señal negativa. También la mafia lo ha interpretado como una señal de la intención de reducir la intensidad del ataque al crimen organizado. Sin embargo, en los últimos años esta lucha había alcanzado ritmos y formas más convincentes que en el pasado, cuando era estrecha la connivencia entre el mundo político de la llamada Primera República y el mundo del crimen: basta pensar que el entonces omnipotente Giulio Andreotti es hoy investigado por asociación de tipo mafioso.

En las siguientes páginas se intentará aclarar en qué consiste la lucha contra el crimen organizado y cómo influye negativamente sobre ella el hecho de que -en la ya advertida inercia general del gobierno- Italia y Grecia hayan sido los únicos estados de la Unión Europea desprovistos de una ley sobre la privacy. La reciente promulgación de la LORTAD española subraya una vez más la gravedad de este ya insostenible retraso[7].

2. La lozanía del crimen organizado

La corrupción del aparato estatal, sin embargo, ha propiciado un extraordinario crecimiento del crimen organizado, que está ya estrechamente enlazada con el poder político[8].

Es doloroso reconocer que uno de los principales financiadores de esta criminalidad fue precisamente el poder político corrupto, a través de las contratas para la construcción de obras públicas.

El mecanismo es simple y reproduce en el fondo al que ya ha sido practicado durante decenios en la industria de propiedad estatal. El estado asigna una suma relevante para la construcción de una obra pública y la contrata es otorgada a una empresa mafiosa: de hecho la corrupción del aparato estatal local deja filtrar noticias

---

[7] He intentado llamar la atención italiana sobre la ley española con un amplio artículo (*La nuova legge spagnola sulla protezione dei dati personali*, «Diritto dell'informazione e dell'informatica», IX, 1993, n.º 4-5, págs. 867-894) y con la traducción de la misma ley (*Legge organica 5/1992 del 29 Ottobre, regolante il trattamento automatizzato dei dati personali*, «Diritto dell'informazione e dell'informatica», X, 1994, n.º 1, págs. 119-138) y del Decreto que instituye la Agencia para la protección de datos (pendiente de ser publicada en la misma revista).

[8] En este texto, el término «crimen organizado» es usado en sentido amplio, refiriéndose a estructuras criminales dotadas del poder de intimidación descrito en el párrafo 4, a. Con referencia a Italia, el término abarca en consecuencia a la mafia siciliana, la'ndrangheta calabrese, la camorra napolitana y la Sacra Corona Unita pugliese. La unificación terminológica no debe hacer suponer también una unidad operativa: ésta y otras organizaciones tienen puntos de contacto, pero en general actúan separadas y raramente en competencia o en conflicto recíproco.

sobre las empresas que compiten y facilita la victoria de la empresa preelegida. Ésta después, durante la realización de la obra, exige aumentos de las asignaciones (y los políticos las conceden) y a menudo no concluyen la obra. Pero los organismos de control no advierten las irregularidades porque están en manos de los políticos que sacan provecho de estas operaciones. El dinero destinado a la obra pública acaba así en buena parte en las manos del crimen organizado, que con el dinero del estado financia el comercio de la droga o de las armas.

Las ganancias sirven para extender ulteriormente el ámbito de las actividades ilícitas y, en particular, de la corrupción, que se expande como un cáncer en cada célula del cuerpo social.

En los últimos años, las riquezas acumuladas con estos negocios ilícitos han permitido al crimen organizado entrar en el mercado financiero, adquiriendo participaciones en empresas sanas, en las cuales poco a poco van infiltrando personas (y métodos) criminales. Dada la internacionalización sea del crimen, sea de las finanzas, esta penetración ha sobrepasado ya las fronteras italianas y constituye un peligro para toda Europa, y no sólo para ella.

El peligro de la infiltración mafiosa, en los días cercanos al 25 de octubre de 1993, ha dado origen a una polémica entre ministros a propósito de la privatización de las empresas de propiedad estatal. El ministro de la Industria, Paolo Savona, ha sostenido públicamente que el modelo de acciones difundido (o public company) propuesto por el presidente del IRI[9], Romano Prodi, y sostenido por el Presidente del Consejo, habría favorecido la penetración mafiosa en estas empresas.

Aunque si el reclamo al crimen organizado es puramente instrumental en la polémica entre los partidarios de la public company y los partidarios del «noyau dur» (núcleo duro), el reclamo a la mafia es un claro índice de preocupación que ésta suscita en el debate político también a altísimo nivel. En realidad, la argumentación del ministro Savona -rechazada a coro por el gobierno, empresarios y políticos- es vista como una fase de su polémica sobre la política de las privatizaciones, contra la cual ha presentado también las propias dimisiones de su cargo de ministro y casi inmediatamente retiradas. Por otra parte, la instrumentalidad de este argumento no debe inducir a menospreciarlo.

Aunque sea difícil proporcionar un valor absoluto de las rentas del crimen organizado, la Guardia di Finanza evalúa el reparto de las actividades económicas según estos porcentajes: actividad financiera

[9] Nota de la traductora: las siglas corresponden al «Istituto per la Ricostruzione italiana», la mayor industria pública italiana.

60%; inmobiliaria 17%; comercio 11%; industria 4%; otros 8% («Repubblica», 26.10.1993, pág. 4). El estado italiano ha intentado ante todo, golpear la primera actividad (vid. par. 4), siguiendo con las sucesivas (vid. par. 5).

Así pues, cuando la corrupción de un país supera un cierto nivel, el crimen organizado constituye un peligro para las mismas estructuras democráticas, concebidas siempre como un control y una barrera para el desarrollo de las actividades criminales. Hoy el crimen organizado dispone de una potencia económica que puede competir con el balance de un estado: todos recuerdan la oferta de los narcotraficantes colombianos de extinguir la deuda pública del país a cambio de la impunidad. Sobre este particular reenvío al análisis de Pierre Lacoste, que disponía de noticias de primera mano: ya que fue el jefe de la Direction Générale de Sécurité Extérieure desde 1982 a 1985, bajo la presidencia Mitterrand[10].

Para retomar el hilo del discurso político iniciado en el párrafo anterior, esta claro que el hundimiento del poder político tradicional significa también para el crimen organizado el desecamiento de una conspicua fuente de entradas (y de protecciones judiciales en el caso de los «accidentes en el trabajo»). Los vínculos entre crimen organizado y política son más estrechos de cuanto se piensa fuera de Italia: en algunas regiones meridionales, el crimen organizado controla directamente los votos de los electores y, consecuentemente manda al Parlamento sus representantes. Esta acusación no está fundada sobre sensaciones: en el intento de bloquear la fusión entre mafia y política, el Parlamento ha debido aprobar -no sin dificultad- una ley que modificaba el sistema de las preferencias electorales, después de que éstas se habían convertido en un modo para controlar la conformidad del voto a las expresas indicaciones de parte del crimen organizado (vid. par. 7,a).

Esta mezcla entre crimen y política es explosiva: ya que aquel tiene interés en bloquear todo cambio político. Y a detenerlo por cualquier medio: también mediante el homicidio, incluso con atentados. Por ello la lucha contra el crimen organizado se ha convertido en un elemento insustituible para el mantenimiento de la democracia en Italia.

3. El dilema italiano: privacy versus represión

El estado italiano está intentando reaccionar frente a la difusión de la mafia con una legislación represiva, análoga a la usada en la

[10] Pierre Lacoste, *Las mafias contra las democracias*, Jean-Claude Lattés, Paris.

lucha contra el terrorismo. Estas normas autorizan a la magistratura y a la policía a indagar sobre la persona sospechosa, pero también sobre las personas que viven o trabajan con él.

La lucha antimafia se vence solamente con un control preciso de los movimientos del dinero. Así, lo habían entendido tanto el diputado Pío La Torre, como el general Carlo Alberto Dalla Chiesa. La exactitud de esta vía ha sido trágicamente constatada por sus asesinatos. Pero el control patrimonial implica un acceso a datos personales -tanto del sospechoso, como de quien le es cercano- y crea nuevos peligros jurídicos: estos peligros son particularmente graves en Italia, donde no existe todavía una ley sobre la protección de los datos personales.

Italia se encuentra así ante un dilema probablemente sin solución: si se otorga a los datos personales una protección que sea homogénea a la de los otros estados europeos, se atan las manos en la lucha contra la mafia; si por el contrario se usan libremente los datos personales en la lucha contra la mafia, se corre el riesgo de dañar a ciudadanos del todo extraños a las investigaciones.

Este dilema jurídico se ve agravado por dos consideraciones políticas. En primer lugar, la lucha contra la mafia es un problema de supervivencia para el estado italiano. No se olvide que el estado ha perdido ya el control territorial de al menos tres regiones de Italia meridional, al extremo que en Sicilia y en Calabria (además de en Cerdeña) ha debido enviar al ejército.

Para comprender, qué significa, la expresión abstracta «pérdida del control territorial» bastan dos informaciones: las sociedades de seguros no aseguran más a los T.I.R.[11] que viajan al sur de Nápoles; tampoco en el norte, se alquilan ya autos de lujo a quien pretende viajar al sur de Nápoles.

En segundo lugar, Italia se ha comprometido a nivel internacional a promulgar una ley sobre la protección de los datos personales: en concreto, ha firmado la Convención del Consejo de Europa sobre la protección de datos personales y el Tratado de Schengen. La falta de una ley nacional había impedido hasta hoy la ratificación de estos acuerdos internacionales, contribuyendo así a tener a Italia alejada del «núcleo duro» de Europa.

Ahora, el Tratado de Shengen ha sido ratificado el 23 de septiembre de 1993 y la prensa italiana anunciaba que Italia «estará dispuesta a aplicar las directivas de la Convención de Schengen para la libre circulación entre los nueve países de la CEE en primavera. Es decir, pocas semanas después de la entrada en vigor «real» de la convención».

---

[11] Nota de la traductora: las siglas corresponden a «Traffic International Roulier», es decir, camiones dedicados a cubrir servicios internacionales.

En particular, «en las próximas semanas vendrán preparadas las asignaciones presupuestarias destinadas, entre otras cuestiones, a enlazar los ficheros italianos de la policía al sistema central de Schengen (SIS)». En la situación actual, esta conexión es jurídicamente muy dudosa, porque produciría una salida de datos personales desde países que tienen una ley sobre la privacy hacia Italia que carece todavía de esta ley. No queda más que esperar una rápida aprobación del actual proyecto de ley, no precisamente entusiasmante[12].

Esta solícita aprobación aparece todavía más remota si se piensa que precisamente para la primavera de 1994 están previstas las elecciones políticas que deberían renovar no sólo el Parlamento, sino completamente el panorama italiano.

4. La legislación italiana contra el crimen organizado

Una descripción detallada de la legislación italiana contra el crimen organizado ha sido ya publicada en un ensayo mío de 1992, al cual reenvío al lector[13]. Aquí me limitaré a resumir los puntos centrales de la legislación en vigor, poniendo al día donde sea necesario las informaciones hasta el otoño de 1993.

El punto de partida es, hoy como entonces, la constatación de que la lucha contra un fenómeno vasto y escondido como el crimen organizado requiere intervenciones en las que los magistrados y la policía deben poder tener un amplio margen de discrecionalidad. Siguiendo el esquema del texto de 1992, examinaremos ante todo en qué consiste esta discrecionalidad. A continuación nos preguntaremos qué consecuencias puede tener aquella sobre los datos personales de los ciudadanos: pero esta vez la exposición vendrá reducida al extremo.

a) La asociación de tipo mafioso

Ante todo, la legislación antimafia ha introducido en el ordenamiento italiano un tipo distinto del de asociación para delinquir (art. 416 c.p.). El art. 416 bis habla de «asociación de tipo mafioso»:

---

[12] Una síntesis crítica del proyecto italiano se encuentra en mi artículo: *A tutela del privato*, «Zero Uno», junio de 1993, n. 137, págs. 56-57.

[13] Mario G. Losano, *Datenbanken, Datenschutz und der Kampf gegen das organisierte Verbrechen*, in Maria-Theres Tinnefels -Lothar Philipps- Kurt. Weis (bajo la supervisión de), *Die dunkle Seite des Chips. Herrschaft und Beherrschbarkeit neuer Technologien*, Oldenbourg, München-Wien 1993, págs. 117-135.

ésta viene caracterizada por la «fuerza de intimidación» que deriva de la misma asociación. Esta «fuerza de intimidación» ayuda a la mafia no sólo a cometer delitos, sino también a «adquirir de modo directo e indirecto la gestión o el control de actividades económicas».

Así, pues, la pertenencia a una «asociación de tipo mafioso» convierte en ilícitas también a actividades económicas que, estrictamente, no serían ilícitas: el elemento calificador es, repitámoslo, la «fuerza de intimidación».

Cuando hay suficientes «indicios» de que cierta persona pertenece a una «asociación de tipo mafioso», el art. 14 de la ley 646/1982 autoriza al ministerio público o al jefe superior de policía a realizar indagaciones sobre el tenor de la vida y sobre el patrimonio de las personas sospechosas. Respecto a los datos personales, es importante subrayar dos características de estas disposiciones:

- Las investigaciones patrimoniales pueden ser dirigidas hacia personas «para las que pueda ser propuesta la medida preventiva de vigilancia especial»: en consecuencia, también si la petición de medidas especiales no ha sido todavía materialmente presentada al Presidente del Tribunal. Es suficiente con que el ministerio público o el jefe superior de policía dispongan de «indicios» suficientes.

- Las investigaciones patrimoniales afectan incluso a los familiares del sujeto investigado y a otros sujetos colaterales: los convivientes de los últimos cinco años y las personas físicas o jurídicas «de cuyo patrimonio los mismos sujetos resultan poder disponer en todo o en parte, directa o indirectamente».

El uso de esta amplia discrecionalidad debe ser guiado por un principio fundamental: las investigaciones patrimoniales deben ser consecuencia de los indicios, y no el instrumento para encontrar indicios o pruebas. Cuando sin embargo las investigaciones comienzan, pueden extenderse como una mancha de aceite: y los peligros para los datos personales se convierten en enormes.

b) Reciclaje y secreto bancario

El decreto ley 1991/143 ha impuesto una serie de limitaciones al uso del dinero líquido y de los títulos al portador. Tras la entrada en vigor de este decreto ley, las transacciones superiores a los veinte millones de liras deben ser efectuadas exclusivamente con títulos nominativos. Además las sociedades financieras tienen la obligación

de indicar a la policía los movimientos de dinero considerados sospechosos.

Estas medidas son un poco ridículas: por ejemplo, ¿qué debe entenderse por un «movimiento sospechoso de dinero»? Existe el riesgo de que las indicaciones de este tipo acaben por crear molestias sobre todo a las personas inocentes: veremos un ejemplo en la letra c) de este epígrafe. En la más rosada de las hipótesis, los mafiosos fraccionan las sumas en títulos al portador inferiores a los 20 millones o bien, muy eficazmente, recurren a funcionarios corruptos. Por su parte, las sociedades financieras -cuando no son gestionadas por los mismos mafiosos- tienden a no entrar en conflicto con una asociación que (como habíamos recordado) se caracteriza por la «fuerza de intimidación»[14].

La norma verdaderamente revolucionaria es aquella que obliga a todas las estructuras que manejan dinero (desde las oficinas de correos a las sociedades fiduciarias) a identificar a quien quiera que tenga relaciones con ellas, registrando también el código fiscal. Ya que esta norma se aplica también a las relaciones anteriores a su entrada en vigor, puede concluirse que hoy *en Italia no pueden ya existir riquezas anónimas*. Naturalmente continúan existiendo títulos al portador (con tal de que sean inferiores a 20 millones de liras), pero también en ellos deberá identificarse a quien tenga la disponibilidad sobre ellos.

Esta medida obligará a los bancos a colaborar más y facilitará las investigaciones patrimoniales de la magistratura y del fisco. Precisamente por esto es previsible que los mafiosos recurran en mayor medida a los testaferros. De este modo, aumentan los peligros de errores sobre los datos personales y de involucrar en las investigaciones a ciudadanos extraños a las mismas.

Si las mallas del mercado financiero italiano se estrechan demasiado (pero también independientemente de ello), el dinero sucio se canaliza hacia el extranjero. Resulta así todavía más difícil identificar los flujos financieros de la mafia.

Un primer obstáculo está constituido por el derecho internacional. En el momento de la ratificación de la convención europea de asistencia judicial de 1959, Suiza y otros estados hicieron incluir una «reserva»: en base a la cual, las informaciones obtenidas en Suiza pueden ser utilizadas «exclusivamente para instruir y juzgar las infracciones para las cuales la asistencia es concedida». Sucede así frecuentemente que, en la persecución de delitos comunes, se descubren pruebas de delitos de mafia, contra los cuales no puede ser utilizado

[14] Algunos datos sobre el anormal desarrollo de las sociedades financiarias en Italia están incluidos en el artículo citado en la nota precedente.

el material recogido. En una sentencia de fundamental importancia en la lucha contra la mafia, los jueces confirmaron haber encontrado las pruebas de un trafico mafioso, pero de no haber podido utilizar los documentos recogidos en Suiza porque la rogatoria había sido concedida para un delito común[15].

Un segundo obstáculo viene dado por la inexistente promulgación en Italia de una ley sobre la privacy. Al menos en teoría, los magistrados italianos no podrían hacer *uso desde Italia* de los bancos de datos personales situados en un estado dotado de aquella ley. De hecho, entrando en Italia, aquellos datos perderían la protección acordada por las leyes de aquellos estados de origen.

c) Dos casos prácticos de aplicación de las normas

Puede ser interesante examinar qué resultados concretos ha producido este complejo aparato de normas y de personas. Examinaremos en primer lugar lo que acontece al ciudadano común (y aquí me permitiré citar un ejemplo personal), y tras ello la síntesis de una operación policial que tuvo éxito.

Cada año escribo algún artículo para una revista de la Cámara de Comercio de Milán, que es un ente público. Por cada artículo publicado -en consecuencia, por un importe de pocos cientos de miles de liras- tengo que compilar una hoja en la cual declaro «no haber sido sometido a medidas preventivas» ni a «otras providencias» antimafia, todo ello acompañado de referencias a textos legales desconocidos para la mayoría de los ciudadanos. Y hasta aquí todo sería normal.

Pero mi firma sobre aquella hoja no es suficiente: debe ser realizada en presencia de un funcionario que garantice la autenticidad. Como profesor universitario, tengo la suerte de que baste la declaración del director de mi departamento. Pero si fuera un empleado privado, tendría dos posibilidades para hacer autentificar mi firma: o acudir a un notario (cuyos honorarios superarían el honorario del artículo), o acudir al secretario del ayuntamiento (cuya autenticación es gratuita, pero que en una ciudad tan grande como Milán puede requerir una media jornada de trabajo, que tiene un valor económico evidentemente ignorado por el legislador).

Es natural preguntarse a este punto si tanta severidad sirve al menos para alcanzar la finalidad de bloquear el reciclaje. En realidad eso es todavía posible, como ilustra otro ejemplo.

---

[15] Corrado Stajano (bajo la supervisión de), *Mafia. L'atto d'accusa dei giudici di Palermo*, Editori Riuniti, Roma, 1986, pág. 200 y ss.

Una de las tantas investigaciones sobre los servicios de seguridad civil (Sisde) es la que se llevó acabo sobre un peculado de elevadísima entidad. Aprovechándose de la indispensable falta de controles estrechos sobre las financiaciones de los servicios secretos, algunos agentes italianos se habían apropiado de sumas ingentes: en septiembre de 1993 se habían descubierto cuentas secretas de cerca de 40 billones de liras. La sustanciosa cifra de 16 billones había pasado de Roma al extranjero, es decir al Credito Industriale di San Marino. La República de S. Marino -respecto a Italia- es un «extranjero» que hace sonreír, pero injustamente: de hecho entre Italia y la República de S. Marino no existe un acuerdo en materia bancaria. El ilícito del Sisde fue descubierto sólo gracias a la colaboración voluntaria del tribunal de la minúscula república.

Una de las bases para las numerosas operaciones bancarias ilícitas era una filial de Rimini del banco sanmarinense. En el verano de 1992 la oficina de Rimini autorizó la transferencia a S. Marino (por lo tanto al extranjero) de tres billones de liras en una única operación. Operación no consentida por la legislación en vigor, pero hecha posible por la connivencia de un vicedirector, que ahora está siendo investigado.

Ya que la mafia controla bancos enteros en la Italia del Sur, es fácil imaginar con que facilidad pueden ser rodeadas las normas antirreciclaje expuestas precedentemente. En realidad, aquellas normas -más que impedir el reciclaje- permiten condenar duramente a quien es descubierto. Por el contrario los límites y los obstáculos antirreciclaje terminan por crear dificultades burocráticas a los ciudadanos normales.

5. Las normas de 1993 sobre transferencia de acciones

Otro peligro al que están expuestos los datos privados de los ciudadanos italianos es la multiplicación de los bancos de datos con el mismo objeto. Esto es debido a la actitud mental puramente legalista (y no organizativa) de la administración pública y de los políticos italianos: éstos prefieren crear una estructura nueva, más bien que intentar hacer funcionar una estructura ya existente para alcanzar los mismos fines. El resultado es un aumento de las cargas burocráticas para los ciudadanos y la posibilidad de discrepancia entre los datos inscritos en los más diversos lugares. En general, se puede decir que desde hace años los registros públicos italianos funcionan con gran retraso y, por ello, no pueden distribuir las certezas que deberían garantizar.

Ya que este mal funcionamiento es un grave obstáculo en las investigaciones contra el crimen organizado, el estado italiano ha intentado poner remedio con una nueva ley. Algún ejemplo del modus operandi del crimen organizado en este campo hará comprensible los motivos en los cuales se funda la nueva ley.

La extorsión de sumas de dinero para la «protección» de locales públicos (comercios, bares, restaurantes) y de empresas (sobre todo obras de construcción) actualmente está difundida no solamente en Italia[16].

Las organizaciones criminales -con recaudaciones constantes y a menudo crecientes- lleva a la empresa al umbral del colapso económico. A este punto las posibilidades son dos: o el crimen adquiere directamente el control de la empresa, expulsando al propietario, o emprende una actividad para recuperar el crédito con amenazas y atentados.

Una variedad más sutil prevé que se ponga de rodillas la empresa con uno de los dos métodos arriba ilustrados. Después interviene una sociedad financiera que ofrece un préstamo ventajoso para la reconstrucción del restaurante destruido por el incendio, pidiendo como contrapartida una participación en la sociedad que se funda con este fin. Un aumento sucesivo de capital, al cual el propietario no puede hacer frente, lo expulsa elegantemente del circuito económico.

De aquí el particular interés de las fuerzas antimafia por las sociedades financieras y por las transferencias de propiedad en los comercios.

En 1993 el Estado ha intentado introducir un límite a la penetración del crimen organizado en las empresas. Pero se ha encontrado disponiendo de unos registros públicos que no reflejaban la situación real o que no suministraban todos los datos que el Estado consideraba necesarios para aquella lucha. De esta situación nació la «ley Mancino», con el nombre del entonces ministro del interior[17]. Ésta aporta una serie de modificaciones del código civil para conocer

---

[16] Una consecuencia indirecta de las extorsiones es también la evasión fiscal. De hecho un pequeño empresario no está en grado de pagar contemporáneamente tanto la «protección» del crimen organizado, como los impuestos del Estado (que además no lo protege del crimen organizado). Ya que estos dos «gestores del cobro económico» operan en régimen de libre competencia, prevale el más eficiente: y en ciertas regiones italianas, desgraciadamente, el gestor más eficiente es el crimen organizado.

[17] Ley 12 agosto 1993, n.º 310: *Norme per la trasparenza nella cessione delle partecipazioni e nella composizone della base sociale delle società di capitali, nonchè nella cessione di esercizi commerciali e nei trasferimenti di proprietà desuoli*; publicada en la «Gazzetta Ufficiale» de 20 de agosto de 1993, n.º 195.

tempestivamente los nombres de quien adquiera participaciones en una sociedad, ejercicios comerciales o terrenos. De esta exigencia derivan una serie de deberes para los notarios, que en los países latinos desempeñan un cargo regulado por estrechas reglas de acceso y con funciones públicas de certificación.

Ante todo, los notarios deben comunicar «a la oficina del registro de las empresas» los cambios en la composición de los socios, también los acontecidos a causa de muerte (art. 1 y 2). Lástima que este registro no exista todavía y que por ello el notario deba notificar cuanto se le solicita a las cancillerías de los tribunales, que a menudo no son un modelo de organización.

Además «los notarios que reciben actos o autentifican escrituras privadas que tengan por objeto transferencias de terrenos o también de ejercicios comerciales deben comunicar, dentro del mes siguiente al de la estipulación, el lugar donde está ubicado el inmueble y datos relativos a las partes contratantes o a sus representantes, al bien compravendido y al precio indicado» (art. 7). En esta sede es inútil examinar los nueve artículos de los cuales se compone la ley, porque su contenido está suficientemente claro para los fines que se propone este escrito.

El verdadero problema es éste: ¿qué ocurre con la enorme masa de datos personales que, también con esta ley, afluyen a las oficinas públicas?.

La impresión que se obtiene de estas normas es que las oficinas no están en grado de memorizar estos datos y que consecuentemente, en el momento de las investigaciones, los magistrados y la policía no tienen una estructura a la que dirigirse para tener los datos.

6. Policías coordinadas contra el crimen organizado y la interconexión de los bancos de datos

Italia es el país de las siete policías: Carabinieri, Polizia di Stato, Guardie de Custodia Carceraria, Guardia Forestale, Sismi y Sisde (los servicios de información civil y militar). Las más importantes son las tres primeras, que dependen de tres ministerios diferentes y actúan a menudo en competencia la una con la otra.

En los últimos años el estado italiano ha intentado crear nuevas estructuras que unificaran los esfuerzos de los diversos cuerpos de policía. Desgraciadamente estas nuevas oficinas han sido el centro de polémicas violentas, que han retrasado y limitado su funcionamiento.

Otras estructuras, también relevantes en la lucha contra la mafia, serán aquí solamente señaladas, ya que sólo indirectamente pueden

interferir en los datos personales del ciudadano. En primer lugar se intentaron organizar servicios centrales e interprovinciales especializados en la lucha antimafia (DL 1991/410), que se habían sumado a los preexistentes servicios de policía.

El «Alto Commisario» para la lucha contra la mafia fue instituido ya en 1982 para coordinar los órganos administrativos con los de la policía: tras varias vicisitudes (y muchas polémicas) cesará su actividad el 31 de diciembre de 1994. Lo estableció así la ley 1991/410, con la que se instituía contemporáneamente la «Direzione Investigativa Antimafia (DIA)».

Esta ley prevé un consejo general para la lucha contra el crimen organizado[18] cuyas directrices son ejecutadas sea por las varias estructuras existentes, sea por la DIA. Este nuevo cuerpo (compuesto de tres secciones para las investigaciones preventivas, las investigaciones judiciales y las relaciones internacionales) está constituido por policías provenientes de los Carabinieri, de la Polizia di Stato y de la Guardia di Finanza. A él confluyen las informaciones recogidas por todas las policías y por los servicios secretos civil y militar (Sisde y Sismi).

De hecho «la penetración y difusión en el tejido social del fenómeno mafioso es tan peligrosa y capaz de condicionar la vida de las instituciones y la pacífica convivencia, que exige ahora la contribución de los servicios de seguridad»[19].

En fin, con la ley 1992/8, bajo la Fiscalía General de la Corte de Casación ha sido instituido un Fiscal general antimafia, que es el cargo que quizás ha generado las polémicas más incandescentes para las relaciones que vinculan a este órgano (judicial) y al ministerio del interior. Este fiscal antimafia es la cabeza de las fiscalías de distrito, esparcidas por todo el territorio italiano. Esta medida pretende no sólo coordinar las actividades judiciales de lucha contra la mafia, sino también sustituir a las oficinas judiciales locales a menudo demasiado soñolientas en la persecución de los delitos mafiosos.

Como se ve, estas estructuras son muy recientes. Es por ello demasiado pronto para decir si funcionaran y como. De cualquier manera es cierto que entre todas estas oficinas se realizará un vertiginoso y gigantesco intercambio de datos personales, provenientes de fuentes públicas y privadas.

---

[18] El Consejo General para la lucha contra el crimen organizado, es el órgano supremo de coordinación de las policías: lo preside el ministro del interior y está compuesto por los comandantes de las tres policías, por el «Alto Commisario Antimafia» y por los directores de los dos servicios secretos (art. 1, 1991/410).

[19] Gaetano Nanula, *La lotta alla mafia. Strumenti giuridici, strutture di coordinamento, legislazione vigente*, Guiffré, Milano, 1992, pág. 150.

7. El drama italiano: las infiltraciones y la «omertà»

La lucha que contra el crimen organizado dirige el Estado de derecho se ve gravada por un doble handicap. Por un lado debe respetar las normas del estado de derecho, concediendo las mismas garantías a todos los ciudadanos (es el «garantismo» tan discutido entre juristas y políticos en los últimos decenios)[20]. Por otro, la corrupción ha introducido en el mismo aparato a los enemigos del Estado de derecho. Estos últimos no sólo provocan fugas de noticias en beneficio de los hampones, no sólo actúan como agentes provocadores, sino que contribuyen a reforzar el clima de «omertà» que hace posible que prospere el crimen organizado.

No es una casualidad que la palabra «omertà» no exista en un idioma distinto al italiano. Ésta indica el silencio que, por un mal entendido código de honor, cubre cada delito también por parte de quien no es mafioso. «Omertà» significa que una persona puede ser asesinada a pistoletazos a la salida de la misa mayor en la plaza de un pueblo, sin que la policía consiga encontrar un sólo testigo que haya visto alguien u oído algo.

La «omertà» nace en primer lugar de aquella «fuerza de intimidación» que caracteriza las asociaciones mafiosas, como acertadamente ha definido la ley italiana. Pero nace también del aparato estatal corrupto: esta corrupción completa el círculo de soledad y de aislamiento que rodea al ciudadano honesto en los territorios de la mafia. De hecho, aunque quisiera atestiguar en contra de un crimen, al traspasar los umbrales de un tribunal o de un puesto de policía le vendría una duda desgraciadamente no infundada: cuando yo haya hecho mi declaración, ¿a quién llamará el juez o el funcionario de la policía judicial? ¿Iniciará las investigaciones o me venderá a la organización criminal que he denunciado?

Al silencio nacido de la intimidación se añade así el silencio nacido de la ausencia del Estado.

En la lucha contra el crimen organizado, por consiguiente, la complejidad financiera de los delitos se suma al desempeño de la actividad de la sociedad en los territorios de la mafia. Así los instrumentos fundamentales en la lucha son, de un lado, los pocos «arrepentidos» y, de otro, la posibilidad de probar sus afirmaciones mediante verificaciones objetivas, que siempre muy frecuentemente pueden ser suministradas por el análisis de los datos contenidos en los bancos de datos de los entes públicos y privados.

El problema de Italia frente a estos bancos de datos personales es

---

[20] Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1989, 1.034 págs.

uno solo: hoy no es posible ningún control ni intervención del ciudadano sobre los propios datos.

a) Los políticos y «el voto de intercambio»

El poder del crimen organizado sobre el territorio se manifiesta también en el control del voto político. En la actualidad existen áreas italianas en las cuales la mafia ha hecho elegir a sus hombres también para cargos de nivel nacional, o han condicionado la carrera política de personas que, tras las elecciones, están obligadas a saldar las deudas con quien les ha proporcionado los votos.

Uno de los modos para saldar esta deuda de reconocimiento es, por ejemplo, la adjudicación de contratas de obras públicas.

En los últimos años, cuanto más se atenuaba el poder de la clase política en el gobierno desde casi medio siglo, tanto más las organizaciones criminales aumentaban el precio para los propios apoyos políticos. El análisis de esta desastrosa situación (proporcionada por un magistrado de Palmi, en Calabria) convierte en superfluo cualquier otro comentario en esta sede».

b) La magistratura y los procesos de favor

El hecho de que la sociedad civil y la magistratura de Milán hayan tenido la fuerza de afrontar la plaga de la corrupción política difundida con la investigación «Mani pulite» no debe hacer pensar que esta sociedad y esta magistratura hayan conseguido permanecer al margen del sistema de poder corrupto. Como en toda Italia, honestos y corruptos vivían codo con codo; ni los buenos estaban solamente al Norte ni los malos sólo al Sur, como inicialmente simplificaba la Liga Lombarda. Por ejemplo, el juez Antonio di Pietro, mítica figura de moralizador milanés, es originario de Italia meridional.

A medida que los italianos se daban cuenta de que el viejo poder político no estaba ya en posición de ofrecer protecciones y connivencias y que simétricamente, existían partes del aparato del Estado que cumplían el propio deber y con las cuales consecuentemente las confesiones no constituían un suicidio, se fue descubriendo también la caja de Pandora de la magistratura corrupta. El crimen organizado gozaba también aquí de potentes protecciones, siempre supuestas y nunca documentadas.

Desde el inicio fue alejado el juez de la Corte de Casación Carnevale, a quien venían confiadas las causas mafiosas. Era conocido como el «matasentencias», porque a menudo conseguía anular por motivos formales sentencias gravísimas que ya habían superado los dos primeros grados de juicio. A continuación se descubrió que Diego Curtò -el presidente interino del mismo tribunal de Milán donde actúa el pool «Mani pulite»- estaba involucrado en una historia de comisiones ilegales. Finalmente acabó siendo sometido a investigación también el presidente de la sección para las quiebras del mismo tribunal.

En fin, las declaraciones de los arrepentidos de la mafia obligaron a abrir investigaciones sobre varios jueces sicilianos, ya muy «comentados» con anterioridad a estas investigaciones formales.

Tanto los honestos como los corruptos han suministrado los datos personales que, en el curso de varias investigaciones, han acabado en los bancos de datos de la magistratura. Sobre ellos se trabaja en las posteriores investigaciones y se predisponen también los amplios controles permitidos por las leyes antimafia. Como es fácil imaginar, hay espacios enormes para los errores, para las provocaciones y para las trampas entre facciones adversarias de jueces, mientras que se reducen al mínimo las garantías para el control del ciudadano sobre los actos que lo afectan.

c) Los servicios secretos y el crimen organizado: intercambios de cortesías

Una de las grandes incógnitas de la vida política italiana de los últimos decenios son los servicios secretos. Reformados más veces en el último cuarto de siglo, siguen estando en el centro de cada hecho político grave no esclarecido. Lo que parece cierto es que estos servicios se han servido frecuentemente de la mafia o de otras organizaciones criminales no sólo como confidentes, sino también como ejecutores materiales de atentados.

Esta colaboración es particularmente inquietante porque los servicios de información participan directamente en la actividad de represión del crimen organizado.

d) La masonería como clearing house

Las logias «cubiertas» de la masonería italiana han sido los lugares en los que a menudo se reunían los poderes públicos y privados que, por ley, debían estar separados (por ejemplo, políticos, empresarios,

magistrados, militares), o personas con las que institucionalmente estaría prohibido tener cualquier contacto directo (políticos y mafiosos, jueces y sospechosos).

Cuando se hizo pública la existencia de estas logias cubiertas, en el interior de la masonería estalló una violenta polémica entre los partidarios del tradicional secreto y quien, por el contrario, quería hacer públicas las listas de los inscritos, separando el papel de la institución masónica de las eventuales desviaciones de grupos individuales de inscritos. La dureza de este encuentro llevó a un hecho sin precedentes: la escisión de la masonería italiana en dos troncos.

8. Bancos de datos personales y manipulación de las pruebas

Es ahora incluso demasiado fácil sacar las consecuencias de cuanto se ha dicho. La lucha contra el crimen organizado debe siempre valerse de bancos de datos, a los que confluyen informaciones provenientes de un mundo político, judicial y policial fuertemente contaminado. A diferencia de sus partners europeos, el ciudadano italiano no dispone de ningún medio jurídico para saber cuáles son los propios datos y, eventualmente, para pedir la corrección o la cancelación.

DE LA MALDAD EUROPEA Y LA SOBERANÍA POPULAR

Hace algunos años, tuve ocasión de participar en la polémica que suscitó el libro de Elías Díaz *De la maldad estatal y la soberanía popular*[1]. Los problemas que entonces se discutieron en el marco del Estado, deben ser planteados hoy día también a nivel europeo. En este trabajo se pretende proseguir aquélla discusión, suscitando el interrogante acerca de quién detenta el poder constituyente -entendido como faceta de la soberanía-, en el proceso de construcción europea.

1. Soberanía y poder constituyente

Concepto de soberanía

Entenderemos aquí por «soberanía» una potestad que, desde el punto de vista jurídico, aparece como una facultad incondicionada de decisión reflexiva.

Carácter incondicionado de la decisión soberana.

Ya Hegel reconoció la existencia de un componente decisionista en el ejercicio de todas las funciones estatales, idea que, luego, sería recogida por Schmitt. Ese componente decisionista es descrito por Hegel como un momento de autodeterminación absoluta de la voluntad[2]. Es

[1] Díaz, Elías, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid, Debate. 1984.

[2] Cfr. § 275 de su *Filosofía del Derecho*.

decir, se trata de aquel momento en que quien resuelve elige entre unas alternativas que pueden aparecer igualmente fundadas, eliminando así la incertidumbre[3]. Este componente decisionista o de autodeterminación absoluta de la voluntad puede descubrirse por ejemplo en la resolución de un caso concreto en base a una ley, en la decisión acerca de la constitucionalidad de una ley o en las decisiones gubernamentales.

Ahora bien, no todos los órganos que «deciden» en este sentido son soberanos, pues pueden estar sujetos a controles ulteriores. En realidad, sólo son soberanos los órganos que «deciden» y no tienen que responder ante ningún otro órgano de su decisión. Éste es el sentido que Bodin atribuía al carácter «absoluto» de la soberanía: el soberano no tiene que responder jurídicamente de sus decisiones ante ninguna otra instancia, externa o interna[4]. La capacidad de violar el derecho sería una característica de los órganos soberanos que, para Bodin, constituiría un rasgo derivado del carácter absoluto de la soberanía[5]. El carácter incondicionado de la decisión soberana pone de manifiesto, pues, que el poder del Estado es, en última instancia, jurídicamente incontrolable, incluso en el caso del Estado de Derecho.

Carácter reflexivo de la soberanía: la soberanía como competencia de competencias

El carácter reflexivo de esa facultad de decisión incondicionada que es la soberanía consiste en que la soberanía puede entenderse como una competencia de competencias. Una referencia a este rasgo de la soberanía se encuentra ya en una afirmación colateral del *Contrato social* de Rousseau. Rousseau pone de manifiesto que no

---

[3] Cfr. § 279 de su *Filosofía del Derecho*. El momento de la decisión se encuentra más allá de las razones. En el dominio de las razones se pueden contraponer unas a otras. La decisión rompe o quiebra la ponderación entre unas razones y otras con un «yo quiero». (Véase al respecto Bourgeois, Bernard: «El príncipe hegeliano» (1979), ahora en AA.VV.: *Estudios sobre la Filosofía del Derecho de Hegel*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 289-317, págs. 310-11).

[4] El príncipe soberano está obligado a dar cuenta sólo a Dios (Véase Bodin, Jean: *Los Seis Libros de la República*, (Sel. trad. y estudio preliminar de Pedro Bravo Sala), Madrid, Tecnos, 1992, 2.ª ed., pág. 49 y pág. 60. Véase también Franklin, Julian H.: «Introduction» a Bodin, Jean: *On Sovereignty*, Cambridge Univ. Press, 1992, págs. IX-XXVI, págs. XXII y XXIII.

[5] El príncipe absoluto puede derogar, cambiar, establecer excepciones o violar las leyes, porque éstas dependen exclusivamente de su voluntad (Véase Bodin, Jean: *Los Seis Libros de la República*, págs. 52-3 y 63). Por el contrario, para Schmitt, la capacidad de violar el derecho constituiría el rasgo esencial de la soberanía (Véase Schmitt, Carl: *Teología Política*, en ID.: *Escritos Políticos*, trad. cast. de Francisco Javier Conde, págs. 33-108, pág. 40).

existe una delimitación clara y objetiva entre lo que sea público y lo que sea privado. Es decir, no puede establecerse una distinción neta entre lo que sea materia propia de decisión del individuo y lo que sea materia de decisión de la voluntad general. De ello se desprende, desde el punto de vista de Rousseau, que el soberano no sólo decide incondicionadamente, sino que puede decidir acerca de qué decide[6].

El poder constituyente

Históricamente el surgimiento del concepto de soberanía aparece ligado al proceso de formación de las monarquías absolutas. Cuando, en una segunda fase, la soberanía se atribuye al pueblo, éste aparece como el titular último de la misma y el Estado como la instancia que ejerce la soberanía por delegación[7]. Este cambio del sujeto de la soberanía conlleva, pues, un cambio de su ejercicio.

El primer momento en que se elabora este cambio desde un punto de vista jurídico se encuentra en los trabajos de los primeros constitucionalistas franceses y, en particular, de Sieyés. Estos autores identificaron y delimitaron el poder constituyente como faceta de la soberanía. El poder constituyente reúne las características del poder soberano pues es incondicionado (el titular del poder constituyente no responde jurídicamente ante ninguna otra instancia) y reflexivo (el poder constituyente decide acerca de qué cuestiones debe tratar la constitución). Para los primeros constitucionalistas franceses, el poder constituyente es el núcleo del poder soberano, en la medida en que identifican la creación de la Constitución con el contrato social.

La titularidad de esta faceta de la soberanía la atribuyeron directamente al pueblo. Por ello, el poder constituyente tenía carácter intransferible: el pueblo no puede renunciar a la titularidad de este poder[8]. El poder constituyente puede, sí, ser delegado en representantes elegidos por el pueblo, pero dichos representantes deben haber sido dotados de un mandato específico para dar la Constitución[9].

---

[6] «[...] lo que cada uno enajena por el pacto social es sólo la parte de su poder, de sus bienes, de su libertad cuyo uso importa a la comunidad; pero hay que convenir también que únicamente el soberano puede juzgar acerca de esta importancia» (Rousseau, J. J., *Du Contrat Social*, Paris, Garnier, 1975, pág. 253).

[7] Capella, J. R., «Una visita al concepto de soberanía», en ID.: *Los ciudadanos siervos*, Madrid, Trotta, 1993, págs. 117-134, pág. 123.

[8] Sieyés, E, *Fundamentos del Estado* (1794), en *Escritos y Discursos de la Revolución*, trad. de Ramón Maíz, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, págs. 234-244, pág. 241.

[9] Sieyés, *Proemio a la Constitución* (1789), en *Escritos y Discursos de la Revolución*, págs. 83-108, pág. 90.

Precisamente, el problema que se plantea en torno a la titularidad del poder constituyente en el proceso de construcción europea es si ha tenido lugar una transferencia de dicho poder constituyente desde los pueblos a los parlamentos de los Estados miembros o, incluso, a los órganos europeos.

2. El tratado de Maastricht y el poder constituyente europeo

Desde un punto de vista material, el poder constituyente consiste en la facultad de adoptar las decisiones políticas fundamentales. En particular, las decisiones acerca de la titularidad del ejercicio de las facultades soberanas, acerca de la forma de Estado y acerca de los derechos fundamentales.

Como he tenido ocasión de argumentar en otro trabajo[10], en el caso de la construcción europea se han adoptado o modificado decisiones políticas fundamentales de manera informal; o de manera formal, pero sin participación del titular del poder constituyente. En particular, la violación de los principios del Estado de Derecho por parte del «orden constitucional» europeo no sólo representa un déficit democrático de las instituciones europeas, sino que tiene un impacto en los ordenamientos constitucionales que altera determinados elementos de los mismos (supeditación del poder ejecutivo al legislativo, supeditación del poder judicial al legislativo, etc.)[11].

Además de las mutaciones que han tenido lugar como consecuencia del impacto del funcionamiento institucional europeo, se han verificado también modificaciones informales de las constituciones de los Estados miembros como consecuencia de la atribución de potestades soberanas a los órganos europeos por medio de las cláusulas de escape[12].

El Tratado de la Unión Europea y la reforma constitucional alemana

El problema de la mutación y de la pérdida de contenido de las constituciones estatales en favor de los organismos europeos se ha agudizado con la firma en Maastricht del Tratado de la Unión Europea.

---

[10] Estévez Araujo, José A., «El problema de la unidad europea y de los Estados nacionales», en *Mientras tanto*, 57, 1994. págs. 35-48.

[11] Véase también Muñoz Machado, Santiago, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Madrid, Alianza, 1993, esp. págs. 42-50.

[12] Por ejemplo el art. 93 de la Constitución española, en virtud del cual por medio de ley orgánica pueden ratificarse tratados internacionales que impliquen transferencias de competencias derivadas de la Constitución.

Por el Tratado de la Unión las partes contratantes constituyen una «Unión Europea»Art. A, párr. 1 TUE) que tiene los siguientes objetivos: crear un espacio económico y social sin fronteras interiores; crear una unión económica y monetaria, con una moneda común a largo plazo; afirmar su identidad internacional con una política exterior y de seguridad común; crear una ciudadanía europea; una cooperación estrecha en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior; mantener y desarrollar el acervo comunitario (Art. B TUE).

La Unión se configura sobre tres «pilares» que son las tres Comunidades (CEE -ahora CE-; CECA y EURATOM), la cooperación en el ámbito de la política exterior y de seguridad común y la cooperación en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior (Art. A, párr. 3 TUE). La Unión hereda el «organigrama» de las Comunidades europeas (Consejo, Comisión y Parlamento) con el añadido del Consejo Europeo. El art. F párr. 3 del TUE prevé que la Unión pueda dotarse de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y llevar a cabo sus políticas. Por último el TUE transforma la Comunidad Económica Europea en la Comunidad Europea (Art. G), dotándola de más competencias y funciones.

La Unión Económica y Monetaria (UEM) constituye el aspecto central de los acuerdos de Maastricht. Esta Unión supone una política económica común de los Estados que se basa en una serie de principios entre los que destaca la defensa de una economía «de mercado y libre competencia» (art. 102 A del tratado CE). El objetivo «primordial» de la política económica común es «mantener la estabilidad de los precios» (art. 3 A del Tratado CE). La culminación de la Unión Económica y Monetaria vendrá dada por la creación de una moneda única, un Banco Central Europeo y de un Sistema Europeo de Bancos Centrales.

La actitud de los Estados europeos acerca del impacto que los acuerdos de Maastricht tienen sobre sus respectivos ordenamientos constitucionales ha sido diversa. En el caso español se minimizó este impacto y se consideró que la cláusula de escape era suficiente para cubrir las transferencias que se deberían realizar en virtud del TUE. En cambio, en Francia y Alemania se consideró necesario hacer una reforma de la Constitución que permitiera integrar el TUE en el ordenamiento constitucional.

En concreto, como consecuencia de la reforma constitucional alemana, el nuevo art. 23.1 de la Ley Fundamental señala que con el fin de contribuir a la creación de una Europa unida, la República Federal Alemana participa en el desarrollo de la Unión Europea. Este artículo vincula la Unión Europea al principio del Estado social y democrático de Derecho, al principio federal, al principio de subsidiariedad y a una protección de los derechos fundamentales similar a

la existente en la RFA. En este artículo se reconoce, asimismo, la facultad de atribuir por Ley, con el acuerdo del *Bundesrat*, el ejercicio de derechos de soberanía con este fin. Se ha considerado, pues, necesario reconocer una facultad específica de atribuir facultades soberanas para contribuir al desarrollo de la Unión Europea, diferente de la habilitación genérica para atribuir por Ley simple el ejercicio de derechos de soberanía a instituciones interestatales contenida en el art. 24. 1.

Por su parte, en el art. 23.3 se obliga al Gobierno a consultar al *Bundestag* respecto al proceso de normación europea y a tener en cuenta sus pronunciamientos en las negociaciones. Por último, el art. 88 permite atribuir las competencias del Bundesbank al Banco Central Europeo, el cual debe ser independiente y perseguir como objetivo primordial la estabilidad de los precios[13].

Recursos ante el Tribunal Constitucional Alemán contra la ratificación del Tratado de Maastricht

Contra esta ley de reforma de la Ley Fundamental de 21 de diciembre de 1992 y contra la Ley de 28 de diciembre de 1992 de ratificación del Tratado de la Unión Europea se interpusieron dos recursos ante el Tribunal Constitucional Alemán. Estos recursos seguían básicamente dos líneas de argumentación: una referida al déficit democrático de los órganos europeos, la otra referida a la transferencia de soberanía a los órganos europeos vía Parlamento[14].

El déficit democrático de la Comunidad -y, por tanto, de la Unión- deriva de que el verdadero legislador es el Consejo -es decir, los gobiernos-, teniendo el Parlamento un papel esencialmente consultivo. En los recursos se considera que este déficit vulnera el art. 38.1 de la Ley Fundamental[15]. En este artículo se reconoce el derecho a la participación política. Y en los recursos, se argumenta que el contenido esencial de este derecho consiste en la participación en la elección del verdadero órgano legislativo. Este contenido esencial resulta vulnerado porque los ciudadanos alemanes no eligen

[13] Sobre la reforma constitucional alemana v. Bacigalupo, Mariano: «El impacto del Tratado de la Unión Europea en la reforma constitucional alemana de 21 de diciembre de 1992», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 39, 1993, págs. 161-92.

[14] La sentencia que resolvió estos recursos ha sido publicada en *NJW*, 1993, 47, págs. 3.047-3.058. Los argumentos de los recurrentes se entresacan de dicha publicación.

[15] Art. 38. 1: «Los diputados del Parlamento Federal Alemán son elegidos por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto [...]».

directamente al órgano legislativo europeo, sino que el legislador europeo tiene únicamente la legitimación democrática indirecta que corresponde a los gobiernos de los Estados miembros.

En los recursos se considera también vulnerado el principio democrático, componente fundamental e intangible del ordenamiento constitucional alemán, de acuerdo con el art. 79.3 de la Ley Fundamental.

Por lo que se refiere a la transferencia de la soberanía a la Unión, los recurrentes señalan que, antes de la firma del Tratado, el 80% de la legislación económica y el 50% de la totalidad de las leyes alemanas venían determinadas por el derecho comunitario. El volumen e incidencia de la normativa europea resultaría aún mayor como consecuencia del Tratado de la Unión, por lo que se sustraerían más materias a la decisión del *Bundestag*. Este hecho se valora como una ampliación de los poderes y competencias de la Unión a todas las materias determinantes para la configuración de un Estado. Al asumir la facultad de transferir competencias soberanas en este grado, el parlamento alemán estaría pretendiendo ejercer potestades propias del poder constituyente. Por consiguiente, las leyes deberían haber sido sometidas a la aprobación del pueblo como titular del poder constituyente.

En los recursos se considera incluso que el art. F párr. 3 del Tratado atribuye a la Unión una «competencia de competencias»[16], lo cual supondría un vaciamiento del contenido de las atribuciones del *Bundestag*. Pues en virtud de este artículo, la Unión Europea podría acrecentar *motu propio* sus competencias sustrayéndoselas a los Estados. De ser correcta esta interpretación, se habría llevado a cabo una transferencia del poder constituyente no a los parlamentos estatales, sino a los órganos europeos.

Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 12-10-93

La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán no admitió uno de los recursos y desestimó el otro en base a una serie de argumentos que podemos clasificar en dos apartados: los referidos al problema de la soberanía y los referidos al problema de la democracia.

El problema de la soberanía

En la sentencia se subraya el hecho de que el Tratado de la Unión no constituye un Estado europeo. El Tratado configura una Unión

[16] Se trata del artículo ya mencionado en el que se señala que la Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y llevar acabo sus políticas.

Europea de Estados. Se refiere a la participación de Alemania en instancias supranacionales y no a su integración en un Estado europeo. El Tratado reconoce, además, la identidad nacional de los Estados miembros[17].

Por otro lado, la Sentencia señala que las competencias decisorias del *Bundestag* no quedan vaciadas de contenido: el art. F apdo. 3 del Tratado no atribuye a la Unión Europea una competencia de competencias. De acuerdo con el Tribunal Constitucional Alemán, este artículo no autoriza a la Unión Europea a dotarse *motu propio* de medios de actuación. Simplemente expresa la voluntad programática de los Estados de dotar a la Unión de los medios suficientes según las exigencias y de acuerdo con los procedimientos establecidos en cada caso[18].

Así pues, de acuerdo con el Tribunal, la firma del Tratado de la Unión no supone una pérdida de la sustancia estatal de Alemania ni una atribución del poder constituyente a los órganos europeos.

El problema de la democracia

En lo que se refiere al problema de la democracia, el Tribunal interpreta el artículo 38.1 de la Ley Fundamental en el sentido de que se reconoce a todo ciudadano alemán con derecho al voto el derecho subjetivo a participar en la elección de los diputados del *Bundestag*. Este artículo, así interpretado, impondría al nuevo art. 23 de la Ley Fundamental el límite de que la participación ciudadana en el ejercicio de los poderes soberanos no debe vaciarse de contenido por medio de transferencias de competencias propias del *Bundestag* a las instancias europeas[19].

A la inversa, el Tribunal Constitucional identifica el contenido esencial del principio democrático con dos exigencias: la exigencia de que el ejercicio de las competencias estatales pueda «atribuirse» (*zurückführen*) al pueblo, y la exigencia de que pueda hacerse responsable a quien ejerce esas competencias ante el pueblo[20].

De acuerdo con el Tribunal, el derecho de participación y el principio democrático no habrían sido vulnerados puesto que, como ya se ha señalado, las competencias del *Bundestag* no habrían resultado vaciadas de contenido.

El Tribunal Constitucional alemán considera suficiente el grado

---

[17] Véase *NJW*, 1993, 47, pág. 3.050.
[18] Véase *NJW*, 1993, 47, pág. 3.053.
[19] Véase *NJW*, 1993, 47, pág. 3.048.
[20] Véase *NJW*, 1993, 47, pág. 3.050.

de legitimación de la Unión Europea. Esta legitimación se obtendría, por un lado, a través del propio Parlamento europeo. Pero, sobre todo, se obtendría a través del «acoplamiento» (*Rückkoppelung*) de la actuación europea con los parlamentos de los Estados miembros[21]. Y la reforma constitucional alemana garantizaría la necesaria influencia del *Bundestag* en las decisiones europeas[22].

No obstante, el alto Tribunal señala que si se diera una preponderancia de competencias y facultades en manos de la Unión, sería insuficiente la legitimación a través de los parlamentos de los Estados miembros. Parece, pues, que desde el punto de vista del Tribunal con Maastricht no se ha concentrado un volumen de competencias en manos de los órganos europeos lo suficientemente grande como para cuestionar la legitimación democrática de la Unión.

Se añade, por último, en la Sentencia -de una forma totalmente dogmática- que resulta más aceptable en el caso de la Unión europea que el poder de dictar normas legislativas esté en manos de órganos ejecutivos de lo que resultaría en el caso de los Estados miembros[23].

Necesidad de un proceso constituyente europeo

El Tribunal presenta, pues, una visión más desleída que los recurrentes de las exigencias democráticas de la Constitución alemana. No se trata de que los ciudadanos pueda participar en la elección del verdadero órgano legislativo. Únicamente se exige que de alguna manera, directa o indirecta, se pueda «atribuir» a los ciudadanos el ejercicio de facultades estatales como la legislación y que se pueda considerar de algún modo responsables a quienes ejercen dichas funciones frente a ellos.

Por lo que respecta al problema de si el volumen de competencias que pueden asumir los órganos europeos en virtud del TUE es o no excesivo para el grado de legitimación actual, habría que señalar que el Tribunal Constitucional parece minimizar la importancia y contenido de las transferencias que se pueden realizar en virtud del Tratado. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la parte esencial del Tratado se refiere a la Unión Económica y Monetaria, que debe culminar en la emisión de una moneda única. La emisión de esta moneda no dependerá de decisiones políticas, sino de un comité de expertos que actuará de acuerdo con determinados automatismos.

---

[21] Véase *NJW*, 1993, 47, pág. 3.051.

[22] Véase *NJW*, 1993, 47, págs. 3.052-53.

[23] Véase *NJW*, 1993, 47, pág. 3.052.

Todos los gobiernos perderán la posibilidad de emitir moneda. Perderán la posibilidad de revisar la paridad de su moneda con otras divisas y verán estrechadas sus facultades en materia de política fiscal[24]. Estas atribuciones parecen, pues, lo suficientemente importantes como para considerar que afectan al núcleo esencial del ejercicio de la soberanía estatal.

A diferencia de lo que sostiene el Tribunal Constitucional Alemán, aquí se defiende la tesis de que facultar a los parlamentos europeos a transferir competencias soberanas de esta índole a los órganos europeos constituye una traslación ilegítima del poder constituyente. De acuerdo con la tradición de pensamiento democrático, el titular del poder constituyente es el pueblo y este poder no es transferible, sino únicamente delegable por medio de un mandato específico para dar la constitución. Por ello, se defiende la exigencia de que se abra un proceso constituyente europeo de carácter explícito en el que los ciudadanos europeos puedan debatir y decidir acerca de sus instituciones y sus derechos.

3. El pueblo europeo y el bien común

El sujeto titular del poder constituyente

El problema que plantea la exigencia de la apertura de un proceso constituyente europeo es el del sujeto titular del poder constituyente: ¿son los diferentes pueblos europeos o el «pueblo europeo»? La inclinación por la segunda de las opciones se fundamenta en la necesidad de que exista un sujeto político europeo que sea capaz de abordar los problemas sociales y económicos que hoy día tienen, inevitablemente, una dimensión supraestatal.

De acuerdo con una de las concepciones más optimistas acerca de la posibilidad de configurar una ciudadanía europea -la de Habermas-, esta ciudadanía no exigiría una base nacional, sino únicamente una cultura política común. Pero, según el propio Habermas, esta ciudadanía precisaría ser activada por un «trasfondo de motivos favorables» de un ciudadano «orientado al bien común»[25]. Y es ahí donde reside el principal problema en el caso europeo, pues como ya señaló Rousseau para que sea posible la voluntad general es necesario que los intereses particulares tengan algo en común: «sustraed [de las voluntades particulares] lo más y

[24] Montes, Pedro, *La integración europea*, Madrid, Trotta, 1993, pág. 149.

[25] Habermas, J., «Ciudadanía e identidad nacional. Consideraciones sobre el futuro europeo», en *Debats*, 39, 1992, págs. 12-18, págs. 14-16.

lo menos que se destruyen entre ellos. Queda, por suma de las diferencias, la voluntad general»[26]. Los intereses no deben ser, pues, absolutamente antagónicos como ocurriría -dice Rousseau- «si algunos tuvieran mucho y otros nada»[27]. O -podríamos decir nosotros- como ocurriría si el proceso que se generara hiciera más ricos a los que más tuvieran y más pobres a los que menos. Pero ése es precisamente el tipo de proceso que ha puesto en marcha la construcción europea a partir del Acta Única y de la creación de un mercado único.

El mercado único europeo

El objetivo del Acta Única fue la creación de un mercado único europeo de carácter homogéneo. Este objetivo exigía la eliminación de las barreras técnicas, físicas y fiscales al comercio entre los Estados. Era necesario, por tanto, entre otras cosas, llevar a cabo una homogeneización de la legislación interna de los Estados en lo relativo a las exigencias técnicas a que eran sometidos determinados productos (electrodomésticos, material de transporte, aparatos electrónicos, etc.). De este modo, se podrían fabricar los mismos productos para todo el mercado europeo[28].

La puesta en práctica del Acta Única dio lugar a una internacionalización de la economía de los Estados europeos, que se puso de manifiesto en un gran incremento del comercio comunitario y en el aumento de las fusiones y absorciones de empresas[29]. Supuso, asimismo, una revisión del papel del Estado en la economía y, en particular, de los mecanismos de intervención, regulación y control del mercado.

La implantación de un mercado único se realizó partiendo de realidades económicas muy diversas. Los puntos de partida de los países eran muy distintos en lo relativo a niveles de renta y riqueza, niveles salariales, dotaciones de infraestructuras, etc. También eran diversos los puntos de partida de las distintas regiones europeas en esos mismos aspectos. El proceso que se puso en marcha con la implantación del mercado único tendió a agudizar esas diferencias y a generar una dinámica de competencia entre Estados,

---

[26] Rousseau, J. J., *Du Contrat Social*, pág. 252.

[27] Rousseau, J. J., *Du Contrat Social*, pág. 249 nota 1.

[28] Montes, Pedro, *La integración europea*, pág. 121.

[29] Montes, Pedro, *La integración europea*, pág. 121 y *Commission des Communautés Européennes: Croissance, Competitivité, Emploi. Les défis et les pistes pour entrer dans le XXI siècle (Livre Blanc)*, publicado en el suplemento 6/93 del Bulletin des Communautées Européennes, pág, 72.

regiones, empresas y trabajadores para obtener mejores posiciones[30].

En particular, el caso español

Esta agudización de las diferencias se ve claro por medio del análisis de las consecuencias que ha tenido para España la integración en la CEE. El aparato productivo español se ha mostrado incapaz para hacer frente a la competencia exterior y ello ha generado en la industria y también en la agricultura un proceso de desmantelamiento, reconversión y destrucción de puestos de trabajo. Esta incapacidad ha dado lugar, también, a un enorme déficit en la balanza de pagos. Ha tenido lugar, asimismo, una importante penetración de capital extranjero que o bien ha realizado operaciones especulativas, o bien se ha centrado en la adquisición de empresas españolas con el fin de eliminar la competencia y adueñarse de las redes de distribución[31].

El Gobierno ha seguido una política de tipos de interés altos para atraer capitales extranjeros, lo que ha dado lugar a una sobre-cotización de la peseta, a un aumento de los costes financieros de las empresas y a un incremento de la deuda pública. Durante el quinquenio 1985-90 tuvo lugar una redistribución de la renta en favor de los beneficios, se extendió el empleo precario, disminuyó el gasto público destinado a servicios sociales y se impuso una política fiscal regresiva[32].

Los derechos de los trabajadores han experimentado un retroceso como consecuencia de la desregulación del mercado de trabajo, que disminuye la capacidad negociadora del conjunto de los trabajadores en general y de los trabajadores precarios en particular. El concepto de «Estado del Bienestar» ha experimentado una revisión de modo que «la aspiración de un Estado del Bienestar cuanto más desarrollado mejor debía dejar paso a un Estado del bienestar básico que cubriera las necesidades sociales al nivel mínimo imprescindible para garantizar la estabilidad social»[33].

Por último «mientras el resto de los países asumía la complejidad y las dificultades de la integración europea, el Gobierno socialista aceleraba el cumplimiento de las condiciones de Maastricht estrangulando la economía, fomentando las desigualdades sociales, desmantelando

---

[30] Cfr. Albarracín, Jesús y Montes, Pedro: «El sueño liberal engendra monstruos. La Europa de Maastricht y la convergencia española» en AA. VV.: *La izquierda y Europa*, Madrid, IU-La Catarata, 1922, págs. 50-108, págs. 60, 70 y 80-1.

[31] Montes, Pedro, *La integración europea*, págs. 161-64.

[32] Montes, Pedro, *La integración europea*, págs. 162-63.

[33] Montes, Pedro, *La integración europea*, pág. 182.

el esquelético Estado del Bienestar y destruyendo los derechos y conquistas de los trabajadores. El sueño de Europa bien valía estos sacrificios»[34].

La situación presente

El Sistema Monetario Europeo y la Moneda Única

El objetivo de implantar una moneda única estableciendo, primero, un sistema de cambios fijo entre las monedas europeas ha mostrado ya ser inviable. Un tipo de cambios fijo genera desequilibrios en las balanzas de pagos de los países menos competitivos, lo que delata que la relación de intercambio entre los países afectados y los demás países no es de equilibrio. El déficit de la balanza de pagos mina la confianza en la moneda y genera movimientos especulativos. Estas operaciones de acoso no pueden ser contrarrestadas por los mecanismos del Sistema Monetario Europeo (intervención de los Bancos Centrales), dado el volumen de capital que interviene en las mismas[35].

La opción por la devaluación de la moneda para mejorar la competitividad significa que habrá que entregar una parte mayor de la producción para obtener a cambio los mismos productos (es decir, un deterioro de la relación de intercambio). Pero, de ese modo, se puede conseguir vender productos que no encontrarían compradores a los precios actuales. Sin embargo, en el momento en que se implantara una moneda única se perdería la capacidad de modificar el tipo de cambio. Se mantendrían y aumentarían las diferencias entre países ricos y pobres: las zonas menos competitivas tenderían a empobrecerse, «cada vez tendrán menos bienes que producir y, por consiguiente, cada vez menos que comprar»[36].

La globalización de la economía

Uno de los elementos en los que más pone el acento el «Libro Blanco» para caracterizar la situación actual es el de la globalización

---

[34] Montes, Pedro, *La integración europea*, pág. 185.

[35] Montes, Pedro, *La integración europea*, págs. 136-39.

[36] Montes, Pedro, *La integración europea*, pág. 150. Sin embargo a autores como Tamames el problema más enjundioso que parece plantearles el objetivo de la moneda única es cómo poder utilizar en un billete todos los idiomas de los países de la Comunidad (V. Tamames, Ramón, *La Unión Europea*, Madrid, Alianza, 1994. pág. 316).

de la economía. En la actualidad están desapareciendo los contornos económicos clásicos, Resulta imposible delimitar la industria y su entorno geográfico en porciones distinguibles: las empresas comunitarias producen en territorios de terceros mercados y los competidores de la Comunidad instalan sus filiales en el territorio de ésta. Se llevan a cabo numerosos acuerdos estratégicos entre las grandes empresas multinacionales y se verifica, asimismo, un aumento de la vaguedad de los contornos de los propios sectores industriales[37].

En esta situación de globalización de la economía ha cambiado la estructura del comercio mundial. En la actualidad, tiene un papel central el intercambio de productos semielaborados entre empresas. El desarrollo de las redes informáticas permite una cooperación más flexible entre las empresas. Y para los exportadores es cada vez más importante la reglamentación interna de cada país en materia de fiscalidad, seguridad y protección del consumidor que los derechos de importación[38].

El problema del paro

De acuerdo con el Libro Blanco, el problema del paro en Europa es producto de un crecimiento débil del empleo en relación a la producción. En el período 1970-92, Estados Unidos ha experimentado un crecimiento económico del 70% y un crecimiento del empleo del 49%. Europa ha experimentado en el mismo período un crecimiento económico del 81% y un crecimiento del empleo de sólo el 9% (España ha experimentado un crecimiento económico del 103% y un decrecimiento del empleo del 0'3 %)[39].

De acuerdo con este informe, en Europa se corre el peligro de generar una sociedad dual como consecuencia de que los beneficios del crecimiento de la producción económica han sido fundamentalmente para aquellos trabajadores que han conservado su empleo. Se ha generado una disparidad entre trabajadores fijos a tiempo completo, por un lado, y trabajadores temporales o a tiempo parcial, por otro. Asimismo, se constata una dificultad de acceso al trabajo de determinados sectores de la población (jóvenes, mujeres, trabajadores no cualificados)[40]. Este análisis de una sociedad dual de parados y trabajadores precarios por un lado y trabajadores fijos a tiempo completo, por otro, parece olvidar, sin embargo,

---

[37] *Livre Blanc*, pág. 63.
[38] *Livre Blanc*, pág. 109.
[39] *Livre Blanc*, págs. 130-31.
[40] *Livre Blanc*, págs. 131, 133-34 y 140.

el problema de la distribución de la renta entre salarios y beneficios empresariales.

La creación y explotación del saber como fuente de la riqueza de las naciones

El Libro Blanco subraya en repetidas ocasiones la consideración de que en la actualidad, la creación y explotación del saber es la fuente más importante de la riqueza de las naciones. Este saber se traduce en formación, en capacidad organizativa de las empresas, en investigación y desarrollo y en la aplicación industrial de los frutos de la investigación[41].

Las pequeñas y medianas empresas

En el Libro Blanco se constata un aumento de la mortalidad de las PIMEs. Este hecho es especialmente preocupante por cuanto las PIMEs proporcionan el mayor volumen de empleo en la Comunidad (70'2%). Las PIMEs tienen, además, un gran potencial de creación de empleo, juegan un papel esencial en la dotación del primer empleo y tienen especial capacidad para absorber a los trabajadores más desfavorecidos (jóvenes, mujeres, trabajadores no cualificados)[42].

Las propuestas estratégicas del Libro Blanco

En el Libro Blanco se proponen una serie de medidas estratégicas para hacer frente a los problemas que allí se analizan. Así, frente a la globalización de la economía, el Capítulo VI del libro pretende configurar a la Comunidad como «un partenaire abierto y solidario». Pero la «filosofía» de esta «solidaridad» queda puesta de manifiesto en la siguiente cita: «no es demasiado pronto para orientar el debate hacia las estrategias que mejor permitan a la Comunidad Europea obtener ventajas del mercado mundial de la post-ronda [Uruguay] (beneficios, cuotas de mercado, nuevas inversiones y relaciones de negocios)»[43]. Esa solidaridad consiste, pues, en obtener el mayor beneficio posible.

---

[41] *Livre Blanc*, págs. 64-65.

[42] *Livre Blanc*, pág. 73.

[43] *Livre Blanc*, pág. 113.

«La apertura de los mercados a la libre competencia es uno de los objetivos del Tratado de la Unión Europea. La Unión tiene un gran interés en promover la apertura de los mercados tanto dentro como fuera de la Comunidad». Esta estrategia de eliminar las barreras al «buen funcionamiento» de los mercados parece entrar en contradicción con las propuestas de defensa de las pequeñas y medianas empresas. En particular, porque en el informe se señala que los «puntos fuertes» de las PIMEs residen precisamente en su capacidad de instalarse en ámbitos menos susceptibles a la competencia internacional, en «nichos de mercados». O bien se protegen estos «nichos» para que no aumente la «mortalidad» de las PIMEs, o bien se deja que el capitalismo funcione «a su aire», con lo que las PIMEs estarán cada vez más en peligro de extinción.

En cuanto al problema del empleo las propuestas del Libro Blanco siguen la filosofía del trabajar menos para trabajar todos. En ese sentido, se señalan los éxitos obtenidos en los Países Bajos y en Dinamarca como consecuencia de la reducción de la jornada semanal (33 horas en los Países Bajos y 35 horas en Dinamarca). El volumen total de horas trabajadas ha aumentado un 2% en Dinamarca, pero el número total de personas empleadas ha aumentado un 8%. Ha tenido lugar paralelamente un incremento notable de la proporción de personas que trabajan a tiempo parcial. En los Países Bajos, el aumento del empleo en un 30% parece atribuible en más de la mitad a la reducción de la jornada de trabajo[46].

No obstante, la propuesta de trabajar menos para trabajar todos tal como aparece desarrollada en el informe no cuestiona la libertad de inversión de las empresas, que es uno de los elementos de la libertad de empresa que tiene que quedar necesariamente afectado para poder asegurar que la reducción de jornada se traduzca en creación de nuevos empleos[47].

En el informe no se considera una buena táctica la de reducir la protección social en Europa, sino que se defiende una política de

[44] *Livre Blanc*, pág. 73.

[45] *Livre Blanc*, pág. 131

[46] *Livre Blanc*, pág. 110.

[47]En el marco de la polémica que suscitó en su día la propuesta de Lafontaine, Von Oertzen señaló que la capacidad de obligar a las empresas a contratar nuevos trabajadores (a cambio de las reducciones de jornada con reducción de salario) implica un ataque central contra el núcleo de la libertad de empresa: la política de personal, la política de reparto de beneficios y la política de inversiones deberían poder ser sometidas a control para poder hacer efectiva la transformación de la solidaridad en puestos de trabajo (Von Oertzen: «Antikapitalistische Haltung kann das Programm nicht ersetzen», en La Fontaine, O. y otros, *Das Lied vom Teilen*, Hoffmann und Campe, 1989, págs. 158-76, págs. 169-70.

mantener esa protección social y, a la vez, no ignorarla en otras partes, intentando fomentar la legislación social en los países competidores[48]. No obstante esta propuesta parece estar en contradicción con la política seguida hasta ahora por la Comunidad en materia de cohesión social.

Por lo que se refiere al aspecto organizativo, el informe propone que se dote de mayores medios y competencias a la Comisión para que la comunidad pueda adoptar decisiones más ágilmente. Esto comportaría un aumento del déficit democrático, al dar aún más poder al aparato administrativo[49].

La necesidad de replantear los objetivos de Europa

Sin negar el interés que tienen, al menos aisladamente, algunas de las propuestas del Libro Blanco, no parece, sin embargo, que la solución del problema del paro, de las disparidades reales entre la economía de los diferentes países, de la solidaridad con el resto del mundo puedan alcanzarse sin un replanteamiento general de los objetivos reales de la Unión Europea.

El futuro de la construcción europea debería basarse en una filosofía completamente distinta a la de dejar que el capitalismo funcione «a su aire» -que es la que predomina en el Libro Blanco- para orientarse hacia la profundización de la cohesión social y la creación de mecanismos de intervención pública y redistributivos a escala europea. Sólo así se podría configurar un bien común europeo. Y sólo así sería posible una ciudadanía europea que constituyera un sujeto político capaz de enfrentarse a los problemas en su actual dimensión.

---

[48] *Livre Blanc*, pág. 115.
[49] *Livre Blanc*, pág. 113.

DOXA

15-16
Vol. II

CUADERNOS DE FILOSOFIA Y DERECHO

DERECHO, MORAL Y POLÍTICA

DERECHO, MORAL Y POLÍTICA: TENSIONES CENTRÍPETAS Y CENTRÍFUGAS

1. Derecho, Moral y Política: entre la separación y la unidad

En algunas de las teorías jurídicas más difundidas de la actualidad (Kelsen, Hart, Ross, Bobbio...) parece un hecho establecido que Derecho, Moral, y Política son sistemas normativos distintos que, a su vez, engendran saberes diferenciados. Constituye un mérito de esas construcciones teóricas el haber propiciado, con arduo afán metodológico y depurados instrumentos conceptuales, una segmentación de los tres grandes sistemas normativos que rigen la conducta práctica. Esos empeños doctrinales han pretendido discernir con justeza, desde premisas y con resultados divergentes, la peculiaridad de lo jurídico, separándolo de otras esferas del obrar humano e intentando acotar en su seno demarcaciones y áreas.

No estimo aventurado conjeturar que en la cultura jurídica contemporánea exista una coincidencia generalizada en considerar que Derecho, Moral y Política, son realidades normativas peculiares y distintas. Si bien, lo mismo teóricos del Derecho que operadores jurídicos discrepan, con pareja unanimidad, de los presupuestos y fundamentos que sirven de soporte explicativo a esa diferenciación. Y retorna una amplia coincidencia en lo que atañe en los rasgos básicos desde los que se delimitan conceptualmente cada una de estas tres esferas. Así, se caracteriza, en forma mayoritaria, a la Moral como un conjunto de reglas de comportamiento que definen la actuación correcta (buena) en una determinada sociedad (Moral social o positiva), bien como los dictados orientadores de la conducta (buena) procedentes de la conciencia autónoma individual (Moral crítica). El Derecho viene mayoritariamente entendido como el conjunto de normas de inexorable cumplimiento que prescriben un orden en la coexistencia. Y la política aparece como el conjunto de reglas que se consideran eficaces para obtener, ejercer y conservar el poder.

No obstante, cuando se traspasan los linderos de las delimitaciones teóricas y se penetra en el espacio más complejo y umbrío de la experiencia jurídica, esos límites precisos se relativizan y comienzan a devenir sinuosos; hasta opacos. Para comprobarlo puede ser útil recurrir a una sentencia de nuestro Tribunal Constitucional. Se trata del denominado caso del «Cura de Hío». En este supuesto se admitió la demanda del diario «El País», y se anularon las sentencias condenatorias del Tribunal Supremo y de la Audiencia Territorial de Madrid. Esa condena se basaba en la falsedad de unos titulares de dicho periódico en los que se afirmaba: «un cura de Cangas de Morrazo inicia la cruzada contra los desnudistas gallegos»; y añadía: «garrote en mano el sacerdote lanzó al vecindario contra un campamento autorizado». Pudo demostrarse en función de los hechos que el cura de referencia no era de Cangas de Morrazo, sino de Hío; que jamás había incitado a los vecinos de dicha localidad a realizar ningún tipo de actuación contra los nudistas; y que tampoco había empuñado ningún garrote. No obstante, según la sorprendente interpretación del Tribunal Constitucional la falsedad de estas imputaciones no tenía porqué privarlas de la protección constitucional. La inveracidad o inexactitud de una información, como consecuencia de un error de identificación, no tiene trascendencia suficiente «como para entender quebrantado su carácter de información veraz» (STC 240/1992, FJ 6). La argumentación del Tribunal Constitucional se remite a su propia jurisprudencia para legitimar el carácter prevalente de la libertad de información sobre el derecho al honor, por la significación que aquella posee de «garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático» (FJ 3).

Causa estupor, desde el punto de vista de la corrección argumental la tesis sustentada por el máximo interpreta de la Constitución. Esta tesis debe ser contemplada con serias reservas. Una cosa son las argumentaciones normativas sobre la racionalidad o legitimidad de los supuestos que permiten que la información prevalezca sobre la intimidad, en los que el Tribunal tiene un amplio margen de discrecionalidad valorativa; y otra muy distinta es el juzgar sobre la verdad o falsedad, la exactitud o inexactitud de determinados hechos que debe ser realizada en función de comprobaciones empíricas y en las que el Tribunal debe operar con estrictos criterios descriptivos.

Pero dejando a un lado estas observaciones sobre los aspectos formales de la decisión, en lo que afecta a los criterios materiales que en ella se contienen se puede advertir:

a) Que existen determinados valores morales como el honor (reputado en el célebre *motto* calderoniano como «patrimonio del

alma») que informan el contenido de derechos fundamentales y, que por tanto, son objeto de tutela jurídica.

b) Que el Derecho se hace cargo también de exigencias políticas, como la de la garantía de la opinión pública, indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático.

c) Que razones políticas pueden prevalecer, en lo que a la tutela jurídica se refiere, sobre determinados valores morales. Si bien, en el caso que aquí nos sirve de referencia, pudiera también interpretarse como un conflicto entre valores morales: de una parte el pluralismo propio de las sociedades democráticas como valor de la moralidad positiva y de otra la defensa del honor como expresión de la moral individual.

2. La venganza de los olvidos: el *ethos* social

La experiencia jurídica parece resistirse a los intentos teóricos tendentes a independizar cada uno de los sectores normativos de la conducta práctica. Por depurados que puedan parecer los marcos conceptuales dirigidos a clarificar la separación: por elaborados que sean las *actiones finiun regundorun* demarcadoras de sus respectivos ámbitos, la experiencia jurídica parece empeñada en recordar y religar la unidad originaria de la conducta práctica. La célebre clasificación de cuño aristotélico distingue entre los saberes teoréticos, propios de las virtudes dianoéticas que guían el intelecto y los prácticos que se dirigen a conseguir el ideal de la felicidad, es decir, la «vida buena» de los miembros de la comunidad (*Metafísica*, E, 1, 1025b 20-22; *Política*, I, 2, 1252b). A su vez, en el seno de las virtudes prácticas traza una distinción entre las éticas, las políticas y las económicas, siendo la justicia la virtud ética por excelencia, aquella que compendia todas las restantes virtudes (*Ética a Nicómaco*, V. I, 11 29a).

El planteamiento aristotélico refleja con nitidez la unidad de la experiencia práctica común a todas las formaciones sociales del mundo antiguo así como a las comunidades primitivas, en las que las fronteras de demarcación entre lo moral, lo político y lo jurídico son sinuosas y confusas. En los pueblos antiguos existe un acervo compartido de creencias y tradiciones de carácter mágico, religioso, moral, político y jurídico. Ese conglomerado normativo expresa el *ethos* social del grupo y define lo que debe o no debe hacerse (los tabúes) de la sociedad. En las sociedades primitivas la vida social integra un conjunto de funciones cada una de las cuales se apoya en las demás y la supone. La experiencia práctica es la vida integral de la comunidad y sólo mediante proyecciones de categorías conceptuales y metodológicas propias de nuestra experiencia, pero ajenas a

esas culturas, es posible distinguir líneas divisorias. El progreso de las ciencias sociales ha consistido en buena parte en su contribución a dibujar un cosmos de demarcaciones y áreas acotadas en lo que antes era un caos primitivo de normatividades difusas y confusas. Pero la unidad de la experiencia social humana se resiste a esa parcelación de sus reglamentaciones y denuncia las premisas ilusorias en las que, muchas veces, se sustentan. Frente a cualquier intento de ignorarlo u olvidarlo el *ethos* emerge cíclicamente en sucesivos momentos de la evolución cultural.

Es probable que el empeño moderno más notorio por reivindicar la indispensabilidad del *ethos* se deba a Hegel. En la eticidad, a tenor de una enseñanza de Hegel plena de vigencia, la libertad subjetiva se afirma como un bien viviente (*lebendige Gute*) que se realiza en las instituciones sociales. La *Sittlichkeit* supone la síntesis superadora de la dimensión formal y abstracta del Derecho y el carácter ideal de la Moral; en ella el hombre se realiza plenamente como realidad concreta (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §§ 142 y 144-145). Desde sus trabajos juveniles, en los que concibe la *polis* griega como *sittliches Gemeinwesen*, Hegel sustituye los planteamientos tradicionales de la teoría jurídica, moral y política centrados en la actividad del hombre individual y aislado, por un enfoque comunitario. El centro de gravedad se transfiere desde el individuo abstracto al hombre concreto que se integra en una colectividad orgánica e histórica: el pueblo. El espíritu popular (*Volksgeist*) compendia la religión, el arte, las costumbres, el Derecho y, en suma, el *ethos* de un pueblo.

Es cierto que en la doctrina hegeliana subyace el peligro del Estado ético, de aquella forma política en la que los individuos pierden su autonomía y sus libertades, que quedan absorbidas por el valor absoluto que encarna el propio Estado. El hecho de que ese Estado sea concebido como síntesis de lo particular y lo universal y como realización perfecta de lo individual en el absoluto, no impide que pueda degenerar en lo que, certeramente, fue calificado como Estado de fuerza (*Machtsstaat*). Pero no es menos evidente, que la investigación hegeliana, la *Hegel-Forschung*, de estas últimas décadas hace difícil mantener una interpretación que le convertía en legitimador del absolutismo e inspirador de la ideología nazi (Cfr. Pérez Luño, 1991b, 102 ss. con orientaciones bibliográficas).

La *Sittlichkeit* hegeliana supuso una renovación de la ética institucional, cuya tradición arranca de la Política aristotélica. Su aportación principal se cifra en haber superado la fractura entre una moralidad subjetiva ideal y una moral social institucionalizada, a que respondía la concepción del *ethos* en la filosofía práctica aristotélica. Porque para Hegel la moralidad subjetiva, deviene eticidad, es decir, adquiere concreción histórica a través de su realización en las instituciones

sociales jurídicas y políticas (Habermas, 1992, 64 ss y 541 ss).

La historia de la filosofía práctica ha consistido básicamente en una especie de flujo y reflujo en que se han sucedido intentos centrífugos (analíticos, conceptualistas o metodológicos) dirigidos a establecer demarcaciones claras y precisas entre el Derecho, la Moral y la Política, y en empeños centrípetos (historicistas y vitalistas) tendentes a recobrar la unidad radical originaria del *ethos* y la consiguiente interdependencia de los sectores normativos que lo integran.

3. Dos fragmentos de historia:

Los confines actuales entre el Derecho, la Moral y la Política no constituyen un dato inalterable, sino el resultado de incesantes fluctuaciones. Por eso, toda indagación sobre las relaciones que se dan en el presente entre estos sectores normativos debe contar, aunque sea en forma sumaria y esquemática, con el desarrollo histórico de la cuestión.

Para los orígenes de la distinción entre Derecho, Moral y Política vale lo que, con mal disimulada ironía, recuerda Ortega respecto de cierto libro de Derecho Romano que sirvió de texto en una Universidad española, y en el que se abordaba el sistema tributario romano. Al iniciar dicho Capítulo indicaba ese texto: «los impuestos en Roma comenzaron por no existir» (Ortega y Gasset 1983, 6, 157). Pues eso mismo ocurre con la distinción entre Derecho, Moral y Política que era desconocida en todas las sociedades primitivas en las que rige un entramado normativo unitario y compacto que expresa el *ethos* de la comunidad. Esa normatividad determina las esferas de lo permitido, lo prohibido y lo debido por normas religiosas, morales, políticas y jurídicas, conjunta y simultáneamente. Conforme retrocedemos en la cronología de la historia y nos acercamos a la vida primitiva, las fronteras entre lo moral, lo jurídico y lo político se tornan más borrosas. La componente social y colectiva del *ethos* que dirige y absorbe, casi por completo, la individualidad domina bajo la forma de tradiciones establecidas la entera vida humana. En las formaciones sociales primitivas no se trata de perfilar los rasgos diferenciales -jurídicos, morales o políticos- de las conductas, sino de mantenerlas en la integridad omnicomprensiva y totalizadora del *ethos*. Será preciso llegar a la decantación reflexiva que implica la cultura clásica greco-romana para introducir pautas de distinción. A partir de entonces se asiste a tentativas cíclicas encaminadas a idear marcos de discernimiento racional de las diferencias y,

como contrapunto, a retornos que reclaman la vuelta a la disolución de todas las demarcaciones en la unidad colectiva del *ethos*.

Resulta muy ilustrativa la experiencia de los orígenes de esta cuestión en Grecia. Antes aún que en las teorías de los filósofos, las obras de los clásicos literarios helenos ofrecen noticia de las concepciones morales y jurídicas de un pueblo de pastores, que viven en constante guerra y que, a tenor de los poemas homéricos organiza su convivencia según la *Themis.* La idea de la justicia que expresa la noción de *Themis* es un compendio de normatividad sagrada, moral, política y jurídica, que se trasmite por oráculos de los dioses a los reyes y se impone a través de las *themistes,* es decir, un sistema de mandatos o tabúes, a los restantes miembros de la comunidad.

A partir del S. VIII a.C. nos da cuenta Hesíodo en *Los trabajos y los días,* que pertenece a una sociedad agrícola necesitada de paz y seguridad, el elogio de una nueva forma de justicia: *Diké.* Se trata de una normatividad que ha ido perdiendo su fundamento sacro para adquirir un carácter racional y que tiende a garantizar a los hombres la imparcialidad e igualdad de trato. Con Solón y Pericles, fundadores de la democracia ateniense en los siglos VI y V a.C., se refuerza el tránsito desde la concepción aristocrática de la justicia como *Themis,* a la democrática que se expresa en *Diké.* De forma todavía incierta se van perfilando las esferas diferenciadas de la Moral, con un incuestionable trasfondo religioso, y del Derecho, que ya no procede de oráculos inefables sólo asequibles a las clases aristocráticas, sino que se impone a quien ejerce el poder como un primer intento de supeditar la política a las leyes (Wolf, 1950, I, 125 ss).

La democracia tras su implantación en Atenas supuso, entre otros logros, un primer intento histórico por establecer ciertos límites entre Derecho, Moral y Política. Del ambiente cultural democrático fueron típicos exponentes los sofistas que a partir de la razón impulsaron la crítica de las instituciones conservadoras y aristocráticas, basadas en presupuestos religiosos y en la tradiciones. Su distinción entre *fisis* y *nomos* les servirá para delimitar las esferas de lo justo por naturaleza, o sea, lo que es conforme con una moral natural racional, y lo justo por ley, que responde a la contingencia de los intereses políticos. La disolución radical del *ethos* expresado por *Themis,* tuvo su principal protagonista en Critias, uno de los treinta tiranos, que gobernaron Atenas tras la victoria de Esparta (404 a.C.). En su drama satírico *Sísifo* concibe a la Moral y al Derecho como una invención humana dirigida a garantizar el orden social, y asimismo concibe la justicia (*Diké*) como el conjunto de leyes positivas garantizadas por la fuerza (*Hybris*) de quien detenta el poder político (Fassò, 1959).

Aristóteles, como se ha tenido ocasión de apuntar *supra,* supuso la culminación de este proceso. En su pensamiento se unen la tendencia

centrípeta, manifestada en su esfuerzo por reconducir en la filosofía práctica la unidad normativa del *Ethos*; pero, al propio tiempo, su genio analítico le llevará a plantear con mayor nitidez que en cualquier pensador anterior la distinción conceptual centrífuga (que en él nunca supondrá fractura) entre Derecho, Moral y Política (Cfr. Ritter, 1970).

En el umbral de la historia de Roma se da la trabazón de las normatividades moral, jurídica y política que es propia de la génesis de todos los pueblos y culturas. También en Roma Derecho, Moral y Política aparecen como apéndices de los ritos sagrados dirigidos a averiguar la voluntad de los dioses. Esa voluntad divina constituye el *fas*, es decir lo permitido, aquello que no ofende a los dioses. Lo opuesto al *fas* era el *nefas* (el tabú), lo prohibido por contrario al *ethos* social del grupo, trasunto de sus creencias mágico-religiosas. En el proceso de secularización del *fas* surge el *ius.* como aquello que no lesiona a ningún hombre y que tiene su antítesis en la *iniuria*.

Ello no significa, en sus orígenes, que la expresión «ius» se halle desvinculada de connotaciones religiosas. Por el contrario, investigaciones actuales han venido a corroborar la tesis genialmente anticipada por Giambattista Vico (De uno, 11 y 145), quién hacía derivar el término «ius» de *Iupiter* y mostró la común raíz etimológica de «ious» y «iovis» (Cfr. Cruz, 1971, 16). No huelga tampoco olvidar que en el período arcaico lo mismo el *fas* que el *ius* venían interpretados, en régimen de monopolio, por el Colegio de los Pontífices. Los Pontífices ejercían indiferenciada y simultáneamente las funciones de guardianes de una normatividad global que abarcaba aspectos morales, jurídicos y políticos.

Las Doce Tablas representaron un hito básico en el proceso tendente a secularizar y racionalizar las fórmulas inicialmente religiosas conformadoras del primitivo *ius*. A partir del período clásico se adquiere conciencia de que el Derecho es algo independiente de las *mores maiorum,* es decir, del núcleo de costumbres morales y jurídicas que integraban el viejo *ius* del que eran oráculo los Pontífices. La máxima de Paulo a tenor de la cual el Derecho es aquello útil a los hombres *(«pro utilitate hominum utile est» Digesto*, 1, 1, 11), muestra un distanciamiento con las exigencias de la Moral. El propio Paulo afirmará tajantemente que no todo lo lícito es honesto *«Non omne quod licet Honestum est»* (*Digesto*, 50, 17, 144). Si bien, como reminiscencia del origen común del Derecho y la Moral, Celso mantendrá una definición de lo jurídico como un valor ético, al calificarlo de: *«ars boni et aequi»* (*Digesto*, 1, 1, 1). De igual modo, cuando Ulpiano establece los tres principios básicos del Derecho (*tria praecepta iuris*) incluye junto a una exigencia prioritariamente jurídica: dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*), un postulado ético-jurídico:

no dañar a nadie (*alterum non laedere*) y una máxima inequívocamente moral: vivir honestamente (*honestum vivere*) (*Digesto*, 1, 1, 10; *Instituciones*, 1, 1, 3).

Durante el período clásico el pretor, a través de sus edictos anuales y del recurso a la equidad (*aequitas*), realizó una función adaptadora del núcleo del *ius civile* a las exigencias éticas y políticas de la sociedad. Tras el fin de la República y el advenimiento del Imperio se inicia un proceso de distanciamiento progresivo del Derecho respecto de la Moral, que alcanzará su mayor intensidad en el Derecho justinianeo. El *ius* irá perdiendo sus referencias éticas y la *lex*, fuente emanada de las asambleas populares (los Comicios), será sustituida por los decretos o constituciones imperiales. El espacio perdido por la Moral como fundamento del Derecho pasará a ser ocupado por la Política, en la medida en que las normas jurídicas serán la expresión formal de la voluntad del poder. Las máximas de que la voluntad del príncipe tiene fuerza de ley (*«quod pricipi placuit legis habet vigorem», Digesto*, 1, 4, 1): o de que el príncipe no está sometido a las leyes (*«legibus solutus», Digesto*, 11, 3, 31), atestiguan esa decantación autoritaria del Derecho Romano (Schulz, 1946).

De forma paralela, aunque antitética, a ese proceso jurídico-institucional fue forjándose en la filosofía jurídica romana, por especial impulso del estoicismo y posteriormente del cristianismo, un movimiento moralizador del Derecho. El fundamento de esa tendencia arranca de un célebre fragmento de Cicerón, en el que se afirma que el fundamento del Derecho no radica en el edicto del pretor, ni en las leyes de las Doce Tablas, sino que dimana *«ex intima Philosophia» (De Legibus, I, 5).* El fundamento filosófico del Derecho se contiene en la ley natural, síntesis de la normatividad moral y jurídica, que deriva de la recta razón, es conforme a la naturaleza y se halla presente en todos los hombres (*De Legibus*, I, 6; *De República*, III, 22). La doctrina estólea popularizada por Cicerón halló amplio eco en el pensamiento cristiano y se prolongó en el mundo medieval. Al propio tiempo, las nociones cristianas de *pietas* y *charitas* van penetrando en el Derecho Romano como una exigencia moralizadora de sus instituciones y de su interpretación (Biondi 1953; Roberti, 1935). Quizás la consecuencia más relevante de esa moralización de la experiencia jurídica y política romana postclásica, debida al influjo estoico y cristiano, sea el desplazamiento del término *ius* y su sustitución por la palabra *«directum».* Este será el germen etimológico de la expresión moderna del Derecho en las lenguas románicas, germánicas e inglesa. A partir del entonces se establece una distinción entre *«directum»*, que de su significación inicial como adjetivo pasa a ser un sustantivo que designa las normas jurídicas «rectas», es decir, conformes a las exigencias morales estoico/cristianas; y el

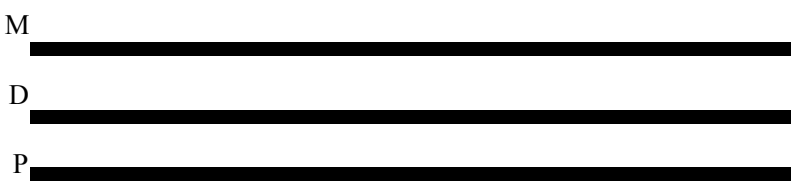
«ius», en cuanto Derecho estricto y rígido ajeno a cualquier connotación axiológica (Cesarini-Sforza, 1930, 38 ss.; Cruz, 1971,20 ss.).

4. Cuatro modelos de articulación de las relaciones entre Derecho, Moral y Política

Apenas bosquejada la aproximación histórica, con la plena consciencia de haber sólo enunciado un tema sobre el que queda casi todo por decir, las urgencias del presente apremian a plantear el actual *status quaestionis* de las relaciones entre Derecho, Moral y Política. Esta problemática, lo mismo en los hechos que en las doctrinas, resulta inabarcable y por ello habré de limitar esta nota a seleccionar cuatro modelos explicativos que, en cierto modo, pueden contribuir a compendiar un panorama muy vasto y complejo.

4.1. Primer modelo: separación radical

Este modelo hace referencia a los empeños teóricos dirigidos a establecer una nítida línea divisoria entre el Derecho, la Moral y la Política, así como entre las disciplinas que tienen por objeto su respectiva elaboración teórica. Para ejemplificar esta actitud pudiera servir de referencia la imagen de las líneas paralelas que nunca se encuentran, ni entrecruzan (Fig. 1). Según este planteamiento Derecho, Moral y Política son tres órdenes normativos autónomos, entre los que no tiene porqué existir interferencias; sino que cada uno de ellos responde a una lógica propia y distinta que regula, asimismo, sectores de la conducta humana diversos e independientes. El positivismo jurídico radical constituye el principal marco teórico explicativo y propugnador de esta tesis.



Sin resquicio a dudas Hans Kelsen puede ser considerado el pensador más representativo de esta actitud. La idea de «pureza» es el elemento que, según Kelsen diferencia su doctrina de las demás Teorías del Derecho. Para Kelsen la Teoría del Derecho debe tomar

como objeto de estudio al Derecho en sí, es decir al Derecho en cuanto estructura normativa autosuficiente, autorreferente y coherente. Para individualizar lo que diferencia al Derecho de la realidad, Kelsen se remite a la distinción kantiana entre «ser» y «deber ser», situando al Derecho y a la Ciencia jurídica en el ámbito del «deber ser». Kelsen advierte al propio tiempo, que ese «deber ser» es de naturaleza lógica y formal-normativa, no se trata, por tanto, de un «deber ser» ético. A tenor de las premisas kelsenianas sobre el carácter autónomo («puro») de la Ciencia jurídica un concepto ético, político o sociológico del Derecho, resulta científicamente tan inadecuado como un concepto médico de la Arquitectura, o un concepto económico de la Química.

A juicio de Kelsen, con el término «fuente del Derecho» se pueden entender todos los medios de producción jurídica y también el fundamento de la validez, en particular, el fundamento último de la validez de un ordenamiento jurídico; esto es, la norma fundamental. Pero, de hecho, -señala Kelsen- se define como «fuente» sólo el fundamento de Derecho positivo de la validez de una norma jurídica, o sea la norma jurídica superior que regula la producción. En este sentido, la Constitución es la fuente de las normas jurídicas generales producidas mediante la legislación y la costumbre; y una norma jurídica general es fuente de la sentencia judicial que constituye una norma individual por la que se aplica la general; pero la sentencia, a su vez, puede ser considerada fuente de los derechos y deberes de las partes en litigio (los cuales se fundan en ella) o de la autorización al órgano que debe ejecutar dicha sentencia. En este sentido jurídico-positivo, concluye Kelsen, fuente del Derecho sólo puede ser el Derecho: (*In einem positiven rechtlichen Sinn kann Quelle des Rechts nur Recht sein).* Cuando con la expresión «fuente» se alude a los distintos factores que, de hecho, influyen en la producción y aplicación del Derecho, principios morales y políticos, teorías jurídicas, opiniones doctrinales, etc. se emplea el término en su sentido no jurídico. En efecto, según Kelsen, mientras las fuentes jurídicas son siempre directamente vinculantes, las no jurídicas no lo son hasta que una forma jurídica positiva no las reconoce como fuentes del Derecho; es decir, hasta que las hace vinculantes (Kelsen, 1960, 238 ss.).

En su póstuma *Allgemeine Theorie der Normen,* Kelsen ha reformulado su concepto de la norma fundamental (*Grundnorm*) en cuanto principio de validez del sistema de fuentes jurídicas. Dicha norma que, en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre,* era considerada como una norma presupuesta (*vorausgesetz*), pasa ahora a ser entendida como una norma ficticia. Kelsen mantiene su tesis, expuesta en sus obras anteriores, de que el fundamento de validez de una norma no puede ser más que otra norma, y que para evitar el *regressus in*

infinitum hay que partir de una norma fundamental, entendida como norma suprema del ordenamiento de la que todas las restantes reciben su validez. La unidad, jerarquía, plenitud y coherencia del sistema de fuentes jurídicas no reposa en ningún elemento fáctico (personas, instituciones, o contenidos normativos), sino en un criterio rigurosamente «puro»; es decir, formal. Pero, en su obra póstuma, señala que la (*Grundnorm*) no es una norma positiva, sino una norma meramente pensada, o sea, una ficción. Kelsen se remite expresamente a la filosofía del «como *si»* (*die Philosophie des Als-Ob*) de Hans Vaihinger para explicar el alcance ficticio de la norma fundamental. En función de las premisas de la filosofía del «como si», la *Grundnorm* entraña una ficción «propia» o auténtica ya que implica, a la vez, una contradicción externa con la realidad y una contradicción interna consigo misma. Así, la norma fundamental de un ordenamiento jurídico: «Hay que actuar como prescribe la primera Constitución histórica», no sólo contradice la realidad, ya que no existe una norma tal como sentido de un acto de voluntad real; si no también es contradictoria en sí misma, porque representa la autorización de una suprema autoridad jurídica y, por tanto, procede de una autoridad, aunque ficticia, superior a ella. Hans Kelsen, advierte además, que el significado de la norma fundamental como ficción difiere de su consideración como hipótesis, tal como él mismo la había definido en etapas anteriores; pues la ficción se diferencia de la hipótesis en que implica, o debe implicar, la consciencia de su falta de correspondencia a la realidad (Kelsen, 1979, 206 ss.).

La impecable elaboración epistemológica de la teoría de las fuentes kelseniana suscita, no obstante, consideraciones críticas externas e internas. Desde el punto de vista intrasistemático resulta contradictorio respecto a los propios presupuestos teóricos de la teoría pura del Derecho, que la norma fundamentadora del sistema de fuentes jurídicas no sea una norma puesta, es decir, positiva. La *Grundnorm* no es una norma que forme parte del ordenamiento positivo, por tanto, no es una norma jurídica en la acepción kelseniana, sino una mera ficción. El estricto monismo y la pureza (*Reinheit*) de la tesis de Kelsen resultan seriamente comprometidos por la remisión a un criterio fundamentador de la validez, un postulado ficticio en el sentido de la filosofía del *Als-Ob,* ajeno al sistema normativo positivo. En el plano externo, no menos dosis de perplejidad suscita el que Kelsen propugne, al mismo tiempo, la tajante separación entre Derecho, Moral y Política y la identificación entre Derecho y Estado. Es cierto que para Kelsen el dualismo Derecho-Estado desaparece en la medida en que el Estado se concibe sólo como un «orden normativo»; pero, pese a ello, una concepción no política de Estado,

supone una elucubración tan contradictoria como la de una concepción no jurídica del Derecho.

4.2. Segundo modelo: separación relativa

El sentido demasiado restricto de la tesis que defiende una separación absoluta entre Derecho, Moral y Política, así como las dificultades para ofrecer una explicación satisfactoria de los insoslayables encuentros de estos sectores normativos de la vida práctica, han determinado la aparición de tesis que propugnan mitigar la radicalidad de la fisura entre ellos. Desde estos enfoques no se abandona la tesis de la autonomía e independencia conceptual de cada una de estas tres formas de normatividad, pero se reconocen determinados puntos de conexión e interferencia. A tenor del modelo de la separación relativa, la relación entre Derecho, Moral y Política puede simbolizarse bajo la forma de una pirámide en cuya cúspide aparece la Moral (el mínimo ético) como criterio legitimador del Derecho que a su vez actúa como orden normativo encauzador de la actividad política (Fig. 2). Pero, al margen de esos puntos de conexión, cada uno de los tres sectores es un compartimento independiente, que conserva su autonomía conceptual y funcional.

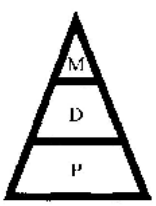


Fig. 2

En el plano teórico este modelo conecta con los postulados del positivismo político moderado, el cual no desconoce la fundamentación última del Derecho en un mínimo ético, si bien por razones metodológicas y de seguridad jurídica mantiene la exigencia de no confundir el Derecho que «existe» (Derecho positivo), del que moralmente se aspira que «debiera existir» (Derecho natural). Asimismo, sin reconducir la normatividad jurídica al ámbito de los hechos sociales y políticos, tienden a evitar las ficciones formalistas al admitir un soporte político de las normas como garantía de su eficacia.

No estimo que se juzgue aventurada la hipótesis de considerar a Herbert Hart como el más representativo defensor de este modelo teórico. La concepción teórico jurídica de Herbert Hart, considerada como una de las más valiosas e influyentes revisiones de la doctrina kelseniana, tiene uno de sus insoslayables nudos temáticos y problemáticos en las relaciones de la Moral con el Derecho y la Política. Al formalismo estricto kelseniano, que hace reposar la validez del sistema de fuentes en una *Grundnorm* ficticia, opone Hart una «regla de reconocimiento» (*rule of recognition*) que posee una incuestionable dimensión empírica en cuanto responde a la actividad jurídica efectiva de los órganos públicos y de los ciudadanos. La regla de reconocimiento raramente se halla establecida, ni es un mero presupuesto lógico-trascendental o ficticio, sino que su existencia se revela (*is shown*) en la práctica social, en la medida en que los funcionarios, en particular los jueces, y los ciudadanos atribuyen validez a un determinado sistema de normas (Hart, 1961, 97 ss.).

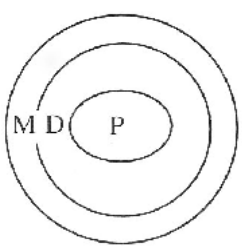
Resulta obligado recordar en este punto que la teoría de Hart defiende y formula un contenido mínimo del Derecho natural. Lo integrarían un conjunto de verdades obvias (rasgos antropológicos que definen la naturaleza de los seres humanos: su vulnerabilidad. igualdad aproximada, limitación de su altruismo, capacidad intelectual y fuerza de voluntad, así como la propia limitación de los recursos) que deben ser tomadas en consideración para garantizar la supervivencia humana y la propia viabilidad de las sociedades. Si las instituciones sociales no quieren ser simples clubs de suicidas tendrán que admitir reglas que, haciéndose cargo de la naturaleza del hombre y del mundo, impidan la violencia, regulen la propiedad y organicen, en suma, la cooperación social a través de normas coercitivas. Todo ello, muestra que el Derecho y la Moral no pueden explicarse en términos puramente formales, sin hacer referencia a contenidos o a necesidades sociales (Hart, 1961, 189 ss). Estas ideas se hallan corroboradas en la doctrina hartiana sobre los *derechos humanos*. Respecto a ella admite Hart que existe un derecho natural universal, que se traduce en el derecho igual de todos los hombres a ser libres (Hart, 1962, 65 ss). En estudios posteriores ha calificado de «absurdo» el rechazo de que puedan existir derechos humanos o naturales que no procedan del Derecho positivo (Hart, 1980; 1982). Hart ha llegado a sostener que «lo que se necesita para dar sentido a la noción de los derechos morales universales es una teoría de lo que necesitan los individuos y de lo que pueden exigir razonablemente de cada uno (mediante constricción o provisión activa) para perseguir sus propios fines mediante el desarrollo de las diversas facultades humanas»(Hart, 1984-5, 161).

Herbert Hart, en su sugerente análisis del deber jurídico, partía de la diferencia entre el deber de obedecer la conminación de un bandido

y el deber de obedecer a la norma jurídica del Estado. Advierte el propio Hart, que la explicación del Derecho no puede hacerse en términos puramente formales, sino tenido presente sus contenidos. Luego parece que la distinción entre la obligación que impone el bandido y la que dimana de la norma jurídica, no puede cifrarse *sólo* en la procedencia formal de las respectivas obligaciones. Máxime si se tiene presente, y aquí parece oportuno hacerlo, la célebre y nunca obsoleta advertencia agustiniana de que, cuando se apartan de la justicia, los reinos se convierten en grandes bandas de bandidos (*De civitate Dei*, IV, 4). A partir de la regla de reconocimiento, Hart pretende superar las concepciones empíricas (coactivas) del deber jurídico. Pero sería erróneo pensar que dicha regla tiene un significado puramante formal-normativo, porque recibe su contenido de la práctica social. No hay norma de reconocimiento sin aceptación social de su contenido, al menos por parte de los funcionarios. Esa aceptación no puede dejar de hacer referencia a los valores morales de una comunidad social. De ahí que, a la postre, el fundamento del orden jurídico se cifre en una determinada forma de compromiso moral (Cfr. Pérez Luño, 1991c, 381 ss.).

4.3. Tercer modelo: integración absoluta

La reminiscencia del *ethos,* así como el ideal de un orden jurídico y una vida política sustentados sobre la Moral han conducido a teóricos de ayer y de hoy a reclamar la estricta integración de los tres ámbitos normativos de la conducta práctica. Desde estas premisas, que pueden formalizarse en la figura de los círculos concéntricos (Fig. 3), la Moral posee un significado omnicomprensivo abarcador de las demás normatividades. A su vez, el Derecho debería ser la pauta reglamentadora de la vida política. Ha adquirido celebridad la advertencia agustiniana de que no parece posible admitir la existencia de una ley que no sea justa (*De libero arbitrio*, I, 5, 11), glosada en la no menos célebre sentencia tomista de que la ley positiva contraria al Derecho natural no es ley, sino corrupción de la ley (*legis corruptio*) (*Summa theologiae*, I, II., q.95.a.2).



Esta tesis ha hallado eco en el iusnaturalismo neotomista, así como en otras doctrinas iusnaturalistas de la cultura contemporánea. Suele ser un rasgo distintivo común a las diversas teorías neotomistas la convicción de que la ontología jurídica, al indagar el ser del Derecho en su significación plenaria, desemboca forzosamente en la deontología; es decir, en el «deber ser» jurídico. Por ello, desde la perspectiva de la estructura ontológica del Derecho, el Derecho natural, entendido como Derecho objetivo justo, se identifica con la noción misma del Derecho; es más, a tenor de este planteamiento, la propia noción de Derecho justo constituye un pleonasmo, ya que pueden existir leyes injustas, pero no un Derecho injusto. Se han invertido así los términos en que, desde un prisma rigurosamente iuspositivista, Bergbohm había aludido a la cuestión, al afirmar que el empleo del adjetivo positivo para la calificación del Derecho no era más que un pleonasmo, dada la imposibilidad de concebir un Derecho que no fuera positivo. En las antípodas de ese enfoque, los iusnaturalistas radicales piensan que si bien pertenece al concepto de Derecho justo el ser positivo, es también cometido del Derecho positivo el ser sustancialmente justo, si se considera que el Derecho positivo tan sólo puede tener validez a través de su participación en la justicia que, a su vez, compendia la dimensión jurídica de la Moral (Cfr. Pérez Luño, 1971, 119 ss.; 1992, 59 ss. y 67 ss.).

Han adquirido también notoriedad, en la cultura jurídica de la segunda mitad de nuestro siglo, las tesis del último Radbruch en las que propugna un iusnaturalismo radical integrador de la Política y el Derecho en la Moral. Gustav Radbruch indica: «No se puede definir el Derecho, incluso el Derecho positivo, si no es diciendo que es un orden establecido con el sentido de servir a la justicia. Aplicándoles este patrón, hay partes enteras del Derecho nacionalsocialista que nunca llegaron a tener la categoría de Derecho valido» (Radbruch, 1971, 14). Radbruch consideraba al Derecho natural, en cuanto encarnación de los valores éticos de la justicia, como «un Derecho superior a la ley, supralegal, aquel rasero con el que medir las mismas leyes positivas y considerarlas como actos contrarios a Derecho, como desafueros bajo forma legal» (Radbruch, 1965, 180).

4.4. Cuarto modelo: integración relativa

El iusnaturalismo radical ha tropezado siempre con el escollo que supone negar la condición de Derecho a las legislaciones históricas que no responden a determinados criterios de justicia. El absolutismo que implica esta tesis se prolonga en una concepción, a su vez, absolutista y objetivista de los valores. Esta postura tiene a su favor

su rechazo del relativismo y el escepticismo axiológicos; pero en su contra hay que advertir que propugna un orden ontológico, cerrado y ahistórico de valores metafísicos, eternos e inmutables. De ahí se deriva el riesgo de que un sector de la sociedad, sintiéndose intérprete y portavoz de ese orden axiológico objetivo, trate de imponer una «tiranía de valores» a los demás; lo que es abiertamente incompatible con un sistema ético, jurídico y político pluralista.

El modelo de integración relativa, que corresponde a las posturas del iusnaturalismo moderado, rechaza lo mismo las tesis que propugnan la separación entre Derecho, Moral y Política, especialmente en su versión fuerte, que la que postula su total integración. Frente a ambos enfoques defiende la autonomía e independencia relativa de Derecho, Moral y Política en determinados aspectos, y su coincidencia necesaria en otros. Su representación gráfica responde a los círculos secantes, cuya intersección representa el espacio, más o menos amplio según las distintas tesis doctrinales, del encuentro y conexión entre Derecho, Moral y Política (Fig. 4).

En la hora presente se puede considerar como una postura representativa de este planteamiento a la de Ronald Dworkin. Dworkin tiende a evidenciar el carácter fragmentario e insatisfactorio de las tesis que hacen reposar la validez del sistema de fuentes en criterios formales normativos, a partir de ello se haría depender la validez de las normas concretas de su conformidad con las normas de procedimiento que en cada ordenamiento jurídico regulan la producción jurídica (teoría que es calificada por Dworkin como *test* del *pedigree*) (Dworkin, 1978, 17 y 39 ss.). No menos rechazable le parecen las doctrinas que reconducen la validez al dato puramente fáctico de la eficacia de las normas, es decir, al hecho de su aplicación y cumplimiento mediante una determinada práctica social. El rechazo de cada una de estas posturas le conduce también al rechazo del sincretismo de ambas, tal como se desprendería de las tesis de Hart.

En la teoría del Derecho, que se desprende del pensamiento de Dworkin, ocupan un lugar privilegiado los principios. Puede, incluso, afirmarse que su revalorización de los principios constituye uno de los rasgos básicos de su construcción doctrinal y seguramente aquel que ha contribuido, en mayor medida, a la amplia difusión, pero también a la no menos amplia polémica, suscitada por sus escritos. Según la notoria tesis de Dworkin, todo ordenamiento jurídico se halla integrado por un conjunto de principios (*principles*), medidas o programas políticos (*policies*) y reglas o disposiciones específicas (*rules*). Dworkin denomina medidas políticas a las normas genéricas (*standards*) que establecen fines que deben alcanzarse y que implican un avance en el terreno económico, político o social

para la comunidad; mientras que reserva la denominación de principios a los *standards* o prescripciones genéricas que entrañan un imperativo de justicia, de imparcialidad, o de cualquier otra dimensión de la moralidad. Son los principios, en cuanto entrañan los fundamentos morales del orden jurídico y la expresión de los derechos básicos de los ciudadanos, los que aseguran la coherencia y plenitud del sistema de normas que hace posible el imperio del Derecho (Dworkin, 1987, 22 ss.; 39 ss. y 71 ss.; 1985, 33 ss. y 72 ss.: 1986, 179 ss.; 213 ss. y 404 ss.).

De los argumentos expuestos, y de otros que pudieran aducirse en consideración más demorada en pormenores, se desprende mi convicción de que la teoría de Dworkin Derecho responde a un planteamiento iusnaturalista moderado. El tema del iusnaturalismo de Dworkin ha originado un amplio debate doctrinal (Cfr. Pérez Luño, 1993, 49 ss.). Ronald Dworkin ha admitido expresamente, en su ensayo *Natural Law Revisited,* que si por iusnaturalismo se entiende la teoría que postula que el contenido del Derecho depende, en ocasiones, de la respuesta correcta a alguna exigencias morales, entonces su teoría es iusnaturalista (Dworkin, 1982, 165). No obstante, al replicar a sus críticos y, de modo especial, en su *Law's Empire,* ha intentado desmarcarse de esa posición. Dworkin pretende situar su alternativa al positivismo jurídico en un plano distinto de las teorías del Derecho natural. Las diferencias de su posición respecto de éstas se cifrarían en dos aspectos fundamentales: 1) Las tesis iusnaturalistas entrañan una visión ideal y abstracta del Derecho, mientras que para Dworkin el Derecho y sus valores se sitúan en el plano de la práctica jurídica. 2) Las teorías iusnaturalistas establecen requisitos universales del Derecho y, a partir de ellos, niegan el carácter de Derecho a los ordenamientos positivos que no los cumplen. Frente a ellas, las teorías interpretativas serían aquellas que -en opinión de Dworkin- ofrecen marcos explicativos contextualizados, dirigidos a dar cuenta del Derecho en un ámbito jurídico determinado. La teoría de Dworkin es interpretativa, en el sentido de que está dirigida a explicar una cultura jurídica en particular: la anglo-americana. Desde esas premisas interpretativas no se niega, por ejemplo, que los nazis tuvieran Derecho, a pesar de que fuera muy injusto. La teoría interpretativa exige la vinculación del Derecho a valores morales en aquellas culturas jurídicas inspiradas en esa exigencia, pero no niega la condición de Derecho a los sistemas políticos manifiestamente inmorales que respondan a otras culturas jurídicas (Dworkin, 1986, 101 ss.).

Quizás pudiera juzgarse inoportuno este esfuerzo encaminado a mostrar la adscripción de Dworkin al iusnaturalismo. No es ocioso recordar que el propio Dworkin ha mostrado sus reservas sobre la afición de los filósofos del Derecho a etiquetar las teorías ajenas y

las propias; tarea que le parece de cuestionable utilidad (Dworkin, 1982, 165 s.). Pero si se examina la obra de Dworkin en su conjunto se advierte que pocas construcciones teóricas han sido tan dadas a utilizar e innovar categorías, clasificaciones y etiquetas como la de Dworkin. Dworkin no se siente a gusto con las etiquetas heredadas del pasado. Por eso prefiere sustituir los tradicionales modelos teóricos del iusnaturalismo, positivismo, realismo, formalismo, fenomenologismo, idealismo, institucionalismo..., por etiquetas nuevas tales como: el convencionalismo, el pragmatismo jurídico, las teorías semánticas, las teorías interpretativas o la teoría de la integridad. En ocasiones, las distinciones entre algunas de estas etiquetas resultan sutiles y sofisticadas. Baste observar su digresión teórica para distinguir el convencionalismo de las teorías semánticas. En otras ocasiones, Dworkin recurre a distinciones y subdistinciones constantes que no contribuyen a clarificar la estructura argumentativa de su discurso. Así, por ejemplo, cuando introduce la distinción entre integridad inclusiva e integridad pura, en las últimas páginas de su *Law's Empire*, lo que obliga a una relectura de la obra para discernir a cuál de estos dos sentidos se están refiriendo sus constantes apelaciones a la teoría de la integridad contenidas en ella.

El balance compendiado de los cuatro modelos expuestos muestra que sólo uno de ellos supone una separación radical entre Derecho, Moral y Política. Las otras tres posturas indican una diferencia más cuantitativa que cualitativa en el enfoque de esa relación. Así, respecto a la conexión total que se desprende de la tesis integracionista radical, las versiones moderadas de la separación y la integración entrañan diferencias muy sutiles, en ocasiones, de puro matiz. Quizá el rasgo decisivo para diferenciar ambas posturas moderadas resida en que en la primera, la fundamentación moral del orden jurídico y político queda circunscrita a la cúspide de la pirámide normativa. A tenor de este modelo el Derecho y la Política son órdenes normativos plenamente autónomos excepto en lo que atañe a su legitimidad última. Se trata, en otros términos, de un modelo de legitimidad concentrada. Mientras que el integracionismo moderado representa un modelo de legitimación difusa, que defiende la existencia de un determinado sector de coincidencia y coimplicación necesaria (por ejemplo, todo el que atañe a la normatividad jurídica de valores y principios) entre el Derecho, la Moral y la Política.

5. Derecho, Moral y Política: distanciamientos y aproximaciones actuales

Suelen oponerse, siempre a favor de la primera, la calidad a la cantidad, pero hay obras a las que se les agradece la segunda, la larga

y generosa extensión. Tal es el caso de la obra monumental, en volumen y enjundia, dedicada por Ernesto Garzón Valdés a tratar de *Derecho, Ética y Política*. Constituye este libro un síntoma ejemplar de la multiplicidad de cuestiones y problemas que hoy se debaten en las innumerables encrucijadas que señalan las tensiones entre Derecho, Moral y Política. En las primeras páginas del libro se lee: «La abstención de interdisciplinariedad, que durante la primera mitad del siglo XX caracterizara la actividad de una buena parte de los más distinguidos teóricos y filósofos del Derecho, parece ir cediendo terreno frente a una cada vez más estrecha relación entre el Derecho, la Ética y la Filosofía política» (Garzón, 1993, 12). Se compendia así un estado de opinión prevalente en la cultura contemporánea tendente a reforzar los vínculos entre las normatividades de la vida práctica (Cfr., entre otros, los trabajos de: Alexy, 1989-, Díaz, 1990; Dreier, 1981; Fernández, 1990; Habermas, 1992...). Sería un error concebir esta tendencia como un mero punto de inflexión casual de posturas teóricas orientadas hacia los modelos integrativos frente a las tesis separatistas. Porque enseña un célebre *motto* de Hegel que la filosofía, y ello es predicable de las demás teorías doctrinales, debe ser «La aprehensión de su tiempo en pensamientos» (*Grundlinien der Philosophie des Rechts,* Vorrede).

Interpretando los signos del tiempo, Erhard Denninger, en un sugerente ensayo, señala como uno de los rasgos caracterizadores de la actual coyuntura jurídica y política alemana la tendencia hacia la moralización del orden constitucional. Según Denninger ello supone la expresión «de una nueva tendencia a desformalizar el Derecho y a propiciar una nueva síntesis de los principios del Derecho con los valores morales» (Denninger, 1994, 71). En su análisis ofrece algunos testimonios relevantes de este proceso. En ellos se advierte una pretensión de moralizar el Derecho constitucional que va más allá de la recepción de determinados valores éticos ampliamente reiterados en el constitucionalismo comparado (dignidad, libertad, autonomía, igualdad, autodeterminación...). Así, por ejemplo, recuerda que la tutela ecológica viene ampliada hasta abarcar la responsabilidad hacia las generaciones futuras lo que entraña una novedad del sistema jurídico (art. 10.1 de la Constitución de Sajonia; art. 39.1 de la Constitución de Brandeburgo). Plena de problemas sociales se halla la promesa del artículo 22.2 de la Constitución de Sajonia, que prescribe: «Quien críe y eduque niños o cuide a menesterosos, enfermos o ancianos, merece promoción y ayuda». Así mismo refleja este tipo de inquietudes el artículo 26.3 de la Constitución de Brandeburgo cuando establece: «Quien en un matrimonio, en una familia o en otra comunidad de vida sufra violencia psíquica o física, tiene derecho a la asistencia y tutela de la colectividad». Incluso un diputado de la

antigua Alemania Oriental ha propuesto la introducción en el futuro texto de la Constitución Federal de Alemania de la formula siguiente: «La veracidad promueve un mejor entendimiento entre los hombres» (Denninger, 1994, 70 ss.).

Ante estos empeños moralizadores del sistema constitucional resulta inevitable la evocación del entusiasmo ético ilusorio y voluntarista que delataba el célebre artículo 6 de nuestra Constitución gaditana de 1812, que prescribía como obligación de todos los españoles «ser justos y benéficos», así como«el amor de la patria»; obligación de amar que recuerda, por antítesis a *La prohibición de amar (Das Liebesverbot),*que da título a una ópera menor de Richard Wagner. Obligaciones que parecen ignorar la naturaleza incoercible del amor.

A los efectos de esta reflexión importa destacar el dilema que se desprende de este tipo de formulaciones. Porque si se atiende precipitada e indiscriminadamente a todas las demandas éticas que hoy pugnan por inscribirse en las normas constitucionales, se corre el riesgo de olvidar que estas normas son y deben seguir siendo «Constituciones de juristas y no de sacerdotes» (Denninger, 1994, 70), y, en suma pueden hacer peligrar las garantías de la seguridad jurídica que son irrenunciables en un Estado de Derecho (Pérez Luño, 1994, 61 ss.). Si, por el contrario, se rechazan estas tendencias moralizadoras del Derecho y de la Política se estarán desatendiendo algunas de las demandas más urgentes de las sociedades actuales. El fenómeno ominoso de la corrupción de la vida política, que está afectando al funcionamiento de instituciones básicas de los Estados de Derecho; la proliferación de mafias de distinto signo que envilecen los procesos sociales, políticos y económicos; el alarmante déficit de solidaridad que reflejan determinadas actitudes racistas y xenófobas y la consiguiente necesidad de superar actitudes discriminatorias entre los hombres y los pueblos, exigen un consenso moral multinacional y multicultural, o, si se quiere, la conformación de un *ethos* universalista.

La tarea de ofrecer un enfoque adecuado a ese dilema constituye uno de los grandes retos de la cultura humanista contemporánea. A modo ejemplar, reseñaré algunos planteamientos significativos de la hora presente. En determinadas contribuciones se ha recordado que el proyecto ilustrado de la modernidad que desemboca en el Estado de Derecho tiene como soporte el paradigma racional de la conexión entre Derecho, Moral y Política. De ahí, que: «la pérdida de los valores morales que son la «última ratio» de este modelo y su sustitución por ese «realismo» del éxito inmediato que afecta a pilares tan básicos, conduce a la arrogancia, y a unos ideales economicistas, egoístas y aislacionistas, que sólo fomentan la emulación y el bienestar, y que pueden convertirnos en un simple lugar para el consumo» (Peces-Barba, 1993, 45).

Pero de esas advertencias no se deben inferir conclusiones precipitadas e ilusorias sobre los beneficios de una moralización del Derecho a cualquier precio. Tiene razón Francisco Laporta cuando nos insta a «caer inmediatamente en la cuenta de que la incorporación de contenidos morales a las normas jurídicas no siempre es deseable, quizá ni siquiera moralmente deseable» (Laporta 1993, 100). Las cruzadas en favor del «rearme moral de la sociedad a través del Derecho» no están exentas de riesgos. He advertido, en algunos trabajos, del peligro de dogmatismos que implica el que el Derecho apele a categorías morales sedicentemente universales e inmutables. Por ese camino se corre el riesgo de hipostasiar como principios de moralidad válidos *semper et ubique* lo que no son sino el sistema de creencias e intereses de quienes detentan el aparato jurídico y político. El Derecho de una sociedad pluralista no puede servir de instrumento para someter a una determinada concepción moral todas las restantes. Para ello deberá evitarse una injerencia de la normatividad jurídica en aquellos comportamientos morales que no afecten o perjudiquen a terceros. Ahora bien, el rechazar las amenazas, en orden al pluralismo y la libertad, de una concepción absolutista y dogmática de la moral, en la que los valores éticos que influyen o informan la experiencia jurídica, so pretexto de su universalidad e inmutabilidad, son en la práctica el fruto de una intuición arbitraria y decisionista que suele degenerar en una auténtica tiranía de los valores (*Thyrannei der Werte*), no debe precipitarnos en el otro polo o cara de la moneda. Es decir, no menos inquietante resulta la alternativa opuesta de un total relativismo ético conducente al nihilismo y la abstinencia de valores. Frente a ambas opciones he intentado, en otros trabajos, abogar por un intersubjetivismo axiológico cifrado en el reconocimiento de la posibilidad de que la razón práctica llegue a un consenso, abierto y revisable, sobre el fundamento de los valores ético-jurídicos. Consenso que, por otra parte, lejos de traducirse en fórmulas abstractas y vacías, recibe su contenido material del sistema de necesidades básicas o radicales que constituyen su soporte antropológico (Pérez Luño, 1990, 329 ss.; 1991a, 176 ss. y 298 ss.; 1991b, 83 ss.).

Otro demérito de algunos de los actuales empeños moralizadores del Derecho y la Política es el de promover un tipo de argumentaciones voluntaristas, puramente ideales y abstractas, desligadas de la experiencia. Está en lo cierto Elías Díaz cuando advierte que: «en cualquier ámbito o marco de actuación, pretender regular la fuerza sin tener a su vez fuerza puede resultar algo incluso edificante y meritorio, pero también patético y, en ciertas malas condiciones, hasta ridículo» (Díaz, 1993, 212).

En definitiva, el postulado del positivismo jurídico sobre la separación

entre Moral y Derecho, pese a sus eventuales ventajas en el plano metodológico, resulta irrealizable en el práctico. Ello se debe a la coimplicación de factores éticos e ideológicos en el desenvolvimiento de la experiencia jurídica. Pero, reconocer esto, no supone afirmar que la tesis iusnaturalista de la continuidad entre Política, Moral y Derecho constituya en sí misma una respuesta satisfactoria de esta problemática. Aceptar la remisión recíproca entre Política, Moral y Derecho no entraña la solución de nada, sino más bien el planteamiento de todo. Por ello, la apertura del Derecho y la Política a la Moral no deber ser un cómodo expediente para suplantar el rigor en la formulación del razonamiento jurídico por categorías difusas y nebulosas que, bajo la apelación a la Moral, enmascaren las opciones ideológicas del legislador o del juez; ni tampoco para elucubraciones ideales de programas éticos-jurídicos insensibles a los presupuestos políticos que condicionan su realización.

Al recapitular estas reflexiones estimo relevante detectar como síntoma del presente la prevalencia de las tendencias centrípetas del *ethos*. El fenómeno en sí no parece objetable porque, como he tenido ocasión de apuntar, existe hoy una inquietud ampliamente compartida para que el orden jurídico y político se fundamente sobre un consenso de los valores morales que lo fundamentan. Esta observación no implica que las corrientes centrífugas hayan perdido toda su vigencia; les incumbe todavía un papel relevante para evitar síntesis apresuradas y confusas sobre los tres sectores normativos de la vida práctica. Especialmente inquietantes me parecen algunas versiones actuales del *ethos,* postuladas desde determinados enfoques comunitaristas, que lo conciben como una vuelta a las identidades colectivas nacionalistas o tribales. Frente a ellas, hoy más que nunca, se precisa una fundamentación de los sistemas jurídicos y políticos en un *ethos* universalista, síntesis de valores multinacionales y multiculturales; un *ethos* que haga posible la comunicación intersubjetiva, la solidaridad y la paz. No se trata de la expresión de meros buenos deseos teóricos. La articulación de la relaciones entre Derecho, Moral y Política, concierne a nuestra labor intelectual, pero también a nuestra entera vida cívica y al inquirir estas cuestiones no somos observadores externos porque, en definitiva, *de nobis fabula narratur*.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. (1989), «On necessary Relation between Law and Morality», en *Ratio Jurris,* nº 2, págs. 167-186.

Biondi, B. (1973), *Arte y ciencia del Derecho*, trad. cast. de A. Latorre, Ariel, Barcelona.

Cesarini-Sforza, W. (1930), *«Jus» e «directum». Note sull'origine storica dell'idea del diritto,* Stabilimenti Poligrafici Riuniti, Bologna.

Cruz, S. (197 l), *Ius. Derectum (Directum),* Gráfica de Coimbra, Coimbra.

Denninger, E (1994), «La Reforma Constitucional en Alemania: entre Ética y Seguridad jurídica», trad. cast. de A. E. Pérez Luño, en *Revista de Estudios Políticos,* n.º 84, págs. 69-78.

Díaz, E. (1990), *Ética contra política. Los intelectuales y el poder,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Díaz, E. (1993), «El Derecho: la razón de la fuerza y la fuerza de la razón», en *Derechos y Libertades*, n.º 1, págs. 209-224.

Dreier, R. (1981), *Recht-Moral-Ideologie,* Suhrkamp, Frankfurt a. M.

Dworkin, R. (1978), *Taking Rights Seriously,* Duckworth, London, 2.ª ed. (existe trad. cast. de M. Guastavino, con Prólogo de A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1984).

Dworkin, R. (1982), «Natural Law Revisited», en *University of Florida Law Review,* vol. XXXIV, págs. 165 ss. (existe trad. cast. de S. Íñiguez, en el vol. a cargo de J. Betegón y J. R. de Páramo, *Derecho y Moral. Ensayos analíticos,* Ariel, Barcelona, 1990).

Dworkin, R. (1985), *A Matter of Principle,* Harvard University Press, Cambridge (Mass.) and London.

Dworkin, R. (1986), *Law's Empire,* Fontana, London, (existe trad. cast. de C. Ferrari, revisada por E. Abril, Gedisa, Barcelona, 1988).

Fassò, G. (1959), *La democrazia in Grecia,* Il Mulino, Bologna.

Fernández, E. (1990), *Estudios de Ética Jurídica*, Debate, Madrid.

Garzón Valdés, E. (1993), *Derecho, Ética y Política.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Habermas, J. (1992), *Faktizität und Geltung. Beitrüge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats,* Suhrkamp, Frankfurt.

Hart, H. (1961), *The Concept of Law,* Clarendon Press, Oxford, (existe trad. cast. de G. R. Carrió, Abetedo-Perrot, Buenos Aires, 1963).

Hart, H. (1962), *¿Hay derechos naturales?,* en su vol. *Derecho moral. Contribución a su análisis,* trad. cast. de G. R. Carrió, Depalina, Buenos Aires.

Hart, H. (1980), «Entre el principio de utilidad y los derechos humanos», trad. cast. de M. D. González Soler, F. Laporta y L. Hierro, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.* n.º 58, págs. 7-28.

Hart, H. (1982), «Utilitarismo y derechos naturales», trad. cast. de J. R. de Páramo, en *Anuario de Derechos Humanos,* n.º 1. págs. 147-168.

Hart, H. (1984-85): «Derechos naturales: Bentham y John Stuart Mill», trad. cast. de J. R. de Páramo, en *Anuario de Derecho Humanos.* n.º 3, págs. 137-162.

Kelsen. H. (1960), *Reine Rechtslehre,* Franz Deuticke, Wien, 2.ª (existe trad. cast. de R. Vernengo, UNAM, México, 1979).

Kelsen. H. (1979), *Allgemeine Theorie der Normen,* ed. a cargo de K. Ringhofer y R. Walter, Manzsche Verlag-und Universitätsbuchhandlung, Wien.

Laporta, F. (1993), *Entre el Derecho y la Moral,* Fontamara, Puebla (México).

Ortega y Gasset, J. (1983), *Teoría de Andalucía y otros ensayos,* en *Obras Completas,* Alianza Editorial & Revista de Occidente, Madrid, vol. 6.

Pérez Luño, A. E. (1971), *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna,* con Prólogo de Guido Fassò, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.

Pérez Luño, A. E. (1990), *Recht, Moral und Politik: Zur Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs in Spanien während der Franco-Zeit,* en el vol. col. *Spanische Studien zur Rechstheorie und Rechtsphilosophie,* a cargo de E. Garzón Valdés, Duncker & Humblot, Berlín, págs. 329-341.

Pérez Luño, A. E. (1991a), *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución,* Tecnos, Madrid; 4.ª ed.

Pérez Luño, A. E. (1991b), *¿Qué moral? Sobre la justificación moral de la obediencia al Derecho,* en «Sistema», n.º 102, págs. 83-97.

Pérez Luño, A. E. (1991c), *¿Qué deber? Consideraciones sobre el deber de obediencia al Derecho, con especial referencia a las tesis de H. L. A. Hart,* en el vol. col. *Obligatoriedad y Derecho. XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social* (Oviedo, 28 al 30 de Marzo de 1990), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, págs. 381-406.

Pérez Luño, A. E. (1992), *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica,* Minerva, Sevilla, 4.ª ed.

Pérez Luño, A. E. (1993), *El desbordamiento de las fuentes del Derecho,* Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla.

Pérez Luño, A. E. (1994), *La seguridad jurídica,* Ariel, Barcelona, 2.ª ed.

Radbruch, G. (1965), *Introducción a la Filosofía del Derecho,* trad. cast. de W. Roces, Fondo de Cultura Económica, México.

Radbruch, G. (1971), *Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes*, en el vol. *Derecho injusto y Derecho nulo,* trad. cast. de J. M. Rodríguez Paniagua, Aguilar, Madrid.

Ritter, J. (1970), «Zur Grundlegung der praktischen Philosophie bei Aristoles» en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie,* págs. 179-199.

Roberti, M. (1935), *Cristianesimo e diritto romano,* Vita e pensiero, Milano.

Schulz, F. (1946), *History of the Roman Legal Science,* Clarendon Press, Oxford.

Wolf, E. (1950-56), *Griechisches Rechtsdenken,* Klostermann, Frankfurt a. M. 4 vols.(De diversos capítulos de esta obra existe trad, cast. de E. Garón Valdés con el título de *El origen de la ontología jurídica en el pensamiento griego,* Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), 1965, 2 vols.).

EL TRIBUNAL DE LA CONCIENCIA Y LA CONCIENCIA DEL TRIBUNAL (UNA REFLEXIÓN ÉTICO-JURÍDICA SOBRE LA LEY Y LA CONCIENCIA)

Como a cualquiera se le alcanza, el título de este trabajo responde a una bien conocida figura retórica -a la que cabría dar, entre otros, los nombres de «quiasmo» y de «retruécano»-, figura consistente en la inversión de los términos de dos frases consecutivas. Pero, lejos de interpretar tal título como un simple recurso y hasta un truco retórico, rogaría encarecidamente a los lectores que se lo tomen muy en serio, pues estoy convencido de que la idea que en él se expresa apunta al meollo de la cuestión de *la ley y la conciencia* sobre la que me propongo reflexionar en lo que sigue. Y de ahí que añada mis excusas por dedicar, como voy a hacer, una considerable parte del texto -si es que no incluso su totalidad- a explicitar la idea que dicho título insinúa, de suerte que aquéllos, si persisten en su lectura hasta el final, siempre podrán decir lo que el lector de ciertos libros pesados: « Afortunadamente, no conseguí pasar del título».

Comenzaremos, pues, por la metáfora del «tribunal de la conciencia». Aunque las alusiones a una supuesta «voz de la conciencia» se remontan a los orígenes de la literatura filosófica -como en el caso de la famosa «voz demónica», la *phoné daitnoniké,* que Sócrates oía en su interior y le avisaba contra la acción que estaba a punto de emprender, según éste nos cuenta, por boca de Platón, en su *Apología*-, el mejor ejemplo que en esa literatura se conoce de una concepción de la conciencia, y en particular de la conciencia moral, como un juez o un tribunal de nuestros actos lo encontramos en la filosofía moderna y, muy concretamente, en la obra de Kant, quien en su *Metafísica de las costumbres,* invocando el «tribunal interno al hombre» de San Pablo «ante el que sus pensamientos se acusan o se disculpan entre sí», escribiría que «la conciencia *(Bewusstsein)* de semejante tribunal interno al hombre es la conciencia moral

(Gewissen)»[1]. En la lengua española, a diferencia de la alemana, no contamos con dos palabras distintas para designar respectivamente a la simple conciencia o consciencia a secas y a la conciencia moral, pero todos tenemos claro que ser consciente de que uno ha hecho algo no es exactamente lo mismo que serlo de que ese algo está mal o de que no debería haber sido hecho, y eso es todo cuanto se necesita a los efectos de preservar la distinción kantiana entre «conciencia» y «conciencia moral».

En cuanto a Kant, tras definir de aquella guisa la *conciencia moral,* procede a describirla en los siguientes términos un tanto escalofriantes: «Todo hombre tiene conciencia moral y se siente observado, amenazado y sometido a respeto -respeto unido al temor- por un juez interior; y esa autoridad que vela en él por las leyes no es algo *producido arbitrariamente* por él mismo, sino inherente a su ser. Cuando pretende huir de ella, le sigue como su sombra. Puede, sin duda, aturdirse y adormecerse con placeres y distracciones, mas no puede evitar volver en sí y despertar de cuando en cuando tan pronto como percibe su terrible voz. Puede incluso, en su extrema depravación, llegar a no prestarle atención, pero lo que no puede en ningún caso es *dejar de oírla*»[2].

Para algunos, este texto de Kant sería una muestra más del sombrío pesimismo que se suele asociar a su así llamado rigorismo moral, pero tampoco faltará quien crea apreciar en él el cándido optimismo del ilustrado, del ilustrado cristiano por más señas, que mal que bien se las apaña para exaltar la condición eminentemente moral del ser humano. Después de todo, no deja de resultar dudoso que la voz de una conciencia moralmente ineducada consiga no ya hacerse oír, sino ni tan siquiera romper a hablar, de la misma manera que, sin la educación moral que habitúa al hombre a prestarle oídos, parece harto improbable que éste llegue a escuchar jamás la voz de su conciencia. Y todo ello por no hablar de la compleja estratificación e interarticulación de los diversos registros de esa voz con los que estamos bien familiarizados desde Freud. Lo que describe Kant como un rasgo de la naturaleza humana quizás no pase, pues, de reducirse a una contingencia psico-socio-histórica de la constitución del hombre como un sujeto moral. Y, aun así, la mudez y la sordera de, y ante, la voz de la conciencia tendrán todo el derecho a figurar entre los apartados o capítulos de una fenomenología moral medianamente digna de ese nombre.

Pero, por más que la voz de la conciencia permanezca frecuentemente

---

[1] Immmanuel Kant, *Metaphysik der Sitten,* Kants Werke, Akademic Ausgabe, vol. VI, pág. 438 (hay traducción castellana de A. Cortina y J. Conill, Madrid, 1989).

[2] Ibíd., loc. cit.

sumida en la afonía y nosotros hagamos con no menos frecuencia oídos sordos a su llamado, esto es, por más exagerada que nos parezca la afirmación de Kant según la cual «todo hombre» tiene, y tiene siempre, conciencia moral, lo cierto es que a veces aducimos obligaciones de conciencia como motivos de nuestras acciones y experimentamos sentimientos de culpa o remordimientos de conciencia cuando obramos en contra de sus dictados. Negar estos fenómenos también sería atentar contra la fenomenología moral y, desde luego, haría ininteligible la lectura no sólo ya del Nuevo Testamento, sino la de un sinnúmero de piezas de la historia literaria -desde Esquilo a Dostoyevski-, así como la obra de unos cuantos filósofos morales, Kant sin duda entre ellos. De modo que admitido, con todas la cautelas que se quieran, que existe algo así como la conciencia moral, la cuestión pasa a ser cómo habríamos de entender para nuestros efectos la caracterización kantiana de la misma que acabamos de ver, esto es, su caracterización como un «tribunal» que nos obliga a desdoblarnos a la vez en jueces y acusados.

Por lo que se refiere a tal desdoblamiento, se trata de un ejemplo, entre otros posibles, de lo que modernamente se conoce como la estructura *reflexiva* de nuestra subjetividad. La filosofía moderna, como tantas veces se ha dicho, no sólo ha sido hasta ayer mismo una «filosofía de la conciencia», sino una filosofía de la «autoconciencia», autoconciencia presupuesta en el célebre *cogito* cartesiano, puesto que nadie puede decir «Pienso» sino gracias a esa reflexividad que le permite cobrar conciencia de sí mismo en tanto que sujeto pensante o cognoscente. Y otro tanto vendría a acontecer con nuestra condición de sujetos agentes más bien que cognoscentes y, en especial, con nuestra condición de sujetos morales. Lo que Kant llama «juicio» desde un punto de vista moral *(iudicium)* descansa en la capacidad que tiene ese sujeto de desdoblarse en *sí mismo* y en *otro*, un otro al que el sujeto pone por juez de sus propios actos y ante el que se presenta como si lo hiciera «ante una audiencia» *(coram iudicio)*, mas con la particularidad de que la ley, la *ley moral*, con que aquel otro ha de juzgarle no es -advierte Kant- sino la ley que el sujeto «se ha dado a sí mismo»[3]. Pues en el tribunal de la conciencia, el sujeto moral no sólo es, además de «reo», «juez», sino también «legislador» o autolegislador. Con otras palabras, lo característico del *sujeto moral* no es ya, o no es sólo, el atributo de la *autoconciencia,* sino el más decisivo de la *autonomía.* Naturalmente, el sujeto moral no siempre se halla en situación de «inventarse» los contenidos

[3] Kant. op. cit, págs. 379 y ss.. 388-9,437 y ss.: cfr. asimismo *Grundelegung zur Metaphysik der Sitten,* K. W., Ak., vol. IV, págs. 432 y ss., 446-9 (hay trad. cast. de M. García Morente, Madrid, 1921, y L. Martínez de Velasco, Madrid, 1990).

de su moral, como a veces han hecho los grandes moralistas o reformadores morales a lo largo de la historia, sino que dichos contenidos proceden normalmente de estos o aquellos «códigos morales» vigentes en su tiempo y en su sociedad, siendo las «fuentes» de tal moralidad las religiones, las concepciones del mundo y de la vida, las ideologías políticas, etcétera. Pero aunque tales contenidos morales son, en un obvio sentido, «heterónomos», esto es, advienen a la conciencia moral desde una instancia ajena a ella, el sujeto moral siempre podrá asumirlos «autónomamente» si ésa es su voluntad, con lo que el *nómos* en cuestión dejaría de ser *heterónomo* para pasar a convertirse en ley moral autónoma: como Kant diría en otra parte, la existencia de semejante ley moral autónoma nos lleva a conocer que somos «libres» o, si lo preferimos decir así, la *libertad* se convierte ni más ni menos que en la *razón de ser* de la ley moral y de nuestra mismísima condición de sujetos morales[4]. Y es que, en efecto, la libertad no sólo hace posible que nos demos a nosotros mismos «nuestra propia ley», sino *también* hace posible que seamos «capaces de cumplirla o incumplirla». Es decir, nos transforma en responsables de nuestros actos y permite, en fin, que dichos actos lleguen a sernos imputados (*in meritum aut demeritum,* escribe Kant) y seamos por ellos condenados o absueltos cuando el tribunal de la conciencia, concluido el proceso que hemos estado describiendo, pronuncie su sentencia.

Pero con esto de la libertad hemos tocado una cuestión crucial para la ética y, por lo pronto, para la ética de Kant que nos servía de punto de partida. Me refiero al problema que Kant se planteó bajo la forma de una famosísima antinomia, la tercera antinomia de la *Crítica de la razón pura*, la «antinomia de la causalidad y la libertad»[5]: al igual que los restantes acontecimientos de este mundo, las acciones humanas tendrían que poder ser explicadas *causalmente;* pero, a diferencia del resto de los seres de este mundo, los hombres acostumbran a concebirse a sí mismos como libres, según nosotros mismos acabamos de comprobar (quien haga suya la *tesis* de la libertad, tendría que renunciar a la posibilidad de suministrar una explicación causal de sus propias acciones; mientras que, para quien se instale en la *antítesis* de la causalidad, tal libertad no pasaría de imaginaria, no habría en rigor lugar a hablar de ella, la tesis de la libertad se vendría abajo). En nuestros días, no han faltado filósofos -como es, señaladamente, el caso de Karl Popper- que retomen el planteamiento kantiano convencidos de que la antinomia se torna

[4] I. Kant, *Kritik der praktischen Vernunft,* Ak., vol. V, pág. 4 (hay trad. cast. de M. García Morente, Madrid, 1913).

[5] I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft,* Ak., vol. IV, A 444-51, B 472-9 (hay trad. cast. de P. Ribas, Madrid. 1978).

resoluble con sólo cambiar el concepto de ciencia envuelto en ella. En su caso, sustituyendo el determinismo universal de la ciencia newtoniana, a la que Kant nunca dejó de serle fiel, por una concepción indeterminista la ciencia como la que Popper siempre ha gustado de hacer suya. Por un lado, nos dirá, ni tan siquiera máquinas tan perfectamente determinadas como lo son en apariencia los relojes se salvarían de verse afectadas por factores fortuitos, como los derivados de la fricción. Por otro lado, fenómenos tan aparentemente indeterminados como las nubes estarían a su vez lejos de exhibir una perfecta aleatoriedad, como lo prueba el hecho de que seamos capaces de predecir el tiempo. En cuanto a los hombres y sus acciones, vendrían a ocupar -para decirlo con el título de un conocido trabajo de Popper- un lugar intermedio *entre las nubes y los relojes*. Además del mundo físico en que se ubican sus cuerpos y del mundo mental constituido por sus conciencias, los seres humanos interaccionan por ensayo y error en, y con, un tercer mundo que es el universo poblado por sus productos simbólicos, incluidos entre ellos sus teorías científicas y también sus instituciones sociales: unas y otras influyen sobre el medio en que se desenvuelve la conducta humana, desde donde reobran sobre ésta gracias a una suerte de efecto de retroalimentación (en consecuencia, una cierta «determinación de la conducta» por el medio resulta inevitable, pero tal determinación nunca es completa, resultando a su vez el medio susceptible de ser «determinado por el hombre»; que es lo que Popper trata de expresar recurriendo a la idea de un control plástico de la conducta por el medio y viceversa[6], idea que según él nos daría pie a escapar del determinismo y salvaguardar la libertad). Por lo que a mí respecta, sin embargo, dudo mucho que la de Popper constituya ninguna superación de la antinomia kantiana y creo más bien que el problema que Kant se planteaba permanece absolutamente intacto.

La distinción de este último entre causalidad y libertad se doblaba, en rigor, de otras dos distinciones muy importantes para Kant. En primer lugar, una distinción de carácter *epistémico-metafísico*, a saber, la distinción entre el mundo *sensible* -que Kant llamaba *fenoménico*-, presidido por una trama de relaciones de causa-efecto, y un mundo allende dicho mundo empírico, un mundo *inteligible* llamado por Kant *nouménico* y en el que emplazaría al sujeto libre. Se trata, como vemos, de una distinción de notable densidad metafísica, a la que tendríamos que rebajar de grado para adaptarla a estos tiempos que no en vano se califican de «postmetafísicos». Y, junto a ella, tendríamos otra distinción -esta vez de carácter *metafísico-moral*-, a

[6] K. R. Popper, *Objective Knowledge,* Londres, 1972. págs. 206 y ss. (hay trad. cast. de C. Solís, Madrid. 1982).

saber, la distinción entre el mundo del *ser* y el del *deber-ser,* distinción que, por más metafísica que nos parezca, quizás podamos formular en términos ametafísicos, pero tenemos en cualquier caso que asumirla si deseamos distinguir no ya entre dos tipos de ciencia como Popper, sino entre *ciencia* y *ética*. Considerémoslas por este orden.

La primera de dichas distinciones tendría que ser hoy rechazada si con ella nos obligásemos a aceptar que el sujeto libre sea un «sujeto nouménico», sustraído por tanto al orden de la causalidad, ni mucho menos algo por el estilo de lo que la tradición filosófica prekantiana llamaba un «yo substancial», un yo que se hallase por debajo del, o sotopuesto al, yo empírico de cada cual (lo que los griegos denominaron *hypokeímenon* -traducido por los latinos por *subjectum-,* así como *hypóstasis,* traducido por los latinos por *persona*)[7]. No hay evidentemente nada de eso. El sujeto moral, en tanto que sujeto libre, no se halla sotopuesto ni superpuesto al -ni por debajo ni por encima del- sujeto de carne y hueso que somos cada uno, que además tampoco somos substancias en el sentido de algo hecho y derecho desde el comienzo hasta el final de nuestra vida, sino seres en devenir, perpetuamente *in fieri* desde que nacemos hasta que morimos, el único momento en que podría decirse que hemos terminado de hacernos y que justamente coincide con el momento en que dejamos de serlo todo, hasta de ser sujetos, por lo menos si no creemos en la inmortalidad personal. Pero quizás quepa expresar algo bastante semejante a lo que Kant quería decir en términos más sobrios y lingüísticos. Como Habermas ha insistido en recordar recientemente, pero apuntaron antes que él los filósofos analíticos, la filosofía se halla instalada hoy bajo el signo del *pensamiento postmetafísico* gracias a lo que se ha dado en llamar el «giro lingüístico» del pensamiento contemporáneo, esto es, aquel que nos invita a reemplazar la vieja filosofía de la conciencia por una «filosofía del lenguaje», capaz de expresar valiéndose de categorías lingüísticas -relativamente aprensibles y manejables- las inaprensibles y a veces inmanejables categorías metafísicas de la filosofía moderna precedente. Para citar un ejemplo que nos es ya familiar, pensemos en lo que más arriba se decía a propósito del tribunal de la conciencia, ante el que el sujeto moral se desdoblaba en juez y también legislador, por un lado, y en reo o acusado de violar su propia legislación moral, por otro. Semejante desdoblamiento respondía, según aclara el mismo Kant en nota al pie del párrafo antes reproducido, a la dualidad

[7] Véase sobre este punto mi trabajo «El retorno del sujeto moral en el pensamiento postmetafísico», en *Problemas actuales de la ética (Actas del VIII Encuentro de la Sociedad Castellano-Leonesa de Filosofía, Salamanca, Noviembre de 1992),* en prensa.

del yo nouménico *(homo noúmenon)* y el yo empírico o fenoménico *(homo phenómenon).* Pero no hay, en rigor, necesidad de acudir a semejante duplicación metafísica del sujeto moral para dar cuenta de lo que ocurre con el tribunal de la conciencia. Como Aranguren ha hecho ver[8], el sujeto moral es siempre un «in-dividuo» (*individuum* no es sino la traducción latina del griego *átomos,* que significa «indiviso»), pero, en tanto que sujeto moral, el individuo es también «dividuo», es decir, *dividido* en dos o dos en uno, que es lo que le permite desdoblarse -dentro de ese proceso de reflexión, de reflexión moral, que era para Platón «el diálogo del alma consigo misma»- en un *ego* y un *alter* destinados a oficiar de interlocutores en tal diálogo o, si quisiéramos decirlo echando mano de un par de pronombres personales, lo que le permite desdoblarse en un «yo» y en «tú» que deliberan.

Y la estrategia a seguir ahora con el problema de la libertad y la causalidad, cuyo protagonismo encomendaba respectivamente Kant al yo nouménico y al fenoménico, consistiría de nuevo en acudir a los pronombres personales -de la filosofía, y en concreto de la filosofía moral o de la ética, cabría decir lo que el poeta decía de la poesía, a saber, que también ella «vive en los pronombres»-, pero no esta vez los de primera y segunda persona, sino más bien los de *primera y tercera persona.* Cuando yo hablo de Fulano en tercera persona y digo que Fulano ha hecho esto o lo otro, nada me impide que le extienda lo que alguna vez he llamado el «beneficio de la causalidad», esto es, que trate de explicarme su conducta causalmente, atendiendo a los condicionamientos naturales (por ejemplo, su carácter o su temperamento) o a los condicionamientos sociales (por ejemplo, la educación que ha recibido o la clase social a la que pertenece), condicionamientos de los que la conducta de Fulano sería ahora interpretada como efecto, que es lo que hago al decirme, supongamos, que «Las circunstancias, naturales o sociales, obligan a Fulano a actuar como lo está haciendo» o que «Dadas la circunstancias, Fulano no tiene más remedio que actuar de ese modo». Pero lo que ya no me sería dado es hablar de mí mismo, en primera persona, de tal suerte, es decir, no me sería dado concederme a mí mismo semejante beneficio de la causalidad sin traicionarme moralmente e incluso dimitir de mi condición de sujeto moral, incurriendo de paso en lo que Sartre llamó la *mauvaise foi* y resultaría tal vez más apropiado llamar la «mala voluntad», la voluntad que tramposamente se engaña y cree poder rehuir el riesgo de la decisión, que es en definitiva el riesgo de la libertad (un imposible ético, como asimismo Sartre sabía bien, pues no cabe *decidir no*

[8] J. L. L. Aranguren, «La filosofía en la vida y la vida de la filosofía (Primeras Conferencias Aranguren)», *Isegoría*, 7, 1993, págs. 5-22, pág. 17.

decidir sin decidir e incluso quien -ante opciones morales alternativas- dé en suspender su decisión, dejándose llevar por los acontecimientos, habrá ya *decidido* dejarse llevar por los acontecimientos, sólo que haciéndose la trampa de no querer reconocerlo así). A nadie, pues, le es dado decir de sí mismo «Soy un juguete de las circunstancias», pues acatar la imposición causal de las propias acciones por obra de las circunstancias ya es «tomar una decisión», cosa que no puede hacerse si no se hace libremente. Ahora bien, lo que acaba de afirmarse no corresponde tanto al mundo del «ser» cuanto al del «deber ser» -la segunda de las distinciones asociadas, recordemos, a la distinción kantiana entre libertad y causalidad-, mundo éste del deber ser que *no es tampoco un ultramundo* situado en parte alguna sino la expresión de nuestra insatisfacción con «lo que hay» en este mundo, unida a la aspiración de construir «lo que (creemos que) debiera haber» en él (una aspiración, nuevamente, embotada a menudo por la *mala voluntad,* toda vez que sin reconocernos en principio como libres sólo nos restaría el pasivo acatamiento de *lo que hay,* por insatisfactorio que nos pueda parecer). Comenzando, así pues, por nosotros mismos, nosotros no «debiéramos» traicionarnos nunca moralmente, no «debiéramos» nunca dimitir de nuestra condición de sujetos morales, no «debiéramos» incurrir jamás en la mala voluntad, pero lo cierto es que, de hecho, hacemos de ordinario todo eso que no debemos hacer, prestando así harto mayor fidelidad a lo que «somos» que a lo que creemos que «debiéramos ser». Y, en cuanto a esta segunda distinción entre el mundo del ser y el del deber ser, no sólo habría de permitimos distinguir a la ética respecto de la ciencia, sino asimismo respecto de la *ontología* -sino somos heideggerianos, no tendremos por qué distinguir entre una «ontología» y una «óntica», con lo que la ontología podría muy bien entonces concebirse como continua con la ciencia-, pues lo que diferencia de ellas a la ética es que esta última, según se acaba de indicar, no es un registro, ni científico ni ontológico, de lo que hay, sino una instancia desde la que someter a *crítica* eso que hay y, llegado el caso, disponernos por *razones morales,* que no causas, para hacer algo por cambiarlo.

Como a nadie se le oculta, el asunto de la libertad y la causalidad es bastante más complicado en el orden social que en el orden natural. Y de ahí la improcedencia de comparar la explicación de nuestras acciones ya sea con la de fenómenos meteorológicos como las nubes, ya sea con la de artefactos mecánicos como los relojes, improcedencia que subiría de tono si de la explicación científica o tecnológica pasásemos a la *justificación* moral de las mismas[9]. La

[9] Véase mi Presentación del libro de Amparo Gómez *Sobre actores y tramoyas: la explicación situacional de la acción individual,* Barcelona, 1992, págs. 7-15.

causalidad natural, por mucho que a veces podamos controlarla con ayuda de la técnica, constituye un poder extraño ante el que en numerosas ocasiones nos sentimos impotentes y no tenemos otra alternativa que someternos: no somos libres para cambiar a nuestra voluntad las leyes de la naturaleza, y una alteración cromosómica o una lesión cerebral no sólo pueden restringir sino anular la libertad humana. También puede ocurrirnos esto último con la *causalidad social*, en especial por lo que se refiere a las llamadas «consecuencias inintencionadas» de nuestras acciones, de las que pueden derivarse y se derivan con profusión «efectos perversos» que, como la escoba del aprendiz de brujo, acaban escapando a nuestro control: ante el desencadenamiento de un proceso inflacionario podemos, en un momento dado, experimentar una impotencia comparable a la que experimentamos ante el desencadenamiento de un ciclón. Pero, en última instancia, tales efectos y consecuencias serán *efectos y consecuencias de nuestras acciones* por más que luego cobren vida propia, como por lo demás también sucede en no menor medida con las consecuencias intencionadas y los efectos no-perversos de la acción que cristalizan, por ejemplo, en instituciones sociales. Aun cuando la causalidad social pueda también determinarnos, e incluso nos determine en ocasiones con no menor compulsión que la causalidad natural, se tratará siempre de causas desencadenadas en última instancia por nosotros mismos. Por lo demás, no deja de ser cierto que la concepción más defendible de las «leyes (de las ciencias) sociales» -en la medida en que estas últimas no pasan de constituir, en el mejor de los casos, sino regularidades estadísticas más o menos precisas- guarda un mayor parecido con la moderna concepción indeterminista de las «leyes (de las ciencias) naturales» que con su concepción determinista clásica, pero, dejando a un lado el hecho de que el indeterminismo epistemológico no es lo mismo que la indeterminación ontológica, la *indeterminación* no es desde luego libertad, la cual se manifestará, antes bien, en aquella suerte de determinación no causal que conocemos como *autodeterminación*. Nosotros mismos, en tanto que sujetos morales, somos, qué duda cabe, un producto social, y no está claro que en otras épocas u otras sociedades menos evolucionadas los individuos se hallen en condiciones de autoconcebirse como sujetos morales a nuestra usanza, Pero, por más que nuestra propia subjetividad moral haya podido ser socialmente causada, lo habría sido con la particularidad de ser *nosotros* la causa remota de esas otras causalidades intermedias representadas por las prácticas sociales y su correspondiente cristalización institucional. Por lo demás, es innegable que dichas prácticas e instituciones sociales coartan nuestra libertad al menos tanto cuanto contribuyen a posibilitarla, llegando en ocasiones a asfixiar toda capacidad

de autodeterminarse por parte de los individuos. Pero, aun si se tratase de un empeño destinado a la postre a fracasar, estaría siempre en nuestra mano la posibilidad de hacer algo por cancelar aquella ciega necesidad que hemos contribuido a establecer, necesidad que ha merecido la expresiva denominación de *síntesis de la fatalidad* y ha sido compendiada en el proverbio chino «Cuando la flecha está en el arco, tiene que partir»[10]: cuando la flecha está en el arco, tiene que partir fatalmente en virtud de los usos sociales, usos bélicos por ejemplo, que -una vez instituidos- pueden llegar a funcionar de forma tan inexorable como los instrumentos de marras, el arco y la flecha mismos, que al igual que aquéllos han sido creación nuestra. Mas, en rigor, la flecha únicamente *tiene que* partir si a semejante imperiosidad no le oponemos nuestra convicción de que *no debe* ser disparada. Que es lo que, a fin de cuentas, abre paso a la disruptiva introducción de la libertad en la vida de la sociedad por la vía de la decisión moral.

Aunque *el tribunal de la conciencia* parecía quedar un poco lejos a estas alturas, lo que hemos hecho hasta el momento no ha sido sino devanar algunas de las implicaciones contenidas en aquella metáfora. Por ejemplo, las relativas a la libertad de decisión del sujeto moral en que acabamos de estarnos demorando. Pero va siendo ya hora de que, al menos, digamos unas palabras acerca de la segunda parte de nuestro título, esto es, acerca de *la conciencia del tribunal.*

Para empezar por ahí un tanto abruptamente, podríamos ahora preguntarnos qué pasa con las *leyes jurídicas* en cuanto diferentes de las leyes naturales es decir, las leyes de las ciencias naturales) y las leyes sociales (es decir, las leyes de las ciencias sociales). Cuando hablo de las «leyes jurídicas» no estoy hablando, por lo pronto, de las «leyes de la Ciencia del Derecho», cualquier cosa que sea lo que tan pintoresca expresión quiera decir, sino sencillamente de las «leyes del Derecho», esto es, las leyes recogidas en los ordenamientos jurídicos. Y un sumario cotejo de esas leyes y las llamadas «leyes naturales» bastaría a poner de manifiesto lo desdichado de la invocación iusnaturalista de una supuesta *ley natural* que estaría ciertamente lejos, ni lo pretenderían así los iusnaturalistas, de podérsenos imponer por vía causal. Como lapidariamente escribiera Rousseau, «la naturaleza no produce derecho alguno», ni siquiera, añadamos, Derecho Natural, que, como tantas veces se ha dicho, tiene bastante poco de «derecho» y menos aún de «natural». En cuanto al cotejo de las leyes jurídicas con las llamadas «leyes sociales»,

---

[10] Cfr. Rafael Sánchez Ferlosio. «Cuando la flecha está en el arco, tiene que partir», en J. M. González-C. Thiebaut (eds.), *Convicciones políticas, responsabilidades éticas* (V Semana de Ética y Filosofía Política), Barcelona, 1990, págs. 245-78.

reviste, desde luego, mayor complejidad, pero el criterio de distinción entre unas y otras vendría a ser similar al anterior, dado que las leyes sociales, si las hay, se nos impondrán asimismo por vía causal, mientras que la *coacción jurídica* nada tiene que ver con la imposición de una causalidad. La prueba de ello es que las leyes jurídicas podrán ser desobedecidas -en España contamos con una nutrida bibliografía sobre el tema de «la desobediencia al Derecho», inaugurada en su día por un magistral ensayo del profesor Felipe González Vicén[11]-, pero carece en cambio de sentido hablar de desobedecer las leyes del mercado dentro del marco de una economía capitalista, pues la desobediencia a ellas no les resta eficacia causal, como lo haría patente la ruina de quien se arriesgue a desobedecerlas. Quien desee oponerse a aquellas leyes lo que tiene que hacer *no* es *desobedecerlas,* sino tratar de corregir el funcionamiento del sistema económico de mercado y hasta de acabar con el capitalismo, cosa, por todos los indicios conocidos, bastante más difícil de hacer que de decir, lo que no implica que no quepa intentarlo con mejor tino o con mayor fortuna que hasta ahora. En cuanto al ejemplo del arco y de la flecha que antes veíamos, lo propuse deliberadamente allí en virtud de su ambigüedad, pues la actitud del arquero que se negase a disparar podría responder tanto a su oposición a una ley social cuanto a su oposición a una ley jurídica. En el primero de ambos casos, las guerras acostumbran a estallar sobre la base de una serie de condicionamientos que discurren desde la existencia de ejércitos e industrias de armamentos a la vigencia de una mentalidad agresiva en capas más o menos amplias de la población, y tratar de contrarrestar la eficacia concertada de todas esas concausas a golpe de desobediencia quizás no contribuyera más al fomento de la paz de lo que la desobediencia a las leyes del mercado contribuiría a la prosperidad económica del desobediente; pero si de lo que se trata es de *desobedecer una ley jurídica* como la que regula la prestación del servicio militar, entonces sí que tendría sentido desobedecerla e incluso tal desobediencia podría luego repercutir por vía causal en el sistema social mismo, contribuyendo, por ejemplo, a minar la solidez de las fuerzas armadas o a incrementar la propagación de movimientos pacifistas. En ocasiones, esa desobediencia descansa en «objeciones de conciencia», lo que remite al tribunal de la conciencia del objetor, si bien lo que nos interesa ahora no es ya, como anunciamos, el «juez» de la conciencia sino por el contrario la «conciencia» del juez. Como tampoco

[11] F. González Vicén, «La obediencia al Derecho», recogido en su libro *Estudios de Filosofía del Derecho,* La Laguna, 1979, págs. 365-98 (para un resumen hasta la fecha de semejante discusión, en curso todavía, cfr. Juan Ramón de Páramo, «Obediencia al Derecho: revisión de una polémica», *Isegoría*, 2, 1990, págs. 153-61).

sería ahora nuestro tema, aunque obviamente lo incluya, el del pronunciamiento de los jueces ante el quebrantamiento de la ley por motivos de conciencia de parte de los encausados, como en el caso de ese paso más sobre la objeción de conciencia que se conoce con el nombre de *insumisión* y se traduce en la negativa a cumplir la prestación sustitutoria del servicio militar legalmente prevista para los objetores.

La absolución hace algún tiempo de un «insumiso» en nuestro país levantó una considerable polvareda polémica de la que quedarán, cuando se sedimente, valiosas contribuciones de algunos destacados filósofos compatriotas del Derecho[12] que me excusan de entrar en la cuestión. Y en relación con este punto, por lo tanto, me limitaré a señalar que estoy de acuerdo con Hans Welzel cuando afirma que «obrar en conciencia» no es lo mismo que «obrar como es debido» ni tan siquiera desde un punto de vista moral, a lo que, no obstante, añadiría que -aun cuando nadie pueda nunca tener la seguridad de estar haciendo lo que moralmente debiera- hacer lo que en conciencia cree que debe hacer es lo más lejos que un individuo puede ir cuando pretende cumplir con su deber moral, por lo que, en lo tocante a tal deber, no alcanzo a divisar otra instancia por encima de la conciencia individual. Naturalmente, la situación es muy distinta por lo que se refiere al cumplimiento de un deber legal, pero tampoco aquí sabría decir si acierta Welzel cuando, en el capítulo de su libro *Más allá del Derecho natural y del Positivismo jurídico* dedicado a «La ley y la conciencia»[13], rechaza bienintencionadamente la cruda
concepción de la norma jurídica como una «norma coactiva de carácter heterónomo» para abogar por la «obligatoriedad en conciencia del orden jurídico dotado de validez normativa» que se supone que el individuo habría de internalizar autónomamente -¿pero dónde está entonces el conflicto entre la ley la conciencia que motivaba nuestra consideración?-, obligatoriedad en conciencia del orden jurídico que sería para Welzel «lo que distingue al Derecho de la fuerza». Pese a lo cual la fuerza vendría luego a apoyar al Derecho -como no cabía menos que esperar, se me ocurre- a la hora de «imponer coactivamente la realización de aquel orden jurídico» que la obligación en conciencia de acatarlo por parte de los individuos no alcanza, por lo visto, a asegurar. Aunque Welzel no es insensible a la «tensión», a veces trágica, que subsiste entre la ley y la conciencia[14],

---

[12] Cfr., a título de muestra, las contribuciones de María José Añón, Rafael de Asís, José María Contreras, Eusebio Fernández, José Manuel Gómez Benítez, Javier de Lucas, Gregorio Peces-Barba, Luis Prieto, Alfonso Ruiz Miguel y Ernesto Vidal a G. Peces-Barba (ed.), *Ley y conciencia,* Madrid, 1993.

[13] H. Welzel, *Naturrecht und Rechtspositivismus,* Aquisgrán, 1959 (hay trad. cast., por la que cito, de E. Garzón Valdés, Córdoba, Argentina, 1962, págs. 65-103).

[14] Ibíd., especialmente págs. 88 y ss. (Para un juicio más ponderado que el esbozado aquí sobre la posición de Welzel, véase la Introducción de Ernesto Garzón Valdés, «El pensamiento jurídico de Hans Welzel», a la traducción de la obra de este último citada en la nota precedente).

se diría que su mayor preocupación se endereza en definitiva a apaciguarla, lo que francamente no me parece deseable.

No me parece, insisto, deseable tratar de apaciguar la *tensión,* o el conflicto, entre la conciencia *moral* y la ley *jurídica:* esa tensión no es infecunda -permite, entre otras cosas, que se redacten papeles como éste-, probablemente sea inapaciguable y lleva, en cualquier caso, abierta muchos siglos, por lo menos desde su dramatización a manos de Antígona y Creonte, como para dar en cerrarla ahora con prisas y a destiempo. (Que no nos pase como en aquella anécdota que contaba un escritor español poco agraciado aunque gracioso a ratos -José María Pemán- en relación con el estreno de su versión del *Edipo* de Sófocles, para lo que no se le ocurrió cosa mejor que invitar a su palco a un general de infausta memoria por su brutalidad y escasas luces, que fue durante muchos años, y lo era a la sazón, Ministro de Gobernación bajo la dictadura franquista. Conforme la representación avanzaba, el invitado se iba poniendo cada vez más nervioso y excitado hasta que, en un momento dado, no pudo contenerse por más tiempo y aferró bruscamente el brazo del autor, exclamando con los ojos fuera de las órbitas «Pero, Pemán, este hombre está casado con su madre!», a lo que Pemán, tratando como fuera de salir del trance, respondió «Tranquilícese usted, mi General, que lleva así unos cuantos siglos ya». Como el aciago matrimonio de Edipo y de Yocasta, también el enfrentamiento de Antígona y Creonte es un enfrentamiento secular, por lo que no resulta aconsejable tratar de resolverlo de hoy para mañana y sería mejor dejarlo estar).

Pero vayamos ya con «la conciencia del tribunal» o de los jueces. Si comparamos la conciencia del juez con la conciencia del sujeto moral que intervenía en la metáfora kantiana del comienzo, apreciaremos, por lo pronto, una importante diferencia. La conciencia del juez, como la de cualquier mortal, puede no menos desdoblarse -*desde un punto de vista moral*- en juez (y autolegislador), por un lado, y en acusado por el otro; pero en tanto que juez -esto es, *desde un punto de vista jurídico*- no hay evidentemente tal desdoblamiento, el juez no ocupa aquí el banquillo del acusado (aunque pueda, sin duda, «ponerse en su lugar» a los efectos de comprender la conducta de este último) y, lo que para nosotros es más importante, tampoco es ya legislador (para decirlo recurriendo de nuevo a los pronombres personales, la ley con la que el juez ha de juzgar ya no procede de su «yo», sino del «nosotros» de la comunidad, o de la sociedad, o del

Estado en cuyo nombre juzga, un *nosotros* que -en un régimen de democracia más o menos representativa y con división de poderes- encarnará en los órganos, el Parlamento por ejemplo, que usufructúan el poder legislativo). Por descontado, el juez como persona es sólo uno, como una sola en su conciencia, pero las decisiones que el juez tome desde esa su conciencia se verán constreñidas por la ley ajena a ella que tiene que aplicar. Nos encontramos, así pues, ante el caso realmente singular de un sujeto que -sin dejar de ser por ello un sujeto moral- podría tal vez decir, sin incurrir en «mala fe» (esto es, en mala voluntad), «No me es dado actuar de otra manera» o, con otras palabras, «No soy libre de decidir sino dentro de los límites que me marca la ley», donde las *constricciones* impuestas por esta última ya no operarían por vía causal (como en los casos que antes vimos de las leyes naturales o sociales), sino serían, estrictamente hablando, *constricciones jurídicas,* las constricciones, por así decirlo, del *imperio de la ley* (para muchos, ahí residiría la grandeza y la servidumbre de la judicatura, y a eso vendría por tanto a reducirse el problema de la conciencia del juez). Pero teniendo en cuenta que el juez es, como se ha dicho, un sujeto moral, ¿cabe pensar que, de esa suerte, se hayan acabado sus problemas? ¿Cabe pensar que un juez no tenga «problemas de conciencia», o no será más bien que el problema de la conciencia del juez, dado por resuelto con tanto apresuramiento, comienza justamente a partir de este punto?

Naturalmente, la cuestión ni tan siquiera se suscitaría si admitiésemos -como hoy, por fortuna, está ya lejos de admitirse, siquiera con el grado de generalización que en otros tiempos- la concepción extremadamente formalista de la aplicación del Derecho según la cual la *decisión jurídica* se sigue *lógicamente* (esto es, de acuerdo con los patrones de inferencia de la lógica deductiva) y sin *problemas* (problemas, por lo pronto, hermenéuticos o de interpretación de los textos legales, pero también, según se ha dicho, problemas prácticos y en última instancia morales, como los relativos a la justicia de la decisión) de las *formulaciones de las normas que hay que presuponer como vigentes*[15]. El juez no es, en efecto, un *ergo,* es decir, una partícula ilativa cuya única función sea conectar unas premisas con una conclusión dentro de un silogismo, como en el caso del llamado «silogismo judicial» que se limita a derivar, al menos en apariencia, una sentencia a partir de una norma o conjunto de normas, tras de la subsunción de los hechos relevantes bajo el supuesto regulado por la ley. Como ha mostrado Manuel Atienza en su excelente

[15] Cfr. la pormenorizada problematización de la normatividad jurídica llevada a cabo por Juan Carlos Bayón en la Introducción a su libro *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción,* Madrid, 1991, págs. 17-45.

libro *Las razones del Derecho*[16], la propia lógica formal deductiva ha flexibilizado en tal contexto la angostura de su rigor hasta desembocar en una serie de *teorías de la argumentación jurídica,* que es precisamente el subtítulo del libro (las más acreditadas de entre esas teorías se moverían en un espacio intermedio que discurre desde el *ultrarracionalismo* de un Ronald Dworkin -cuyo juez Hércules hace gala de una envidiable confianza en la capacidad de su *razón*- hasta el *irracionalismo* de un Alf Ross, si merece tacharse de irracionalista su realista llamada de atención sobre el hecho de que las decisiones jurídicas, al igual que sucedería con cualquier otro género de decisión, dependen de la *voluntad* del sujeto de las mismas -en este caso, el juez- al menos tanto como de su razón).

En opinión de Dworkin, la argumentación jurídica tendría que conducir en cualquier caso -incluidos los llamados «casos difíciles», en los que se tropieza con la dificultad de dar con una norma que resulte aplicable al caso- a *una única respuesta correcta,* que acaso el juez real no sea capaz de encontrar pero que, al menos idealmente, se hallaría al alcance de las portentosas facultades de Hércules. El problema es, no obstante, que las razones jurídicas «suelen salir a pasear» -como alguna vez se ha dicho- «por parejas», cuando no en grupo o en manada, y el mismísimo Hércules podría tenerse que enfrentar a *más de una respuesta correcta* entre las cuales se viera obligado a elegir[17]. Y ello por no pensar, como también ha sido sugerido, en la posibilidad de dos o más jueces Hércules con *respuestas incompatibles o contradictorias* para un mismo caso difícil. En semejantes circunstancias de indeterminación jurídica, Herbert Hart ha opinado que no habría otro remedio que encomendar tal caso a la *discrecionalidad de un juez,* aunque éste no sea hercúleo, a lo que ha respondido Dworkin que eso equivaldría a conceder a dicho juez la indeseable potestad de «crear Derecho», algo a lo que, a decir verdad, no haría ascos el «voluntarismo» de Ross, como no se lo hizo en el pasado el voluntarismo jurídico de la llamada «Escuela del Derecho libre»[18]. Ahora bien, el problema -el problema del *voluntarismo* jurídico- pasa entonces a ser el de los límites de esa «creación del Derecho» por parte de los jueces, pues concebir a ésta como irrestricta equivaldría a conceder al juez la potestad absoluta que el voluntarismo teonómico medieval, y luterano, concedía a Dios al sostener que lo que Dios quiere no lo quiere por ser justo

[16] M. Atienza, *Las razones del Derecho (Teorías de la argumentación jurídica),* Madrid, 1991.
[17] Cfr. Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory,* Oxford, 1978, págs. 265 y ss.
[18] Ibíd., así como, del mismo autor, *H. L. A. Hart,* Londres, 1981.

sino más bien es justo por quererlo Dios, un *hoc volo sic iubeo, sit pro ratione voluntas,* para decirlo con Juvenal, que aproximaría peligrosamente al juez terrenal a la figura del dictador.

La irrupción de la teología en este contexto no es casual ni está traída por los pelos, pues no sólo el extremo voluntarismo, sino también el racionalismo extremo, son en definitiva secularizaciones jurídicas ya de la *omnipotencia,* ya de la *omnisciencia* de la Divinidad. En el texto de Kant al que aludíamos al comienzo, se consideraba la posibilidad de que el juez del tribunal de la conciencia no fuera más que una transposición de la idea de Dios al terreno de la razón práctica[19], y el omnisciente juez Hércules de Dworkin pertenece asimismo a esa progenie secularizada de un *Juez Supremo ideal,* propensión ésta idealizante de la que ni siquiera se ven libres las que antes llamábamos «teorías más acreditadas de la argumentación jurídica»[20]: así parece probarlo, pongamos por ejemplo, el recurso de un Neil MacCormick a la instancia de un *Espectador Imparcial* como criterio ideal de decisión coherente o consistente[21]; o la socialización de ese sujeto ideal en lo que la Retórica de Chaim Perelman da en llamar un *Auditorio Universal,* esto es, un hipotético auditorio cuya hipotética adhesión permitiría hipotéticamente contrastar la fuerza de los argumentos[22]; o, finalmente, la invocación de un *Consenso Ideal* llevada a cabo por la Teoría del Discurso de Robert Alexy, que delata un mismo aire de familia, exacerbado esta vez, si cabe, por su proclamado parentesco habermasiano[23]. Pues tal consenso ideal es presentado allí, siguiendo a Habermas, como un ideal regulativo de corrección idealmente destinado a recompensar las pretensiones de validez *(Geltungsansprüche)* del discurso jurídico en tanto que un subapartado del discurso práctico en general y, por consiguiente, del discurso moral.

Como Atienza ha visto muy bien, esta última incrustación del Derecho en la Moral constituye una idealización añadida, una idealización, en este caso, particularmente arriesgada, pues podría contribuir a difuminar la frontera que separa, y está bien que lo haga, al Derecho sin más del Derecho justo[24]. Y la contrapartida, no menos improcedente, de semejante difuminación de fronteras consistiría a

---

[19] Kant, *Metaphysik der Sitten,* cit., pág. 439.

[20] Véase el tratamiento que les dispensa Atienza, op. cit., cc. III, V y VII.

[21] Ibíd, págs. 131 y ss., esp. 175-6.

[22] Págs. 65 y ss., esp. 89-91.

[23] Págs. 177 y ss., esp. 210-6.

[24] Como advierte Atienza a propósito de la *Theorie der juristischen Argumentation* de Robert Alexy (Francfort del Main, 1978; hay trad. cast. de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, 1989), «el Derecho contiene para Alexy una dimensión ideal que lo conecta, en forma conceptualmente necesaria, con una moralidad procedimental y universalista» (op. cit., pág. 203).

continuación en echar mano de la ética para extender un manto de legitimidad sobre la simple legalidad del Derecho positivo[25], por más que este Derecho sea -así para Alexy como para el resto de los teóricos de la argumentación jurídica considerados- el Derecho de un auténtico Estado de Derecho, esto es, constitucional y democrático. Por eso, en medio del sofocante clima generado por tanta idealización, me parecen sumamente oportunas, saludables y estimulantes las observaciones con las que Atienza cierra su repaso de las teorías de la argumentación jurídica, preguntándose por el tipo de ideología -de ideología jurídica- que se halla a la base de las mismas[26]: «...(Alexy) parte de una valoración esencialmente positiva de lo que es el Derecho moderno -el Derecho de los Estados democráticos- y de la práctica de su interpretación y aplicación. Aunque (Alexy) difiere de Dworkin... en cuanto que no acepta la tesis de que para todo caso jurídico existe *una sola* respuesta correcta, sigue considerando -como Dworkin- que el Derecho positivo proporciona siempre, cuando menos, *una* respuesta correcta. En definitiva, el presupuesto último del que parte es el de que siempre es posible «hacer justicia de acuerdo con el Derecho». Ahora bien, en mi opinión, la teoría de la argumentación jurídica tendría que comprometerse con una concepción -con una ideología política y moral- más crítica con respecto al Derecho de los Estados democráticos, lo que, por otro lado, podría suponer también adoptar una perspectiva más realista. Quien tiene que resolver un determinado problema jurídico, incluso desde la posición del juez, no parte necesariamente de la idea de que el sistema jurídico ofrece una solución correcta -*política y moralmente correcta*- del mismo. Puede muy bien darse el caso de que el jurista -el juez- tenga que resolver una cuestión y argumentar en favor de una decisión que es la que él estima como correcta aunque, *al mismo tiempo,* tenga plena conciencia de que ésa no es la solución a que lleva el Derecho positivo. El Derecho de los Estados democráticos no configura necesariamente «el mejor de los mundos jurídicamente imaginables (Atienza reproduce aquí literalmente una brillante e hiriente frase de Ernst Tugendhat dirigida contra la construcción teórica de Alexy)[27], aunque sí que sea el mejor de los mundos jurídicos

---

[25] Así lo refleja, ya en su título, el conocido texto de Jürgen Habermas, «Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?», *Kritische Justiz,* 20, 1987, págs. 1-16, posteriormente recogido en el apéndice *(Vorstudien und Ergänzungen)* a su libro *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechsts und des demokratischen Rechtsstaats,* Francfort, 1993 (hay trad. cast. de M. Jiménez Redondo, en preparación).

[26] M. Atienza, op. cit., págs. 251-2.

[27] E. Tugendhat, «Zur Entwicklung von moralischen Begründungstrukturen in modernen Recht», *Archiv für Rechts- und Sozalphilosophie*, 14, 1980, págs. 1-20, pág. 4.

existentes... (Pero) la práctica de la adopción de decisiones jurídicas mediante instrumentos argumentativos no agota el funcionamiento del Derecho, que consiste también en la utilización de instrumentos burocráticos y coactivos. E incluso la misma práctica de argumentar jurídicamente para justificar una determinada decisión puede implicar en ocasiones *un elemento trágico* (en otro lugar, y en otros textos, Atienza ha denominado «casos trágicos», en cuanto diferentes de los «casos fáciles» pero también de los «casos difíciles», a aquéllos en los cuales no existe *ninguna* respuesta correcta, viniendo a constituir, por tanto, casos que «no se pueden decidir si no es vulnerando el ordenamiento jurídico»)»[28].

Y son esos *casos trágicos,* entre otros, los que por excelencia plantean *problemas de conciencia* a los jueces y tribunales, como trágico es el conflicto entre la *ley* y la *conciencia,* entre el *Derecho* y la *justicia,* entre *el ser jurídico o legal* y *el deber ser político o moral*.

En un libro de Pietro Barcellona que acaba de traducirse al castellano[29], aquél escribe que *el sentido de la tragedia* es necesario para preservar la tensión entre el Derecho y la justicia. Y, si traigo su libro a colación, es porque Barcellona fue en su día un conspicuo representante de aquel movimiento iusfilosófico que se acogiera bajo el rótulo por entonces prometedor del «uso alternativo del Derecho». Desde un marxismo crítico, y autocrítico, sus adherentes trataron de corregir la proverbial desconsideración del Derecho en dicha tradición de pensamiento y -persuadidos de que las prácticas jurídicas nacen al calor del conflicto de los intereses sociales y se desarrollan inmersas en tal conflicto- pretendieron valerse del Derecho para contribuir a la transformación política de la sociedad en una dirección más justa: el progresivo derrumbe del marxismo europeo, con el consiguiente descrédito de su producción teórica, se llevó al movimiento consigo en la nada y hoy ya no se habla apenas

---

[28] M. Atienza, op. cit., pág, 232; cfr., asimismo, «Sobre lo razonable en el Derecho», *Revista española de Derecho Constitucional,* 27, 1989, págs. 93-110 y *Tras la Justicia (Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico),* Barcelona, 1993, págs. 136 y ss., 177-80, donde -a propósito del «caso del insumiso» más arriba aludido- escribe que «los jueces (o, al menos, algunos jueces) no se enfrentan aquí con un simple problema de elección entre diversas soluciones alternativas, sino con un verdadero dilema: o sacrifican el principio de legalidad y de subordinación del poder judicial al legislativo, o sacrifican el principio de libertad de conciencia, de proporcionalidad de las penas, de exclusiva protección penal de bienes jurídicos, etc.; todavía más simple: o hacen justicia, o aplican la ley».

[29] P. Barcellona, *Postmodernidad y comunidad: el regreso de la vinculación social,* trad. de H. C. Silveira-J. A. Estévez-J. R. Capella, Madrid, 1993, pág. 93.

de él[30]. Tengo para mí que se trató de un infortunio en buena parte inmerecido, pues su suerte, en cualquier caso, no merecía estar ligada a la del «socialismo real», al que la mayoría de los miembros del movimiento siempre consideraron bastante más «real» que «socialista». En cuanto a un superviviente como Barcellona, se muestra en este libro más como un filósofo político que como un iusfilósofo, consciente, por ejemplo, de que la protección jurídica de la infancia y la ancianidad, por acudir a dos ilustraciones capaces de excitar nuestros buenos sentimientos, y en general la protección de esos derechos humanos que son los derechos económicos y sociales[31], no avanzará gran cosa si no se actúa enérgicamente sobre las estructuras sociales en que anida y se perpetúa la injusticia, esto es, si no se actúa sobre la esfera de lo que más arriba hemos llamado *la causalidad social*.

Pero la sensibilidad para «lo trágico» pervive al menos hoy, en otra corriente de pensamiento jurídico tan distinta de aquélla como distante, y no sólo en el tiempo sino asimismo en el espacio, pues la separa de Europa nada menos que el océano Atlántico. Me refiero al movimiento conocido con el nombre de *Critical Legal Studies y* desarrollado en los Estados Unidos desde otras tradiciones intelectuales que las europeas, aunque en la formación originaria de algunos de sus representantes no falten ramalazos de una cierto neomarxismo sesentayochista[32]. Por lo que a mí respecta, y para concluir, quisiera referirme al tratamiento que uno de los más cualificados líderes de tal corriente, Duncan Kennedy, de la Harvard Law School, dispensa a lo que dimos en llamar un «caso trágico».

El texto que contiene su examen de este último se titula «Libertad y constricción en la aplicación judicial de la ley o el Derecho» -por traducir mediante un circunloquio el término *adjudication,* tan intraducible como lo suelen ser los procedentes del *common law,* anglosajón- y lleva por subtítulo el de «Una fenomenología crítica», aun cuando constituye, para precisarlo todavía más, un ejercicio de análisis o «autoanálisis existencial», no siendo extraño que Sartre aparezca

---

[30] Del eco que tuvieron en España sus propuestas dan testimonio las simpacéticas alusiones de Elías Díaz en su libro *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático,* Madrid, 1978, págs. 54, 68, 127-8, 187 y ss., y el volumen colectivo de Nicolás López Calera, Modesto Saavedra y Perfecto Andrés Ibáñez, *Sobre el uso alternativo del Derecho,* Valencia, 1978.

[31] Barcellona, op. cit., págs. 105 y ss.

[32] La muy interesante tesis doctoral del profesor de la Universidad de Alicante Juan Antonio Pérez Lledó, *El movimiento «Critical Legal Studies»,* que espero ver pronto publicada, insiste incluso en conectarlo con la Teoría Crítica francfortiana, aun cuando en su opinión se trata de una corriente polimorfa que responde a otras muchas y muy diversas influencias, desde el realismo jurídico americano al pensamiento postmoderno.

citado entre las fuentes de la bibliografía introductoria de nuestro *paper*[33]. El ensayo de Kennedy, entrando ya en él, trata de describir el proceso del razonamiento legal de un juez que se debate en el conflicto entre la ley y su pregunta acerca de «cómo salir del paso» *(how I want to come out)*. La pregunta puede asaltarle al juez por una diversidad de motivos, como, por ejemplo, el hecho de haber aceptado un previo soborno y la necesidad en que se halla de mantener el trato, o el deseo de hacerse popular dentro de su comunidad -sea la comunidad vecinal, sea la comunidad profesional-, o también, ¿por qué no?, la repugnancia que le inspira la obligación que recae sobre él de tener que aplicar una disposición legal contraria a sus convicciones. En cualquiera de esas hipótesis, se produce un choque entre la ley y sus preferencias personales, lo que no es sino otro modo de decir que todo juicio de un juez ha de ir inevitablemente precedido, lo sepa y quiera el juez o no, de un *pre-juicio* que contribuye a ponerlo *en situación*. En la hipótesis que Kennedy elige, se tratará del juez de una corte federal que discrepa de la ley a aplicar por motivos de ideología política. Y, aunque por razones de estilo y conveniencia nosotros hablaremos de «el juez», el análisis o *autoanálisis* en que el texto consiste emplea todo el rato el pronombre «yo», es decir, en él se habla invariablemente *en primera persona*, lo que sabemos ya que no es indiferente para el caso, pues revela, en efecto, que nos enfrentamos a *un dilema moral*. Simplificando mucho la descripción del asunto, el juez se encuentra ante una huelga de conductores de autobuses, cuya compañía los ha sustituido en el curso de la negociación de un convenio por esquiroles ajenos al sindicato; los miembros de éste reaccionan organizando sentadas delante de la estación de autobuses, sentadas pacíficas que no obstaculizan el tráfico en la calle pero impiden salir de las cocheras a los vehículos de la compañía; la policía local arresta a los manifestantes bajo el cargo de alterar el orden público, pero al día siguiente nuevos manifestantes vuelven a obstruir la salida, con similares resultados; los autobuses circulan, pero con considerables retrasos y en medio del caos generalizado; la situación, en fin, se va tornando poco a poco insostenible. La compañía entonces se dirige a la corte federal solicitando un interdicto (una *injunction,* en la jerga del *common law*). Y así comienzan las cuitas *(troubles)* del juez que nos ocupa[34].

---

[33] D. Kennedy, «Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology», *Journal of Legal Education*, 36, 1986, págs. 518-62 (una versión abreviada del texto ha sido publicada en el volumen de A. Hutchison y P. Monahan, eds., *The Rule of Law: Ideal or Ideology,* Toronto, 1986).

[34] Otra buena manera de describir la situación consistiría en denominarla un «rompecabezas» *(puzzle),* que el autor no vacila en rotular por medio de las siglas HIWTCO (acrónimo de «how I want to come out»).

En principio, la ley parece favorecer sin reservas a la compañía, pero el juez no considera correcto que ésta pueda continuar prestando sus servicios con la ayuda de un nuevo personal contratado en tanto se halla abierto el proceso negociador con los huelguistas. Es un juez progresista al que le gustaría rehusarse a la emisión del interdicto, pues ha leído con aprobación los trabajos del profesor Roberto Mangabeira Unger[35] acerca de la «vocación de transformación social» del jurista que se resiste a hacer el juego a los grupos detentadores del poder y aboga por servirse de la ley con vistas a promover una organización más igualitaria y participativa de la sociedad. Mas se siente, no obstante, «constreñido» por esa ley que le consta que no puede «aplicar» a su entera «discreción». A partir de semejantes consideraciones, el juez inicia un tortuoso recorrido -que, por supuesto, voy a ahorrarle al lector- a través de los entresijos de la maraña legal, buscando construir un argumento que le permita *encontrar una salida* de acuerdo con sus designios. La ley no es vista como algo que le constriña en el sentido de *dictarle lo que ha de hacer*. Su constricción, más bien, es la de un medio en el que el juez ha de desenvolverse y llevar adelante su proyecto *sirviéndose de recursos legales*, algo así como el aire cuya resistencia permite volar a la paloma, pero sin por lo demás indicarle la dirección en la que ésta podría orientar su vuelo. A lo largo del trayecto, se unen a las motivaciones jurídicas y/o políticas del juez motivaciones psicológicas no menos poderosas, como el temor a quedar mal (por ejemplo. ante la ulterior corte de apelación de su fallo) o la aspiración a quedar bien, ya sea ante sus amigos o ante sus enemigos y tanto si falla a favor de los huelguistas (que lo verían como un hombre que antepone sus ideales a cualquier otra consideración) como si lo hace a favor de la compañía (en cuyo caso sería visto como un hombre para el que el peso de la ley cuenta en definitiva más que sus opiniones personales). La resolución óptima del conflicto sería aquélla que permitiera dar satisfacción a todas esas motivaciones mediante el hallazgo de *un buen argumento*, un argumento que haga exclamar a la gente «Nunca pensé que me pudiera convencer de tal cosa» o, al menos, «No me ha convencido, pero me ha dado que pensar y obligado a tomarme en serio el asunto». La resolución pésima del mismo consistiría en tener que *fallar en contra de la propia conciencia*. O *a favor* de ella pero *sin argumentos* o valiéndose de *argumentos falaces*. En resumidas cuentas, pues, la disyuntiva del juez estribará en decirse a sí mismo que «la ley es la ley» y no darle más vueltas o

[35] A. R. Mangabeira Unger, considerado él mismo una figura dentro del movimiento, se le debe una importante reflexión sobre este último. *The Critical Legal Studies Movement,* Cambridge, Mass., 1986.

ver en ésta un instrumento para «hacer justicia», lo que quiere decir hacer aquello que cree justo en conciencia. A no rehuir tal disyuntiva le compromete su lectura de Max Weber[36], que le induce a hacer honor al weberiano «pacto con el diablo» contraído en su calidad de funcionario de la Administración. Y aunque entre una y otra de aquellas dos alternativas queda sin duda un amplio margen de flexibilidad, maleabilidad y manipulabilidad de la ley, lo que está claro para desolación del juez es que la ley no es infinitamente flexible, maleable ni manipulable.

He aquí, por consiguiente, cómo nuestro atribulado juez compendiaría las posibles «salidas» del atolladero[37].

Primera, *ajustarse a la ley.* A despecho de su convicción de que ésta es injusta, el juez emite el interdicto y acompaña su fallo de un informe denunciando la ley y urgiendo su reforma, aun a sabiendas de que sus recomendaciones serán con toda probabilidad desatendidas (la cuestión crucial, se confiesa a sí mismo en semejante tesitura, es cómo explicarle a su conciencia que aquel fallo le convierte en cómplice de una injusticia).

Segunda, *abandonar el caso.* El juez ni emite el interdicto ni lo deniega, alegando que a su conciencia le repugna por igual saltarse la ley a la torera que fallar de manera manifiestamente injusta, en cuyo caso la cuestión crucial vendría ahora a ser cómo el juez justifica ante sí mismo el hecho de pasarle a otro la patata caliente del trabajo sucio (naturalmente, no todos los casos trágicos son igualmente trágicos ni la repugnancia que inspira una determinada ley tiene por que extenderse a la totalidad del ordenamiento jurídico en su conjunto, pero imagino que si nuestro juez se hubiera visto forzado a aplicar una ley racial en la Alemania nazi, lo más probable sería que abandonase no ya el caso, sino la profesión, y podría por añadidura ahorrarse los escrúpulos de compañerismo para con los colegas que le sucedan en su puesto).

Tercera, *decidir contra el interdicto sobre la base de lo que la ley debiera ser*. El juez deniega el interdicto, explicando honestamente su incapacidad de encontrar «un argumento jurídico plausible» en contra de la ley tal como es y asumiendo la posibilidad o, mejor dicho, la seguridad de que la sentencia sea revocada por un tribunal de orden superior, así como las consecuencias que de todo ello se deriven para su crédito en la profesión. Además de ello, el juez podrá alegar que así es como fallaría en cualesquiera casos similares a éste que se le presenten, lo que equivaldría a decir que, si de él dependiera, cambiaría la ley en cuestión (si de él dependiera, en

[36] Kennedy, op. cit., págs. 555-7.
[37] Ibíd., págs. 558 y ss.

efecto, el juez estaría haciendo uso de lo que, entre nosotros, ha estudiado Marina Gascón como «la técnica del autoprecedente»[38], en cuanto diferente del «precedente vertical» o de respeto a la jurisprudencia de los tribunales superiores y del «precedente horizontal» o de respeto a la jurisprudencia de los tribunales homólogos, pero basado como ellos en el principio de universalidad de la ley y su aplicación, sólo que mirando, por así decirlo, hacia el futuro más bien que hacia el pasado: se trataría del compromiso que el juez contrae de ser fiel a sus propias decisiones y hasta -si se quiere decir un tanto altisonantemente- de ser «fiel a sí mismo», algo que nuestro juez aceptaría sin duda de buen grado pero que, por desgracia, no parece estarle otorgado en el nivel jurisdiccional en que se mueve el pobre hombre). En estas condiciones, a lo más que puede aspirar con su decisión actual es a «salvar su conciencia», pero la cuestión crucial sería entonces la de saber quién le autoriza a ponerla por encima de la ley.

Cuarta, *decidir contra el interdicto sobre la base de un argumento jurídico carente de plausibilidad.* Pudiera ser, se dice nuestro juez, que un argumento semejante consiga persuadir a otros aunque a él le parezca una chapuza (y hasta pudiera ser que, si tuviera éxito, él mismo acabara persuadiéndose de que el argumento es mejor de lo que es), pero la cuestión crucial es cómo un juez cometería con buena conciencia la deshonestidad de esgrimir un argumento que decididamente tiene por insostenible.

Quinta y última salida, que en realidad no es sino una variante aún más extremosa de la anterior, a saber, *decidir contra el interdicto sobre la base de datos de hecho que al juez le consta que son fal*sos, como que las sentadas de los huelguistas se produjeron en horas no laborables, que los autobuses no salieron porque la compañía había declarado previamente un cierre patronal o cualquier otro algo más verosímil, pero donde la verosimilitud sólo conseguiría tornar más fraudulenta la conducta del juez (en cuanto a la cuestión crucial en este punto, mejor ni mencionarla).

El soliloquio de nuestro juez concluye de manera un tanto abrupta, además de inconcluyentemente. Como corresponde a *un caso de conciencia,* la clave de su solución *no* nos es accesible y Kennedy prefiere interrumpir aquí el análisis: lo que sí da a entender es que, cualquiera que sea la decisión que tome el juez, será *una decisión existencial.* Esto es, una decisión que le habrá de comprometer como persona, como sujeto moral, y no tan sólo como juez.

En un breve postscripto polémico a su ensayo, el autor retorna por un momento la palabra para descartar, entre otras, dos posibles

[38] Cfr., M. Gascón, *La técnica del precedente y la argumentación racional,* Madrid, 1993.

objeciones a su planteamiento. La *primera* procede de la manera más usual de entender lo que antes llamábamos «el pacto (de todo juez) con el diablo», a saber, la consistente en afirmar que el «imperio de la ley» (la *rule of law*) impone que -en caso de conflicto entre la ley y la conciencia- lo que tiene que hacer el juez, en cualquier caso, es seguir la ley. Pero eso sería sin más optar por la primera de las cinco salidas que hemos enumerado, y el hecho de que nuestro juez tomase en cuenta por lo menos cuatro posibilidades más demuestra, advierte Kennedy, que las cosas no son tan simples a la luz de una exploración fenomenológica de la conciencia del juez[39]. La *segunda* objeción procedería de un profesor de Filosofía del Derecho que sofisticadamente argumentara, dirigiéndose al juez, en estos o parecidos términos: «La verdad es que no entiendo por qué le resulta tan difícil «salir del paso». Desde Wittgenstein sabemos que ninguna regla puede determinar por sí sola el alcance de su aplicación. De donde se sigue más o menos directamente (bueno, si Vd. quiere podríamos dar un rodeo a través de la semiótica, el estructuralismo y la teoría de la deconstrucción) que el simple enunciado de una ley no *nos dice absolutamente nada por sí mismo* y hay todo un mundo de interpretaciones (preconcepciones, presunciones y presuposiciones) antes de poder aclarar cuál sea el «significado» de esa «ley» y cómo se aplica ésta a los «hechos».Y, por supuesto, tampoco está muy claro qué sea un «hecho». Etcétera, etcétera, etcétera».¿Mas qué podría hacer nuestro buen juez ante una andanada como ésa, como no sea sumirse en la perplejidad, un estado de ánimo este último, por cuanto sé, nada recomendable?

A título de conclusión, lo único que se me ocurriría decir a mí es que la conciencia, la conciencia moral, del juez no es algo que éste pueda colgar en el perchero, como hace con el abrigo, al vestirse la toga y pasar a la sala donde aplica la ley. El imperio de la ley es, desde luego, una de las más trascendentales conquistas que nos ha legado la modernidad y a la que en modo alguno habría que renunciar en estos tiempos que, además de «postmetafísicos» según vimos, llamamos «postmodernos». Pero, si algo nos ha enseñado este siglo bastante atroz que estamos acabando, es a *apear de las mayúsculas* a esas grandes palabras heredadas: la Razón, la Libertad, la Igualdad... y también la Ley, claro, o la Justicia mismas[40]. Nuestro siglo nos ha

[39] Además de descartar una tercera «objeción» (cfr. el *Afterword* de Kennedy, op. cit., pág. 569), me he tomado la libertad de modificar ligeramente la formulación de las otras dos para mejor acomodarlas al curso de nuestra argumentación.

[40] Puesto que, como se recuerda a continuación, este trabajo comenzaba con una invocación a Kant, séame permitido concluir mi *plaidoyer* en pro de las minúsculas remitiendo a mi artículo «Kant y el sueño de la razón», en Carlos Thiebaut (ed.), *La herencia ética de la Ilustración,* Barcelona, 1991, págs. 9-36.

enseñado, como digo, a «escribirlas con minúsculas», esto es, a escala humana, la escala en la que pueden entrar en conflicto con otros atributos humanos, como ocurre con el conflicto entre las leyes y nuestra conciencia moral. Y puesto que esta última es un atributo, no del Hombre en abstracto y a su vez con mayúscula, sino de los individuos concretos, cada cual habrá de apañárselas con ella como pueda, dado que no hay tampoco prontuarios para resolver los problemas de conciencia.

Al comienzo de este trabajo tuve ocasión de puntualizar que lo opuesto a la asunción de la conciencia moral era la mala fe, esto es, la mala voluntad. A la inversa, Kant decía que lo único verdaderamente bueno en este mundo era una *buena voluntad,* esto es, la voluntad de prestar oídos a nuestra conciencia, la voluntad, diríamos, de moralidad (y conste que con esto de la «buena voluntad» no estoy tratando de concluir con un motivo navideño, ahora que se aproximan esas fiestas). Desde luego, la buena voluntad no basta por sí sola para garantizamos el acierto moral, que depende también de nuestros actos y sus consecuencias y no tan sólo de nuestras intenciones, pero sin ella ni tan siquiera existiría esa perpetua fuente de desasosiego que es la voz de la conciencia, de la que, sin embargo, no podemos prescindir más que al precio de volvernos inhumanos.

Por mi parte, me gustaría haber podido convencer a mis lectores de que el tema de la conciencia del tribunal era tan importante por lo menos como el del tribunal de la conciencia. Y me gustaría haberles podido convencer porque de lo que sí estoy convencido es de que la inhumanidad del Derecho sería infinitamente más indeseable que la ausencia de todo Derecho. Pero, si no he logrado convencerles, me contentaría, como el juez de nuestro ejemplo, con que aquéllos dijesen «No me ha convencido, pero me ha dado que pensar», puesto que el cometido de la filosofía no es, en definitiva, otro que ése, el de dar que pensar.

ÉTICA REFLEXIVA Y ÉTICA DE RESPONSABILIDAD EN MAX WEBER

1 Cabe considerar desde un punto de vista nihilista que el mundo se encuentra regido por un irracionalismo ético. Para el asceta que quiere independizarse de las tentaciones que el mundo ofrece, toda regla ética mundana es muestra de un orden contingente, en cuyo respecto no cabe una preferencia moral auténtica (WG 332). Este nihilismo ético extremo es raro: en Grecia era atribuido a personajes algo insólitos como Hegesias (Diógenes Laertius II, 93-94) o Enesidemo en su décimo tropo (Sexto Empírico, Pyrr. Hyp. I, 145-160); místicos y ascetas orientales habrían asumido actitudes parejas, apunta Weber (WG 331). Pero, la convivencia social requiere de ciertas pautas compartidas y, por lo tanto, el nihilista ético extremo será marginado como un caso anómalo cuya rareza confirma, por decir así, la normalidad del acatamiento corriente de por lo menos ciertas normas éticas. Ello supone que el hombre normal acata y respeta ciertas reglas y, por ende, rechaza, desconoce o repudia otras. En otros términos, para el hombre social no todas las reglas éticas (usos, reglas morales, normas jurídicas) son válidas u obligatorias. Por ende, el universo normativo (ético) del hombre en sociedad presupone cierta mínima racionalidad lógica, aquélla que excluye un orden ético inconsistente donde cualquier norma sería a priori válida. El problema de los órdenes morales inconsistentes ha alarmado a los moralistas, por cierto, sin que se ocuparan demasiado, con todo y a diferencia de los juristas, de los problemas lógicos involucrados.

Una sociedad política no puede constituirse a partir de un conjunto de códigos normativos inconsistentes, aunque sean sustentados por respetables moralistas nihilistas. Y ello, por definición. En el caso extremo, se constituiría un régimen enteramente anárquico, es decir, un régimen en que toda norma puede ser válida y, por ende, donde normas contradictorias rigen simultáneamente, aunque no puedan lograr eficacia conjunta, por cuanto este mundo físico que

habitamos no admite en su realidad de hechos contradictorios. Por lo tanto, todo orden social, en cuanto regido por un conjunto de normas, idealmente consistentes y materialmente compatibles, tiene alguna racionalidad interna que cabe desentrañar. Esa racionalidad interna es puramente circunstancial: en una cierta situación concreta dada, el estatuto normativo de los casos posibles tiene que ser suficientemente consistente; ello no vale, en cambio, cuando consideramos la historia de un grupo humano como un conjunto altamente contingente de situaciones. La historia no tiene un hilo racional único, aunque los hechos que la constituyen guardan, para ser entendibles, cierta racionalidad intrínseca.

La vida social es el campo donde se desarrollan las actividades políticas, cuyo producto es el derecho: las normas jurídicas expresan los valores (es decir, las preferencias colectivas) que han de imponerse, como normas válidas, en una sociedad que les da acatamiento suficiente en sus comportamientos efectivos. Para que esas preferencias o valores puedan hacerse efectivos se requiere que las normas que las formulan guarden aquel mínimo de racionalidad intrínseca. Vale decir: la racionalidad de las acciones sociales se manifiesta en su llamado «sentido objetivo», esto es, en el derecho, en el conjunto de normas positivas válidas que expresan las preferencias sociales predominantes que tienen un grado suficiente de eficacia posible.

2. Es bien sabido que fue Max Weber quien hizo temático el problema de la racionalidad de las acciones sociales y, en especial, quien ensayó una distinción importante entre los tipos de racionalidad jurídica. Pero, sea ello como fuere, las acciones sociales y las normas jurídicas pueden ser objeto también de juicios éticos, no sólo en el sentido de que cualquier sujeto puede juzgarlas ateniéndose a los criterios subjetivos morales que sustente, sino en el sentido más importante de que la relación que quepa establecer entre tales normas y las acciones reguladas y ciertos principios éticos hacen a una propiedad esencial del derecho, que Weber denominó «legitimidad». Las acciones, así, pueden ser consideradas racionales no sólo teleológicamente *(zweckrational),* en cuanto son causalmente adecuadas para alcanzar ciertos fines, sino axiológicamente racionales *(wertrational)* en cuanto, como las acciones morales kantianas, se fundan en normas (deberes) que el actor considera de por sí válidas, sean cuales fueren sus consecuencias (WG 12/13). Si el sujeto considera debida la acción A, pero la omite, su acción es normativamente irracional, tanto como la de quien, pretendiendo alcanzar un cierto objetivo, no lleva a cabo los actos causalmente necesarios para lograrlo. La racionalidad teleológica depende, pues, de regularidades naturales:

sería irracional pretender tocar el cielo con el dedo, por ejemplo. La racionalidad normativa o axiológica, en cambio, es en principio puramente subjetiva, pues depende de nuestras preferencias subjetivas. Señala Weber que cuando una preferencia axiológica (subjetiva) se convierte en un «valor absoluto» -esto es, en una preferencia universal necesaria, noción casi contradictoria-, la acción que se oriente de ese modo pasa a ser llanamente *irracional* (WG 13). Por ende, una convicción moral con pretensión de universalidad sería objetivamente (socialmente) imposible, pues no existe un sujeto universal cuya preferencia axiológica sea de tal tipo: no cabe pensar un sujeto trascendente o trascendental cuyas preferencias sean materiales y, sin embargo, analíticamente necesarias. Sólo el sujeto individual tiene preferencias valorativamente válidas, pero las mismas carecen, por definición, de pretensión de validez intersubjetiva. Por lo tanto, queda analíticamente excluido que, con respecto a una cierta circunstancia, sólo quepa preferir siempre una acción A, quedando excluida a priori su omisión.

2. Conforme a una ética de la responsabilidad, *eine Verantwortungsethik,* que sirve para juzgar las acciones desde el punto de su valor teleológico, por sus resultados, una acción política es éticamente irracional cuando es causalmente fallida: se habrían propuesto como obligatorias acciones que no son medios adecuados para alcanzar un cierto objetivo. El error ético se reduce a una estrategia práctica inadecuada, como en el caso típico de un programa político fallido por no ajustarse «a la realidad». Pero, para una ética reflexiva, *eine Gesinnungsethik,* ¿política o jurídicamente, puede una acción legalmente regulada ser axiológicamente desvaliosa, fuera del sentido banal en que algún sujeto la considere no debida moralmente? ¿La racionalidad jurídica requiere consistencia con las valoraciones morales, como se suele afirmar, por ejemplo, tratándose de derechos humanos? O ¿una política destinada a efectivizar los derechos humanos debe atender más bien a la eficacia de los medios puestos en juego y declarados obligatorios?

3. El asunto es, como siempre, el problema de la moralidad de la política y el problema cercano de las relaciones entre derecho y moral. Weber propuso, en un discurso célebre, considerar a la política tanto como un oficio *(Beruf),* como una vocación, jugando con el doble sentido de la palabra alemana. En efecto, el *Beruf* no es sólo la profesión que se ejerce, sino que *Berufen,* claro, significa, estar llamado a algo, ser convocado y, en consecuencia, ocuparse de aquello para lo que se ha sido convocado. El *Beruf* es también la vocación. Las dos grandes vocaciones posibles del hombre social son la política o la ciencia, la praxis y la theoría, para retomar términos prestigiosos

y enigmáticos del pensamiento griego clásico. La política, para Weber, es por de pronto toda actividad conductora (PB 5) y, en especial, la actividad de conducción de un grupo social, como el estado. Y como los estados modernos se caracterizan específicamente por el monopolio de la fuerza, la política hace al régimen de la fuerza, a su gobierno o conducción.

Resulta que en los estados modernos las pautas normativas que regulan los actos estatales son básicamente normas jurídicas: la legitimidad moral de un acto político está dada en principio por su legalidad, por su conformidad con normas jurídicas. Claro que no existe, parejamente, una legalidad moral -esto es: subjetivamente válida- con validez objetiva -esto es: intersubjetiva-. Los principios morales valen por definición para el sujeto moral autónomo que los produce o reconoce, y no por su instauración heterónoma. De este modo, la moralidad -el carácter ético- de los actos políticos queda reducida a su pura legalidad. Y dado que no existe un conciencia social, por encima de las individuales conciencias de los sujetos, una ética reflexiva sólo puede constituirse en el juicio crítico que cada sujeto formule con respecto de las normas positivas que expresan las decisiones políticas efectivas. Ahora bien, ¿cómo admitir, señala Weber, que un conductor jurídico, un *Führer* político, admita, por un lado, que la legitimidad (valor moral) de su poder provenga exclusivamente de la legalidad, moralmente neutra y heterónomamente instaurada y, por el otro, que sus acciones rectoras puedan quedar sujetas al juicio crítico de cualquier sujeto que reflexiona sobre tales acciones? El político, como profesional *(als berufmässig),* puede ser visto como el mero funcionario que cumple leyes; el político, como hombre llamado a una misión valiosa *(Berufung* como *vocatio)*, no puede satisfacerse con una legitimación legalista de sus actos. Estos son valiosos de por sí; por de pronto, para la conciencia misma del conductor; el error político puede darse por no alcanzar suficientemente los resultados propuestos y de semejante error político es responsable, pero no es moralmente imputable, pues no hay una *Besinnungsethik* objetiva para juzgarlo. Resulta de esto una suerte de dilema ético: el político por vocación, el auténtico político, no puede aspirar a una mera legitimación por legalidad; el político por profesión, no puede invocar su vocación legitimada por sus creencias morales subjetivas, pues de él se pretende que se atenga a las normas existentes. Aquí se da ese dilema moral que Weber denomina la «paradoja ética» del político (PB 78).

4. Resulta así, destaca Weber, que si pretendemos ser gobernados por políticos con vocación, tendremos que aceptar que los equipos dirigentes auxiliares sean escogidos a través de un reclutamiento

«plutocrático», pues el político que vive *para* la política tiene que buscar quien sostenga y mantenga a esos auxiliares que vivirán, no para la política, sino *de* la política. Pero un reclutamiento plutocrático no se produce por vocaciones individuales, por el llamado de una *Besinnungsethik,* sino por el cálculo de intereses que mide una *Verantwortungsethik* utilitarista. En cambio, el político profesional bien puede aprovechar de los sujetos con una desinteresada vocación política: es entre los miembros «idealistas» de una sociedad, por ejemplo, entre los jóvenes, que los políticos profesionales reclutan sus cuerpos de seguidores y auxiliares. De ahí, sin duda, la distorsionada imagen que la gente tiene de sus dirigentes políticos: pretende que los mismos sean políticos por vocación, políticos «idealistas», sin intereses económicos, pero de consuno exige que se comporten como políticos profesionales eficaces, cuyas necesidades económicas de alguna manera tienen que ser satisfechas. La financiación «desinteresada» de la política es problema arduo. Hace siglos, sólo los clérigos célibes satisfacían esas exigencias contradictorias: en la época moderna -apunta Weber-, son los juristas con formación universitaria (PB 29) quienes predominantemente pueden formar los equipos de los políticos de la más variada laya, tanto de los que viven *para* la política, como de y los que viven *de* ella. Los juristas, en cuanto abogados, atienden intereses, pero en cuanto universitarios, pueden mantener las apariencias del intelectual desinteresado. No es de extrañar que para tales estamentos, la de los juristas profesionales, la pauta rectora de legitimidad se reduzca frecuentemente a la pura legalidad. «El abogado moderno y la democracia moderna -afirma Weber- se copertenecen enteramente» (*Der moderne Advokat und die moderne Demokratie gehören schlechthin zusammen*, PB 31). Y como el abogado es experto en el manejo de intereses, mediante el diseño de procedimientos y ritos racionales -teleológicamente racionales-, la moralidad de la política tiende a ser utilitaria: es buena la política que conduce a los resultados propuestos, sean ellos cuales fueren.

La política moderna es una actividad formal (normativa) valorada por su eficacia en el manejo de los intereses de que se trate. Y el político auténtico, destaca Weber, es así el «demagogo»: «El demagogo es en Occidente, desde el estado de derecho y, plenamente, desde los regímenes democráticos, el tipo de político predominante» (PB 33), esto es, del político por vocación, del político que viene para la política, alarmante tesis que Weber pretende disimular recordando que el primer demagogo conocido fue Pericles.

Lo importante es destacar que si pretendemos contar con algo así como una justificación moral de la actividad política, con políticos con legitimidad, tenemos que poner de lado los criterios legalistas

formales y suponer una ética subjetiva (reflexiva) en que el político por vocación se autojustifica, seguramente invocando su «misión» o cosa por el estilo. Weber agrega que, siendo el puro político un demagogo, su instrumento básico es la palabra, el discurso persuasivo: por ello, lo que más hacen los políticos es hablar y hablar, hasta el hartazgo, como durante un proceso electoral. Pero, actualmente (Weber se refiere al año 1919), pesa más la palabra impresa. De ahí que el verdadero político vocacional, el demagogo autojustificado, sea ante todo el publicista y el periodista que, curiosamente también, hacen de sus vocaciones una profesión. De ahí que demagogos, periodistas y abogados carezcan, destaca Weber, de un status social preciso. Todos ellos son, de algún modo, «responsables» en algún sentido, aunque no moralmente responsables (PB 34).

5. Siguiendo estas agudas observaciones de Weber sobre la política y sus factores, conviene señalar que nuestro autor procede a efectuar sus análisis recurriendo a diversos dualismos: política como vocación y política como profesión, acción política teleológica y acción política axiológicamente fundada, racionalidad formal y racionalidad material, ética de la responsabilidad y ética reflexiva, etcétera. En algunos casos pareciera que estos dualismos corresponden a características empíricas, mientras que en otros se trata más bien de construcciones teóricas más o menos clasificatorias.

Algunos de estos dualismos -legalidad y legitimidad- reflejan los antiguos dualismos entre normas jurídicas y principios morales y pretenden definir de alguna manera sus relaciones sin incurrir en hipóstasis innecesarias o en la postulación de entidades abstractas como los valores. Quizá estos dualismos, los tradicionales y los introducidos por Weber, reflejan una arcaica modalidad de pensamiento occidental, ejemplarmente manifestada en la dialéctica platónica.

Pero es en la figura, compleja y paradójica, del político donde estos dualismos aparecen con mayor rigor. Weber aclara, una y otra vez, que no cabe entender los dualismos apuntados como meras particiones lógicas; no se trata de taxonomías empíricas, sino más bien, dice, de tipos ideales configurados con propósitos explicativos *(verstehend)*. De ahí que ningún político sea un puro demagogo que vocacionalmente hace política por la política misma, o un interesado profesional que vive de aquella política que dice defender. Ningún político incurre en la paranoia de considerar que la explotación profesional que hace de la política contradice los mandatos éticos de su conciencia, exigencias morales que pueden llevarlo hasta el sacrificio para cumplir su misión autoimpuesta.

De todas maneras, los dilemas sustantivos que Weber destaca no pueden ser resueltos con el mero análisis, explicativo o comprensivo,

de las acciones políticas de individuos concretos. Las relaciones entre política y moral, sean ellas las que fueren, no se agotan en las circunstancias personales de los políticos. Aparece aquí, me parece, una estructura más compleja que conviene comenzar a desentrañar. Habermas, por ejemplo, que ha dedicado demasiadas páginas de su farragoso opus magnum a la racionalidad social en Weber, destaca que la distinción entre moral y derecho no sólo es un factor de racionalización social, sino que la «automatización del derecho y la moral» constituye el factor central en «el nacimiento de la sociedad moderna» (TKH 219). Pero, en ese respecto, la racionalidad formal del agente social se limita, en cuanto sujeto de una *Besinnungsethik,* a una cierta consistencia entre sus preferencias valorativas. En lo que hace, en cambio, a la racionalidad práctica material, se requiere de una «conducción metódico-racional de la vida» *(eine methodischrationale Lebensführung),* propia del *Berufmensch* (del hombre profesional), en que se respete la racionalidad instrumental en la utilización de medios, junto a una racionalidad electiva (de preferencias) en la selección de alternativas de acción y una racionalidad normativa consistente (TKH 232-235). Como estamos en el terreno de una *Verantwortungsethik,* Habermas subraya -como el propio Weber lo había destacado- que no es posible superar el relativismo ético consecuente, sino asumirlo; Habermas destaca que ese relativismo «vuelve a plantearse en el plano metateórico», aun cuando se lo rechace en el plano teórico (TKH 243).

6. El sujeto moral propiamente dicho, aquél que puede dar validez a una *Besinnungsethik,* es, por definición, el hombre en cuanto individuo. Las reglas de esas éticas reflexivas valen en cuanto es el sujeto que se sujetaría a ellas quien las ha producido: el sujeto de una *Besinnungsethik* es, en definitiva, el sujeto autónomo de la ética de Kant. Pero del conjunto de individuos autónomos no cabe lograr principios éticos -esto es: reglas de conducta- de validez universal, válidas para cualquier sujeto, salvo incurriendo en ficciones metafísicas como el sujeto trascendental de la ética kantiana. Para un sociólogo sólo existen individuos empíricamente dados, hombres históricamente individualizados. Ciertamente ningún grupo humano cuenta con una conciencia trascendental constituyente de sus códigos normativos, aunque ciertamente todos los grupos humanos tienen recursos procesales mediante los cuales acuerdan o convienen cuáles reglas reconocen. El derecho escrito constituye una muestra clara de reglas sociales -esto es: de validez objetiva, supraindividual- artificialmente producido. La moral o los valores absolutos, en cambio, aunque sean acordados por muchos, no por eso alcanzan la necesaria validez requerida por normas obligatorias: el carácter obligatorio

de la moral es puramente subjetivo. Por tanto, puede muy bien ser que el sujeto individual reconozca y acate las normas intersubjetivamente establecidas, como las jurídicas, pero que las mismas se encuentren en conflicto, por ser incompatibles, con sus principios morales subjetivos. Si el sujeto se resigna a este problema de conciencia, en rigor está admitiendo la validez superior de las normas jurídicas sobre las morales: el derecho tiene mayor rango, como preferencia de aplicación, que la moral. Pero si el sujeto pretendiera que sus pautas morales predominen sobre el derecho heterónomamente impuesto, resultaría que estaríamos negando al derecho su característica esencial: la de contar con validez objetiva, es decir, con validez independiente de los deseos y voluntades de cada sujeto. O, en otros términos, admitir que existe derecho en una sociedad equivale a rechazar la posibilidad de la anarquía, de la situación en que cualquier norma puede adquirir validez por la voluntad imprevisible de cada sujeto. Las relaciones entre política o derecho y moral no constituyen, pues, un problema puramente teórico referente a las relaciones entre dos conjuntos normativos; las relaciones entre derecho (o política) y moral son la forma como se expresa la distribución de poderes en una sociedad. Si la moral prevalece frente al derecho, estaríamos frente a una descentralización acentuada del poder y, por ende, de una pérdida del monopolio estatal de la fuerza. Si el derecho predomina sobre la moral, la autonomía de todo sujeto quedaría sujeta a condiciones que él no controla. En todas las sociedades, dependiendo de las circunstancias concretas, esta distribución de poderes es variable. De ahí que el derecho y la política puedan ser más o menos morales, pero nunca subsumirse íntegramente en una moral absoluta, por la sencilla razón de que un conjunto de individuos no es un individuo.

7. ¿Se configura así, pregunta Weber, el *ethos* de la política? ¿Cuál es su lugar ético? (PB 65). ¿Cuál es «la relación real entre la ética y la política», resume Weber? (PB 67). Para una ética absoluta rige el deber de veracidad *(Wahrheitspflicht)*. Este, sin embargo, es inadmisible para el político: como Platón ya recomendaba, el político muchas veces *debe* mentir para evitar consecuencias desfavorables. La mala consecuencia posible priva de validez al principio ético absoluto: puesto que «la ética absoluta no se pregunta por las consecuencias» (PB 70). Aquí radica, para Weber, el punto decisivo, sobre todo cuando las «consecuencias» postreras de las acciones políticas son recursos a la fuerza física, esto es, a la conversión del sujeto moral humano en una mera cosa. Las consecuencias coactivas de una acción política pueden consistir en privar, no sólo simbólicamente, sino realmente, al hombre de su personalidad moral, de su

«dignidad humana». De actuar el político ateniéndose a sus propios principios morales, a su personal *Besinnungsethik,* resultaría que siempre la consecuencia ineludible de sus acciones es convertir a otro hombre en una cosa sin dignidad humana. Por ello, el político «moralista» es socialmente peligroso, pone en jaque la dignidad intrínseca de todos los hombres. De ahí que Weber subraye que la política sólo se relacione con una moral limitada al cálculo de intereses de los miembros de un grupo. Y ese cálculo, como se sabe, puede alcanzarse con mayor o menor racionalidad.

El sujeto de una *Gesinnungsethik,* el moralista autónomo productor de una moral absoluta, no puede soportar -dice Weber- la irracionalidad ética del mundo (PB 73). Ello quiere decir, en rigor, que, en cuanto moralista reflexivo, nadie soporta no ser la autoridad cósmica suprema. Nadie soporta no ser Dios. La ética reflexiva constituye, sugiere Habermas (TKH 249), la desacralización de una imagen metafísico-religiosa del mundo. Pero así como, en la realidad histórica, no somos los dioses creadores de una moral absoluta que todos tendrían que acatar «reflexivamente» *(besinnend),* tampoco somos responsables de todas las consecuencias que las acciones políticas producen.

El pensamiento weberiano con respecto a la moralidad de la política y de los políticos es rotundamente relativista. Ahora bien, está de moda atribuir al relativismo moral las consecuencias catastróficas del escepticismo gnoseológico radical. Cabe por de pronto apuntar que el negar la existencia de valores absolutos no equivale a incurrir en tal suerte de escepticismo: el relativismo moral es cosa menos tosca. Suponer que el relativismo ético implica, en el terreno de la moral normativa, la validez conjunta de normas contradictorias y, por ende, la validez de toda norma sea cual fuere su contenido, conlleva una suerte de presupuestos discutibles, por ejemplo, el de que las normas tienen valor de verdad y, además, una limitación del principio de Hume, ya que se derivan normas de la falsedad analítica de enunciados descriptivos. Tal relativismo ético no es lógicamente posible y nunca ha sido propuesto. En el terreno de la metaética -que no constituye un discurso normativo-, el relativismo ético, de un Weber o de un Kelsen, se limita a sostener, como tesis descriptiva verificable, la existencia de normas contradictorias en un orden moral o jurídico. De ese conjunto de enunciados descriptivos contradictorios cabrá, quizá, extraer consecuencias arbitrarias en la *metateoría*, pero no establecerlas en el código normativo descripto. Lo que el relativismo ético weberiano sugiere es, sencillamente, que todo enunciado normativo *promulgado* (por el propio sujeto o por procedimientos sociales convenidos) es contingente, en el sentido de que su «validez», su carácter obligatorio no puede establecerse lógicamente

(RV 68). La vida democrática no excluye para nada semejante tesis metaética, puesto que la democracia presupone que se reniega de morales dogmáticas y de derechos y políticas autoritarias.

BIBLIOGRAFÍA

J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns (I: Handlugsrationalität und gesellschafstliche Rationalisierung),* 1981, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a. Main (traducción castellana: *Teoría de la acción comunicativa,* 1987, Taurus Ediciones, Madrid, a la que remiten las citas). Citado como *TKH*.

R. J. Vernengo, *Éticas normativas, metaética y políticas,* en Sistema 93, Revista de Ciencias Sociales, Madrid, 1988. Citado como *RV*.

M. Weber, *Politik als Beruf,* P. Reclam, Stuttgart, 1992, con epílogo de R. Dahrendorf. Citado como *PB*.

M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1972. Citado como *WG*.

EL MORALISMO LEGAL CONTRAATACA

El reciente debate que se ha producido en España sobre los contenidos morales que deben incluir u omitir los espacios televisivos a raíz de la proliferación de los llamados «reality shows» ha puesto de relieve, de nuevo, la importancia del problema del moralismo legal[*]. Hace tiempo, la ya clásica polémica entre Devlin y Hart marcó los límites y el alcance de la discusión, a partir del «Wolfenden Report», aunque con un objetivo diferente. En este breve artículo quiero volver a poner de manifiesto la importancia de aquel debate y su posible utilidad en nuestros días.

En las últimas décadas se ha escrito mucho acerca del papel que juega el Derecho en el mantenimiento de las pautas morales de una comunidad. En el ámbito anglosajón, como es bien sabido, la comisión creada en 1954 bajo la dirección de John Wolfenden en Inglaterra para investigar el estado de las leyes penales sobre la homosexualidad y la prostitución presentó al gobierno británico un conocido informe en 1957 («Wolfenden Report»[1]). Dos años más tarde, un prestigioso jurista, Patrick Devlin, juez del Queen's Bench y posteriormente miembro de la Cámara de los Lores, después de una primera identificación con la tesis mantenidas por el informe «Wolfenden» pronunció una conferencia en la British Academy titulada «The Enforcement of Morals»[2], en donde puso de manifiesto, de manera argumentada, su discrepancia. La más completa respuesta a Devlin se encuentra en el libro del profesor Hart, «Law, Liberty and Morality»[3].

---

[*] Llamaré «moralismo legal» a la tesis que sostiene que la opinión moral de la mayoría es fundamento suficiente para dar contenido a las normas jurídicas.

[1] Wolfenden Report. Authorized American ed. New York: Lancer Books. Report of the Departamental Comittee en Homosexual Offences and Prostitution, 1957 (1964).

[2] «The Enforcement of Morals», Oxford Univ. Press, 1965.

[3] Stanford Univ. Press, 1963.

La historia del debate se puede retrotraer al siglo pasado con motivo de la publicación del ensayo de J. Stuart Mill, *On Liberty* (1859) y la airada respuesta que formuló el conocido abogado y jurista James Fitajames Stephen en un libro titulado *«Liberty, Equality, Fraternity»,* publicado originalmente en 1873, justo antes de la muerte de Mill[4]. La tesis de Devlin tienen cierto aire de familia con las tesis de Stephen, mientras que Hart se acerca a las tesis de Mill que retoma el informe Wolfenden: la idea de que existe un ámbito de la conducta privada en el que ni la sociedad ni el Derecho deberían intervenir.

Resumiré brevemente los argumentos presentados por el informe Wolfenden, Devlin y Hart, con el fin de indagar la tesis del moralismo legal y su crítica.

I

El informe Wolfenden

El principio sobre el que construye Mill toda la estrategia argumentativa de *«On Liberty»* se pone de manifiesto de forma precisa en el siguiente texto:

> «...el único fin para el que el género humano está autorizado, individual o colectivamente a interferir en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros es la propia protección. Que el único propósito con el que el poder pueda ser legítimamente ejercido sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad es para prevenir el daño a otros. No puede ser legítimamente compelido a hacer u omitir algo porque ello sea mejor para él, porque le vaya a hacer más feliz, porque, *en la opinión de otros, hacerlo fuere sabio o incluso moralmente correcto*»[5].

El denominado *«moralismo legal»* viene a sostener que las normas jurídicas deben incorporar las pautas de la moral positiva, esto es, las creencias morales de la mayoría social. La opinión moral de la mayoría debe ser reforzada jurídicamente, de modo que sus contenidos pueden ser protegidos mediante la imposición coactiva. Mill piensa que las creencias morales mayoritarias pueden ser razones a tener en cuenta en el curso de nuestra propia conducta, pero su papel

[4] Mill murió en el mismo año. Stephen, J. F. 1967. *Liberty, Equality, Fraternity.* Ed. por R. J. White. Ed. original de 1873. Cambridge Univ. Press.

[5] J. S. Mill, «Sobre la libertad», Alianza Ed., 1970. El subrayado es mío.

se limita a la persuasión, no a la coacción, salvo que nuestra conducta personal perjudique a los demás.

Mill divide las acciones en dos grupos: acciones autorreferentes y acciones que afecten a la sociedad. Su principio se basa en esta difícil distinción de grado. La sociedad puede interferir la conducta que perjudica a sus miembros en el ejercicio de sus derechos, por la acción de terceros, a imponer coactivamente el ejercicio de un deber social a quien, por omisión, incumple tal prestación. Incluso la sociedad puede sancionar mediante la crítica pública las conductas que considera antisociales, aunque no perjudiquen directamente los derechos. Lo que no puede hacer es interferir coactivamente el ámbito de la libertad individual que cada uno tiene cuando lleva a cabo acciones autorreferentes. Como dice el propio Mill, «sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano».

Dos ejemplos típicos pueden ayudarnos a comprender el alcance de este principio: el alcoholismo y las relaciones sexuales. El primero no daña a terceros, y, por tanto, no debe sancionarse legalmente. Se pueden imponer sanciones jurídicas a quienes. como consecuencia del abuso de alcohol, transgreden el ordenamiento jurídico. Pero no todos los alcohólicos lo hacen, de manera que el tipo delictivo no debe confundirse con esa conducta autorreferente. Si un alcohólico incumple sus deberes familiares será responsable jurídicamente por sus omisiones, no por su aficiones. En el ámbito de las relaciones sexuales sucede algo similar: el principio de Mill debe tolerar todas las conductas sexuales heterodoxas libres mantenidas entre adultos. Otra cosa es que se transgredan en su ejercicio los derechos de otras personas[6].

El informe Wolfenden coincide esencialmente con las tesis de Mill. La comisión se creó para investigar el estado de las leyes penales sobre la homosexualidad y la prostitución. En su opinión, la función del Derecho Penal en este ámbito consiste en preservar el orden público y proteger a los ciudadanos de lo que es ofensivo e injurioso, especialmente a quienes son más vulnerables porque son jóvenes, débiles, físicos o mentales, inexpertos y dependientes. Sólo las acciones inmorales que perjudican a terceros deben producir sanciones jurídicas, aunque el carácter ofensivo e indecente de algunas prácticas sexuales públicas pueden servir de base para la coerción. Ahora bien, del hecho de que la sociedad condene moralmente determinadas conductas no se deriva la justificación de su prohibición o sanción legal. La moralidad o inmoralidad privada no es asunto del Derecho. De manera que las prácticas homosexuales entre adultos que consienten no debían ser consideradas delito, al igual que la

[6] Los dos ejemplos los propone M. D. Bayles, «Hart's Legal Philosophy», Klower Academic Publishers, 1992, pág. 193.

práctica de la prostitución -aunque debieran llevarse a cabo fuera de lugares públicos.

II

La crítica de Devlin

Lord Devlin criticó la resolución del comité Wolfenden, arguyendo -como hiciera Lord Stephen contra Mill- que «la supresión del vicio es asunto que concierne al Derecho tanto como la supresión de las actividades subversivas». Devlin sostiene que, aunque no debiera ser siempre así, la sociedad tiene derecho a imponer coactivamente su moral social. La legislación, según este punto de vista, no tiene límites teóricos en la imposición de la moral, sólo tiene algunas limitaciones prácticas.

El núcleo de argumentación de Devlin se apoya en la falta de coherencia que el informe tiene respecto al Derecho inglés. En primer lugar, en contra del principio que sostiene el informe Wolfenden, el consentimiento de la víctima no es un elemento que exima de responsabilidad jurídica, salvo en los casos cuya ausencia forme parte constitutiva del tipo, como la violación. Para Devlin, la transgresión de determinados comportamientos no debe entenderse como una agresión personal contra las posibles víctimas, sino como una conducta que produce un daño social. Además, en segundo lugar, hay delitos cometidos en privado y con consentimiento que aunque no ofenden, ni explotan, ni corrompen ni dañan a otros, persisten como tales en el Derecho inglés: tales son la eutanasia, el suicidio, el duelo, el aborto y el incesto. De manera que aquí, como en la celebración de contratos con fines inmorales, el Derecho actúa como un factor de protección moral social, y no como un simple garante de los derechos de las personas. Por consiguiente, como el Derecho penal está basado en principios morales y su función va más allá de la imputada por el informe Wolfenden, la argumentación del citado informe es contradictoria: no mide con la misma vara los contenidos morales que se encuentran en el código penal. Si se promueve la despenalización de la prostitución y de la homosexualidad, entonces también se deberían despenalizar otras conductas tipificadas como delitos en el Derecho penal y que reúnen las mismas características que las conductas mencionadas.

Resumiré los pasos de su argumentación[7]:

[7] Sigo la exposición que hace Bayles en «Hart's Legal Philosophy», op. cit., pág. 195 y ss.

1. La moral pública, entendida como las creencias morales mayoritarias de una determinada comunidad, es un hecho social. La sociedad es un conjunto de personas que comparten una comunidad de ideas.
2. La sociedad tiene derecho a imponer coactivamente esta moral mediante el Derecho, siempre que se den cuatro principios o circunstancias.

2.1. La sociedad debe hacer compatible el máximo grado de libertad con la mayor integridad o unidad social.
2.2. El legislador debe ser consciente de los cambios de mentalidad respecto de la moral, y debe ajustarse a ellos.
2.3. La intimidad debe respetarse tanto como sea posible, en el sentido de no facilitar información acerca de una persona[8].
2.4. El Derecho debe garantizar una moral de mínimos, no de máximos.

La defensa de la moral se identifica con la defensa de la sociedad del mismo modo que la traición es un ataque a la integridad social, las conductas inmorales deben ser rechazadas porque pueden producir un daño social.

3. La moral social se puede identificar como la moral del «hombre de la calle», aunque los sentimientos de tolerancia e indignación «razonables» no son suficientes para legislar.

En resumen: Devlin rechaza el punto de vista liberal -defendido por Mill y el informe Wolfenden- del principio del daño a terceros. En lugar de ello sostiene que la sociedad tiene derecho a legislar contra cualquier conducta inmoral que dañe a su integridad social; como la sociedad es un conjunto de creencias morales compartidas, cualquier conducta que afecte a la moral social puede ser entendida como una agresión social. Aunque la sociedad tiene derecho a prohibir tales conductas Devlin advierte que el Derecho versa sobre mínimos morales, que los límites de la tolerancia cambian y que la libertad y la intimidad tiene mucho valor.

[8] Es sabido que en nuestro Ordenamiento jurídico la libertad de información prevalece siempre sobre el derecho a la intimidad y el honor siempre que la información sea veraz y que su contenido «se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere: de otra forma, el derecho de información se convertiría en una cobertura formal para, excediendo el discurso público en el que debe desenvolverse, atentar sin límite alguno y con abuso del derecho al honor y la intimidad de las personas, con afirmaciones, expresiones o valoraciones que resulten injusti-

La tesis de Devlin no debe confundirse con argumentos más radicales o clásicos acerca del moralismo legal. Devlin no sostiene que el deber del Estado sea hacer a la gente moralmente buena, para cuyo propósito debe hacer cumplir la moral positiva; ni tampoco entiende que la moral positiva sea intrínsecamente valiosa, por lo que la coacción jurídica sería el medio idóneo para su protección. Tampoco confunde la legitimidad democrática con la corrección moral de sus decisiones. Opta, más bien, por defender una tesis moderada: como la moral positiva es instrumentalmente valiosa para la integración social, debe ser protegida jurídicamente.

III

La tesis de Hart

Para Hart el problema del moralismo legal no es simplemente un problema acerca de la moral, sino un problema moral. Teniendo en cuenta la distinción entre la moral positiva y la moral crítica, el problema de la legislación moral debe responder desde la moralidad crítica acerca de la coacción de la moral positiva. Es decir, debe ofrecer argumentos que justifiquen o rechacen la imposición coactiva de la moral social. La discusión versa sobre si el principio del moralismo legal es bueno para penalizar conductas. La cuestión consiste en saber qué tipo de moralidad crítica debería adoptarse para legislar: o bien una que incluya el principio del moralismo legal, o bien otra que lo excluya. De manera que la discusión versa sobre la moralidad política crítica, no sobre los contenidos de la moral positiva ni sobre las normas para evaluar las morales críticas. Yo puedo discrepar con alguien acerca de los contenidos de su moral, y sin embargo coincidir con él acerca de los criterios para imponer una moral determinada.

La tesis de Hart viene a decir que la inmoralidad de una conducta juzgada como tal por la moral positiva no constituye una razón adecuada para legislar en su contra. La coacción legal, al limitar la libertad, exige una justificación que va más allá de la simple constatación de que una conducta transgreda la moral social. No siempre se ha argumentado a favor del moralismo legal, basándose en los mismos principios: a veces se ha sostenido que es un deber del Estado la búsqueda

---

ficadas por carecer de valor alguno para la formación de la opinión pública sobre el asunto de interés general que es objeto de la información. Esto es lo que afirma la sentencia del Tribunal Constitucional 171/1990, de 5 de noviembre. En el mismo sentido, la 214/1991, de 11 de noviembre, y la 219/1992, de 3 de diciembre, entre otras.

de la perfección moral de sus ciudadanos, por lo que debe imponer coactivamente la moral social. Parece discutible no sólo la aceptación de la finalidad perfeccionista del Estado, sino también pensar que el mejor instrumento para conseguirlo consiste en imponer la moral positiva. Al menos, desde un punto de vista liberal, ni el fin, ni el medio, podrían aceptarse. Otras veces se ha defendido el valor intrínseco de la moral positiva, por lo que también se ha atribuido un valor intrínseco a la coacción legal que logra imponerla. La coacción legal sería valiosa como medio para mantener la moral positiva. Junto a esta tesis extrema, otros puntos de vista han defendido el moralismo legal desde posiciones más moderadas. La idea errónea de que la lealtad a la democracia implica el *populismo moral* ha conducido a decir que la mayoría tiene derecho a dictar cómo debemos todos, confundiendo la *vox populi* con la *vox Dei*. El procedimiento democrático no garantiza la bondad moral de sus resultados.

La tesis de Devlin es algo más moderada: sostiene que la moral positiva es instrumental mente valiosa para la integración social, lo cual justifica su imposición coactiva. Es cierto que toda sociedad requiere un mínimo de consenso moral para su propia existencia. De manera que cuando Devlin sostiene la necesidad de una moral reconocida para la existencia de una sociedad, está confundiendo algo razonable. Lo que no se puede hacer es, de la proposición que sostiene que alguna moral compartida es esencial para la existencia de una sociedad, deducir que una sociedad debe identificarse con su moral social histórica. Devlin sostiene que si no se produce tal identificación, la sociedad tiende a su autodestrucción: los cambios en la mentalidad moral son vistos como procesos desintegradores y destructivos.

Decir que la moral es esencial para la existencia de la sociedad es un enunciado ambiguo. Se puede dar a entender, al menos, dos cosas: se puede sostener que ciertas creencias morales son esenciales para la existencia de cualquier sociedad, o bien que ciertas creencias morales son esenciales para ciertos tipos de sociedad. La primera alternativa nos lleva a las procelosas aguas del contenido mínimo moral que una organización social debe tener para conservar su propia existencia como factor de coordinación y convergencias de conductas. La segunda nos lleva a precisar características morales deben tener los distintos tipos de sociedades que han existido y que conocemos, desde las primeras formas de matriarcado hasta las sociedades postcapitalistas. Ahora bien, si las sociedades cambian las creencias morales, aunque a veces los dos procesos no siguen el mismo ritmo. Lo que no tiene sentido decir es que los cambios sociales y morales contribuyen a desintegrar la sociedad: la identidad social es un proceso que se extiende a lo largo del tiempo, cuanto más la identidad de un grupo en el que convergen identidades personales diferentes y procesos de cambio

complejos. Además, de la proposición de que las sociedades tienen su moral y el Estado el deber de protegerla, no se deriva que el Estado debe defender todos los prejuicios morales de la mayoría, incluso contra la opinión de los afectados, sino más bien el de defender esos espacios de libertad privados, a partir de los cuales es posible el progreso moral de la colectividad. Basta que concibamos la sociedad y la moral como algo cambiante, para que el papel del Estado, de defensor de la sociedad, se convierta en defensor de las formas cambiantes de la sociedad, es decir, de las fuentes del cambio moral.

Ahora bien, no se puede imputar a Devlin la tesis de que un simple cambio social contribuye a la desintegración de la sociedad. La percepción crítica de que un cambio en ciertas estructuras o creencias morales tiene consecuencias negativas para el conjunto de la sociedad se ha de basar, a su vez, en ciertos principios de moralidad crítica que justifican o desaprueban tal cambio. No se condena al cambio por el cambio, sino por los efectos que puede producir en la modificación de ciertos valores sustantivos.

No obstante, Devlin propone coaccionar la moral positiva, cualquiera que sea: acepta el principio de *moralidad crítica* de que es necesario la coacción de la moral positiva para legislar.

Hart, como representante de la tradición liberal, acepta la tesis antimoralista, aunque también sostiene la necesidad de bases positivas que fundamentan la legislación penal. El liberalismo tradicional y ortodoxo que sigue a Mill ha defendido el principio del daño a terceros. Hart se separa de este principio en la medida que reconoce la posibilidad de que se puede producir daño más allá de este principio limitado. Hart acepta el principio paternalista -la posibilidad de prohibir o imponer una conducta cuya realización o no es mejor o beneficia a quien la debe llevar a cabo- y el principio basado en la ofensa a otros («offense principle») cuya formulación es más ambigua, aunque no se puede identificar con el moralismo. Trataré de precisar tales conceptos con el fin de ver si tal posición puede ser compatible con una defensa liberal de la sociedad y del Derecho, como un camino intermedio entre el liberalismo ortodoxo y el moralismo legal.

Devlin presenta algunos contraejemplos de tipos penales que sólo pueden justificarse si se acepta el principio del moralismo legal. Los contraejemplos se pueden agrupar en dos principios normativos y en ocho tipos penales. Los dos principios se podrían formular del siguiente modo: el *consentimiento* de la víctima no es una eximente y la *culpabilidad moral* es relevante en la fijación de la severidad de la pena. Sólo si se admite la tesis del moralismo legal, sostiene Devlin, tales principios, vigentes en la mayoría de los códigos penales, pueden estar justificados. Los ocho tipos penales serían: bigamia, crueldad con los animales, homosexualidad, aborto, sodomía, incesto, obscenidad

y delitos relativos a la prostitución. Hart despliega la defensa de sus principios para intentar demostrar que otros argumentos, con independencia del moralismo legal, pueden ser suficientes para penalizar tales conductas. En realidad, la defensa de la tesis antimoralista puede tomar alguna de estas dos formas. O bien se niega simplemente que tales conductas puedan prohibirse (como por ejemplo sucede con la homosexualidad) o bien puede decirse que tales conductas pueden prohibirse de acuerdo con otros principios. Por ejemplo, para Hart, la homosexualidad y el aborto no deberían declararse ilegales. La prohibición de la crueldad hacia los animales, en cambio, se puede justificar por el principio del daño interpretado en el sentido de que pueda incluir el alivio del sufrimiento y no simplemente la prevención del daño a otros. El principio paternalista justifica el principio de que el consentimiento de la víctima no sea una eximente. La bigamia y la prostitución callejera podrían encontrar cierta condena en el principio de la ofensa, etc.

Hart introduce el principio del *paternalismo* para justificar que el consentimiento de la víctima sea una causa de exención de responsabilidad criminal. Sólo funciona como tal en el caso de que forme parte del tipo penal, como es el caso de la violación. En los demás casos, el principio paternalista es suficiente para justificar ciertas prohibiciones de conductas que, de otro modo, podrían producir perjuicios en las propias personas que las llevan a cabo. Aunque el paternalismo usa el Derecho para proteger a la gente de sus propios errores no es suficiente para coaccionar jurídicamente la moral positiva.

Lo que Devlin critica de Hart es que su adopción del paternalismo conduce prácticamente al moralismo legal. Para Devlin, los dos principios llevan a los mismos resultados prácticos.

Ahora bien, parece que los dos principios son *conceptualmente* distintos. El propósito del paternalismo es prevenir el daño físico o moral de los individuos. El moralismo no exige tal daño. En realidad, Hart está defendiendo una versión *débil* del paternalismo, en el cual la decisión del agente afectado no se manifiesta claramente voluntaria. La versión *fuerte* del paternalismo permite legislar contra la voluntad de una persona incluso si se ha manifestado con total libertad y con plena información. Mill aceptó un paternalismo débil al considerar que las personas podrían ser coaccionadas contra su voluntad si se demostraba su ignorancia acerca de un peligro evidente.

De otro modo, el principio de la *ofensa* viene a decir que alguna conducta puede declararse ilegal no porque sea inmoral (principio del moralismo legal), sino porque es ofensiva, indecente o perturbadora para otros. Con este principio se puede prohibir la bigamia, sin tener que recurrir al moralismo legal: ahora bien, ¿por qué se prohíbe la bigamia y no el adulterio? Porque la bigamia es un atropello -sostiene

Hart- contra la sensibilidad religiosa, ya que se manifiesta en un acto público. Pero, ¿por qué se castiga la publicidad de una conducta (bigamia) y no otra conducta privada (adulterio) que, debido a su conocimiento, puede producir también la misma ofensa que la pública?

Realmente es difícil establecer una distinción nítida entre las consecuencias que se deriven del principio de la ofensa y las del moralismo legal. Sabemos que Mill fue muy reticente ante los argumentos basados en las «ofensas» como razones que justificaban responsabilidades jurídicas. Porque la prohibición legal de las ofensas puede producir un daño mayor que el que trata de evitar. Se puede reprimir la libertad de expresión, el principio de autonomía personal y la virtud de la tolerancia ante formas o modos de vida minoritarios. Y esto puede afectar a las propias bases de un sistema democrático.

En todo caso, el problema está en hacer compatible la autonomía personal y su libre manifestación con ciertas exigencias públicas. Como no es función del Derecho imponer la moral social, si la propia sociedad estima que es necesario oponerse a ciertas conductas o prácticas deberá hacerlo en su propio ámbito y con sus propios procedimientos persuasivos, no mediante la fácil delegación en el Derecho y su concluyente mecanismo de fuerza.

ALGUNOS APUNTES SOBRE KANT Y LA LIBERTAD POLÍTICA

Es sobradamente conocido que la obra moral y, jurídico-política de Emmanuel Kant es uno de los lugares a los que, con mayor asiduidad, se ha recurrido desde las discusiones, tanto de índole filosófico-analítica como de carácter directamente político-sustantivo, sobre «los conceptos de libertad».

Que tal cosa ocurra en el ámbito de la cuestión usualmente designada como «el problema metafísico de la libertad de la voluntad»«(del que el mismo autor de la *Crítica de la razón pura* nos enseñó que su consideración adecuada sólo puede proceder de la ética) no tiene nada de extraño dada la importancia incomparable de la aportación kantiana a aquélla. Pero lo que en éstas páginas me va a ocupar es ese otro terreno, jurídico y político, de la discusión sobre el concepto de libertad en la acción social o -de nuevo en términos del propio Kant- «en el ejercicio externo del arbitrio». Y, en referencia a éste último, no me parece desatinada la opinión de que el recurso a la obra kantiana tiene menos que ver con la magnitud o interés intrínseco de su aportación precisa que con los propios intereses retóricos y polémicos de los teóricos y los militantes de «la libertad positiva y la libertad negativa».

Es, en buena medida, Isaiah Berlin quien, en sus breves pero influyentísimos ensayos sobre la materia, puede muy bien ejemplificar tal tipo de tratamiento. Tras formular, en los sugerentes términos que hoy nos son ya familiares, la diferenciación entre las nociones «negativa» y «positiva» de libertad, y sostener que una y otra no constituyen «dos interpretaciones distintas de un único concepto, sino dos actitudes profundamente divergentes e irreconciliables ante los fines de la vida», Berlin procede a adscribir al filósofo de Könisberg a las filas (tan nutridas y variopintas como para disfrutar en ellas de la compañía de Spinoza, Locke, Montesquieu, Burke, Rousseau, y «de muchos estudiosos antes que ellos y jacobinos y

comunistas después que ellos») de aquéllos para quienes el concepto de libertad se refiere centralmente a la determinación del individuo por la propia razón. Pues si bien es verdad que -en «uno de sus tratados políticos»- Kant «estuvo cerca de la afirmación del ideal de libertad negativa», sus convicciones definitivas parecen haber sido las de que, por el contrato originario, «el hombre abandona su libertad salvaje para encontrarla de nuevo íntegra en un estado de dependencia legal»[1]; lo que significa para Berlin (cuyo tenor expositivo manipula los textos kantianos) «que sólo ésta [la dependencia legal] es la verdadera libertad». De este modo, «la libertad, lejos de ser incompatible con la autoridad, deviene virtualmente idéntica a ella»[2].

La contrapartida a la posición interpretativa de Berlin -pero en el marco del mismo tipo de tratamiento de la cuestión- puede encontrarse en las tesis del no menos venerable filósofo y no menos insigne liberal, Norberto Bobbio. El profesor turinés -que comparte, sin embargo, con Berlin la preferencia por la versión «negativa» o liberal del concepto de libertad y la convicción en la dualidad de concepciones rivales que ésta y la formulación «positiva» del mismo constituyen-[3] sostiene que las definiciones «rousseaunianas» de la libertad como autonomía colectiva, que Kant presenta -explícita y «desafortunadamente»- en sus obras jurídicas y políticas, no bastan para adscribir a este autor tal posición. Por el contrario, la libertad que verdaderamente se «invoca» en su obra, que ésta «convierte en fin de la vida política», y «en la que se inspira su concepción del derecho, del Estado y de la historia, no es la democrática sino la liberal», es decir, la libertad en el sentido negativo o «libertad sin coerción»[4].

No creo que ninguna de las dos interpretaciones sean suficientemente satisfactorias (aunque, en mi opinión, lo es en bastante mayor medida la de Bobbio) para dar cuenta de las reflexiones sobre la

---

[1] Véase Kant, Die Metaphysik der Sitten, (primera parte, *Rechtslehre*) *Ak*. VI, págs. 315-316; 1989, pág. 146.

[2] Isaiah Berlin, 1969, págs. 166, 153 nota y 148. Versión castellana (1988), págs. 237, 224 nota y 219. El «tratado político» no identificado por Berlin es el breve escrito kantiano *Idea de una historia universal en sentido cosmopolita.* Vid. *Ak*. VIII, pág. 22: 1981, págs. 48-49. Berlin se refiere asimismo y con mayor detenimiento al concepto kantiano de «libertad de la voluntad».

[3] En palabras del mismo Bobbio, su trabajo sobre la posición kantiana «tiene también como objetivo confirmar, a través del análisis de un texto célebre, la existencia de las dos nociones fundamentales de libertad, y de mostrar la necesidad de mantener la distinción entre ellas, pues de la preponderancia de una u otra depende la asignación posible de un autor a una corriente de pensamiento político o a otra». 1961 pág. 118.

[4] Bobbio, *ibid.,* págs. 108, 109 y 117. Versión castellana de 1985, págs. 201 y 210.

libertad jurídica y política contenidas en los escritos kantianos. Sin pretender que en ellos se constituya una construcción teórica detenida, o una aportación original -y recuerdo que sigo refiriéndome específicamente a la teoría de la libertad en el ámbito del derecho y la política-, pienso que sí contiene posiciones más complejas e interesantes de lo que las dualidades rígidas, del tipo de las mencionadas, permiten.

La libertad de la voluntad individual como autonomía, o «en su concepto positivo» según el cual aquélla se determina a la acción convirtiendo en máxima de ésta la ley moral que ella misma establece en tanto racional -y por la que «la razón pura se hace práctica por sí misma»-, queda radicalmente fuera del ámbito de la legislación jurídica, y así de la acción del Estado, ya que no sólo excede de las posibilidades de una y otro, sino que es por su mismo significado contradictoria con la motivación para la acción que caracteriza al derecho (que no puede, por tanto, producir moralidad de las acciones). Esta conocida y celebrada tesis, central a toda la filosofía práctica de Kant, que establece en la autonomía moral del arbitrio el límite negativo del derecho, debe ser de nuevo traída a colación como punto de partida de cualquier aproximación al tema, frente a los que aún tratan de adscribir a este autor la pretensión de un Estado ético que realiza la libertad como autonomía del individuo racional.

Las elaboraciones que presiden el sistema de la Rechtslehre y de toda la *Metafísica de las Costumbres* -«en tanto que estas leyes morales se refieren a acciones meramente externas y a su conformidad con la ley *(Gesetzmäsigkeit)* se denominan jurídicas»: «la libertad a que se refieren las leyes jurídicas sólo puede ser la libertad en el ejercicio externo del arbitrio»; el concepto del Derecho «tiene por objeto la *relación externa y práctica de una persona con otra* y en tanto que sus acciones pueden tener influjo entre sí, bien mediata, bien inmediatamente»- conducen al bien conocido concepto de Derecho como conjunto de condiciones de la conciliación de arbitrios y al *Principio universal* del mismo, según el cual «una acción es conforme a Derecho cuando según ella o según su máxima, la libertad del arbitrio de cada uno puede conciliarse con la libertad de todos, según una ley general[5]». La libertad objeto de la regulación jurídica, la que el derecho protege o garantiza, y que, en esa medida, se convierte en fundamento de legitimidad del derecho mismo (la coacción jurídica concebida como «obstáculo a un uso de la libertad que es él mismo un obstáculo a la libertad según leyes universales»), es decir, aquélla que por el *contrato originario* deja de ser «libertad salvaje y sin ley» para convertirse en libertad legítima o conforme a

[5] *Ak*. VI, págs. 214 y 230: 1978, págs. 42, 43 y 79-81.

derecho, es la libertad entendida al modo liberal, de la esfera de acción no interferida por otros, o, en términos del propio Kant, «independencia del arbitrio compulsivo de otra persona»[6].

Hasta aquí tienen razón Bobbio y los innumerables intérpretes que se inclinan por la misma conclusión. No comparto, sin embargo, la opinión del autor italiano de que sea necesario descartar, como confusiones de Kant respecto de sus propios presupuestos, aquellos momentos de su obra en que Kant vincula directamente la libertad con la legitimidad -en términos de contrato o consentimiento racional- de las leyes que la regulan. El caso paradigmático al respecto es el de la formulación, en *La paz perpetua,* del «principio de la libertad de los miembros de una sociedad» como primer principio de la constitución republicana»:

> «La libertad jurídica -externa, por tanto- no puede definirse, como es costumbre, diciendo que es «la facultad de hacer lo que se quiera, con tal de no perjudicar a nadie». En efecto, ¿qué es la facultad? Es la posibilidad de una acción que no perjudique a nadie. Por tanto, vendría a ser la definición de la libertad la siguiente: «Libertad es la posibilidad de las acciones que no perjudican a nadie». No se perjudica a nadie -hágase lo que se quiera- cuando a nadie se perjudica. Todo esto, como se ve, es mera tautología y juego de palabras. Hay que definir mi libertad exterior (jurídica) como la facultad de no obedecer a las leyes exteriores sino en tanto en cuanto he podido darles mi consentimiento»[7].

En esos enunciados, para algunos tan desconcertantes o injustificados, se parte de la constatación de que la «libertad legal» o «libertad en el estado jurídico» es, no libertad de otra índole o de distinta «naturaleza» (como algunas lecturas apresuradas de la presentación de la idea de contrato en la *Rechtslehre* han querido ver), sino libertad bajo leyes del derecho estatal, esto es, libertad necesariamente delimitada o regulada, para su coexistencia con la de otros, por leyes coactivas (tal y como queda claro en la gran mayoría de los enunciados kantianos de la libertad «negativa» que ya conocemos). Y, dado este sometimiento de la libertad a leyes en el estado jurídico, Kant

---

[6] Carta a Heinrich Jung-Stilling, *Ak.* XXIII, pág. 495. En este sentido, y entre otros muchos comentaristas, véase Felipe González Vicén, 1984, págs. 48 y 49, o Norberto Bobbio, 1962, págs. 112-114, 1985, págs. 205-206.

[7] Ak. VIII, pág. 350, nota, traducción castellana, 1979, pág. 102 nota. En la Doctrina del derecho se enuncia como «atributo jurídico» de los ciudadanos del Estado «la *libertad legal* de no obedecer a ninguna otra ley que a aquélla a la que ha dado su consentimiento». *Ak.* VI, pág. 314, 1989, pág. 143.

manifiesta -con cierta imprecisión y ambigüedad semántica pero, que yo vea, sin contradecirse teórica o valorativamente- que esas leyes deben ser solamente aquéllas a las que hemos podido consentir, y que sólo en esa medida se puede decir que los individuos sean libres en el estado jurídico.

Y debe necesariamente advertirse, frente a lo que algunos críticos como Berlin han dado a entender, que, en los dos lugares controvertidos (en que la libertad política se enuncia en sentido «positivo»). Kant no escribe que la libertad consista en la obediencia a tales leyes universales, esto es, que seamos libres «al obedecer» o en tanto nos sometemos a éstas, sino que somos libres -en relación con la ley- si sólo vemos limitada nuestra libertad, el ejercicio externo del libre arbitrio, por la ley a la que hemos podido prestar consentimiento: aquélla es «la facultad de no *obedecer* a las leyes exteriores, sitio *en tanto en cuanto* he podido darles mi consentimiento» o «la libertad legal de *no obedecer a ninguna otra ley más que* a aquéllas a que hayan dado su sufragio». A esta misma condición, debo recordar, se traduce, en mi opinión, la cláusula de la «ley universal» -o, «según leyes universales»- de tantos enunciados kantianos (y de las mismas formulaciones «negativas» de la libertad consideradas canónicas en su obra).

Ahora bien, si Kant no ofrece en esos lugares una concepción de la libertad política distinta y contrapuesta a la que contiene el núcleo de su doctrina del derecho, ¿qué decir entonces de la aparente crítica frontal a la noción «negativa» de la libertad de la misma nota de *La paz perpetua,* según la cual «la libertad jurídica -externa, por tanto- no puede definirse, como es costumbre, diciendo que es «la facultad de hacer todo lo que se quiera, con tal de no perjudicar a nadie»? La respuesta a esta pregunta puede resumirse diciendo que Kant no se opone en esas líneas al concepto o «definición» negativa de la libertad, o a su valor, sino que critica como inadecuada o insuficiente una determinada propuesta normativa de la libertad legítima, o del criterio de delimitación de la libertad en un sistema jurídico. Veamos su argumento:

> «En efecto ¿qué es la facultad? Es la posibilidad de una acción que no perjudique a nadie. Por tanto, vendría a ser la definición de la libertad la siguiente: «Libertad es la posibilidad de las acciones que no perjudican a nadie». No se perjudica a nadie -hágase lo que se quiera- cuando a nadie se perjudica. Todo esto, como se ve, es mera tautología y juego de palabras».

Parece, pues, verosímil afirmar que Kant no se ocupa en este punto del concepto de la libertad de las acciones en general, sino de

la libertad jurídica o conforme a derecho *(rechtliche),* o de la libertad establecida como *facultad (Befugnis),* es decir, autorizada o ya establecida según ciertos límites por el Derecho. Y lo que aduce es que el ámbito de extensión de esa facultad -de la libertad legítima en el estado jurídico, según la idea de justicia- no puede establecerse en términos de «lo que no *perjudique* a otro», porque el concepto aquí referido por Kant es el de *Unrecht (o laedo),* es decir, el de injusticia, violación de un derecho, o trato a otra persona incorrecto o indebido *(Unrecht, Wrong),* en términos de un criterio normativo-moral o de justicia (de lo permisible en la interacción mutua)[8].

Formulado en esos términos, el argumento kantiano recobra su significado y su plausibilidad crítica; pues es cierto que el enunciado según el cual la libertad legítima (la que debe ser consagrada por el derecho como facultad jurídica), es «aquella que no causa injusticia a otro» es un enunciado vacío y tautológico -no dice otra cosa que es libertad conforme a justicia la que no implica injusticia hacia otro-. El corolario que nuestro autor hace seguir a la constatación de la insuficiencia de ese criterio de la libertad legítima o según el derecho *(rechtliche Freiheit)* es el de que tal criterio de las leyes limitadoras (u «ordenadoras» del conflicto de libertades) es el de la posibilidad de acuerdo de todos respecto de las mismas.

Estas observaciones no sólo permiten, desde mi punto de vista, evitar una notoria dificultad interna en el sistema de los enunciados

---

[8] Acerca de la distinción entre un sentido de «daño» o «perjuicio», más próximo a lo empírico-descriptivo -como afectación adversa o menoscabo por la acción de alguien a los intereses de otros *(harm)*- y el sentido normativo, de trato injusto o acción injusta hacia otro, o que viola derechos de éste, para el que, con González Vicén, he utilizado el término «lesión», *cifr.* Joel Feinberg, 1984, págs. 34 y 35, y 105 y ss. El concepto de «lesión» como injusticia es el que Kant presenta en los momentos esenciales de su teoría del derecho, en los que el término utilizado es el de Unrecht; como en la fórmula jurídica *neminem laede* que él transcribe como *thue niemanden Unrecht* (1978 pág. 96, *Ak*. 236, también en pág. 98, *Ak*. 238). En la réplica a Benjamin Constant sobre *Un supuesto derecho de mentir por filantropía,* Kant utiliza la distinción de que hablamos como réplica al francés, quien «ha confundido la acción por la que alguien perjudica *[schadet]* (nocet) a otro (...) con aquella por la que comete una injusticia *[Unrecht thut] (laedit)* con él (págs. 65 y 67. *Ak*. VIII, págs. 428 y 499). En una nota de la *«Introducción» a la Rechtslehre* -pág. 99, *Ak*. 238- ha distinguido también entre «causar daño» *(schaden)* y «violar el derecho de otro» *(seinem Rechte Abbruch Thut)*. La noción de «lesión-injusticia» había sido ya definida por Kant, en las *Lecciones sobre la ética,* en términos muy adecuados para lo que me ocupa en estas páginas -como *oppositio iuris alterius* o «acción que es contraria a la ley del otro, pues lesiono a una persona que tiene derecho a exigirme algo que es necesario según leyes universales del arbitrio» (págs. 87 y 89. *Ak.* 279 y 281-282)- vuelve a presentarse en la *Doctrina del derecho* cuando ésta sostiene: «Si mi acción puede conciliarse con la libertad de todos según una ley general, me causa lesión *(Unrecht)* aquél que me obstaculiza en ello, pues este obstáculo no puede conciliarse con la libertad según leyes generales» (pág. 81, *Ak.* 230-231).

explícitos de nuestro autor, sino que conduce a una cuestión de mucho mayor calado en aquél: la de la remisión a *leyes universales* presente en todas y cada una de las formulaciones del principio de libertad en el Derecho.

Y bien, es esta remisión a la idea o principio de legislación sobre la libertad según leyes universales -o «leyes universales de libertad», en la expresión completa de Kant- la que contiene los rasgos más profundos y decisivos de su filosofía jurídica. Sólo desde su consideración podrá distinguirse ésta de las posiciones, bien conocidas, de un buen número de los representantes de la «teoría política de la libertad negativa», para quienes el criterio de la justicia y de la legitimidad del derecho se concibe únicamente en términos de la maximización del «libre juego» de las acciones individuales «espontáneas» o no obstaculizadas, por su valor instrumental para la obtención de resultados sociales óptimos, concebidos, a su vez, en términos pragmáticos de satisfacción de deseos, fines o intereses de los arbitrios empíricos.

Para comprender las ideas de Kant sobre el derecho y la política a la luz del conjunto de su filosofía práctica deberá, entonces, tomarse en serio la cláusula o condición «según leyes universales de libertad», que convierte la legislación jurídica en algo más que un orden positivo de coexistencia de libertades (al que el propio autor se refiere, desde lo que hoy podríamos llamar un concepto del derecho desde un punto de vista externo, como «la posibilitación de la máxima libertad, es decir, el antagonismo absoluto de sus miembros, con la más exacta determinación y seguridad de los límites de la misma»)[9], determinando su acuerdo con la Idea de derecho o justicia. Pienso que es dicha condición la que incorpora el contenido normativo fundamental -esto es, el criterio de justicia- para la relación entre libertades externas, que el concepto de derecho «según la idea de la razón práctica» contiene.

Que el derecho no es sólo un producto de la razón pragmática -y, así, como algunos autores han pretendido en su interpretación de las fórmulas de la *Rechtslehre,* un «conjunto de cálculos de igualdad legal»[10]-, es una de las tesis fundamentales del kantismo, desde la primera *Crítica* hasta la *Metaphysik der Sitten,* de la que constituye uno de los rasgos esenciales: como conjunto de principios para nuestras interrelaciones como sujetos de libertad, no podemos renunciar a pensar el derecho desde la razón práctico-moral. Ahora bien, ello significa que la legislación jurídica debe pensarse y fundamentarse -y las declaraciones de Kant al respecto son inabarcables- desde las

[9] *Idea de una historia universal... Ak.* VIII, pág. 21; 1981, pág. 49.
[10] George Kelly, 1969, pág. 520.

condiciones de la razón para los principios de nuestra conducta, que es lo que precisamente contienen el «concepto moral del Derecho» y el «principio universal» del mismo.

Los principios de la razón práctico-moral, y tanto los de la ética como los de la teoría de la justicia, son «principios (o leyes) de *libertad*» en el sentido que esta expresión tiene en el núcleo mismo de la filosofía moral kantiana desde la *Dialéctica trascendental:* el de los principios que, a diferencia de las leyes de la naturaleza, «establecen lo que *debe* suceder, aunque nunca suceda», dando lugar al *uso práctico* de la razón: «*práctico* es todo lo que es posible mediante libertad». Ahora bien, la idea central de la filosofía moral kantiana (la que se sintetiza en el «principio supremo de la moral» o del «imperativo categórico») enuncia como condición de todas las leyes y deberes morales la de que éstos deben proceder de la voluntad racional de todos y cada uno de los individuos humanos, los cuales deben por tanto considerarse a sí mismos y a cada uno de los demás como *legisladores* de esos principios constrictivos de la libertad de los arbitrios subjetivos empíricos. La idea de libertad en este sentido primordial, «*piedra angular* de todo el edificio de un sistema de la razón pura»[11], tiene que presidir la construcción de todos los principios prácticos, también los de la filosofía del derecho.

Huelga insistir de nuevo en que no se trata aquí de intentar recuperar para el derecho, o reintroducir por otra puerta, la autonomía en la determinación del arbitrio a la acción (distintiva de la obligación moral) que, en tanto principio de unión de voluntades, da lugar a la *comunidad ética*, y con la que «sería contradictorio» el poder de coacción que caracteriza al derecho, «ya que aquélla ya en su concepto lleva consigo la libertad respecto de toda coacción»[12]. Sin embargo, la exigencia de consideración de uno mismo y de todos los otros, como sujetos de libertad en relación con los principios a los que someten sus acciones, ha de mantenerse si el sujeto de derecho ha de seguir siendo -y para el autor de la *Rechtslehre* no puede ser de otro modo- una «persona moral» y, por lo tanto, «no sometida a otras leyes que aquéllas que ella misma se da, *bien sola, o bien, al menos, de consuno con otras*».

Esa condición de autogobierno recogida en la condición de «validez universal», que la idea de justicia impone a la legislación jurídica, tiene su lugar preferente en la idea reguladora de la «voluntad universal» o «voluntad de todos unificada *a priori*», convertida

[11] Crítica de la razón pura, BX, A 800/B 828, A802/B830; 1978, págs. 16, 627 y 628. *Crítica de la razón práctica, Ak.* V, pág. 4; 1975, pág. 12

[12] *La religión dentro de los límites de la mera razón, Ak.* VI, págs. 95 y 96; 1981, págs. 95 y 96.

en criterio de legitimidad de la legislación del Estado: «la voluntad concordante y conjunta de todos, en cuanto cada uno decide para todos, y todos para cada uno, esto es, la voluntad colectiva del pueblo, puede únicamente ser legisladora». Es, de nuevo en la filosofía del derecho, este principio de autolegislación el que hace posible la condición de validez universal que hemos visto enunciada en las fórmulas kantianas del concepto racional de derecho; por ello ha podido decirse que «la *voluntad unida del pueblo* es la posibilidad de producir la ley universal»[13].

La huella del admirado Rousseau, innegable en tales ideas, y, rastreable hasta el principio mismo de autonomía moral[14], se deja sentir con fuerza, desde los primeros pasos de la filosofía del derecho, en la noción de lo que Kant denomina «el derecho de la humanidad en la persona de cada uno». Situada en la *Introducción* a la *Rechtslehre* como eje mismo de la distinción entre deberes de justicia y deberes de virtud, aquélla incorpora el mandato primero (y «negativo») del principio de la moral, formulado en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* como «principio de la humanidad como fin en sí misma», y reiterado en calidad de principio de las obligaciones jurídicas (que «consiste en afirmar nuestro propio valor como hombres en nuestras relaciones con los demás») como «vinculatoriedad del derecho de la humanidad en nuestra propia persona». Pues bien, el contenido normativo inmediato de ese principio se refiere a la libertad como no sometimiento a la voluntad particular de otro hombre, esto es, como autodeterminación en las relaciones («externas») con otros individuos. Si ya en las tempranas Anotaciones a las *Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime* -en que la influencia del autor del Émile se encuentra en su punto álgido-[15] Kant insiste en que la *«Sumisión (Unterwürfigkeit)* de un hombre respecto de otro hombre» es «lo más penoso y antinatural», y lo mas contrario a toda dignidad, en la teoría del derecho se afirma como «único derecho innato» el de la libertad en términos no lejanos:

> «Libertad -independencia del arbitrio compulsivo de otra persona-, siempre que se concilie con la libertad de los demás según una ley general, es éste único derecho originario, el cual corresponde a todo hombre por virtud de su propia humanidad. La igualdad innata, es decir, el derecho a no ser vinculado

[13] *Ak.* VI. págs. 223 y 314; 1978, pág. 65; 1989. pág. 128. Eduardo Bello, 1989, pág. 164.
[14] En este sentido, José Gómez Caffarena, 1983.
[15] Cifr., entre otros, Jean Ferrari, 1981, págs. 209 y 210, y Susan Shell, 1980, págs. 25 y ss.

> por otros a más de lo que uno puede vincularlos recíprocamente; de consiguiente, la cualidad del hombre de ser dueño de sí mismo *(sui iuris)* (...): todas estas facultades están ya comprendidas en el principio de la libertad innata y no pueden verdaderamente distinguirse de ella (...)[16].

La relación entre estas ideas y la concepción «contractualista» del principio de legitimidad de la legislación, ya mencionada más arriba, es corroborada por los propios textos jurídico-políticos de Kant en los que la condición de autolegislación -de no sometimiento a la legislación de otra voluntad particular y, así, a otras leyes que aquéllas de las que uno pueda pensarse también como colegislador- se afirma como el criterio básico de justicia del derecho recogido en la idea regulativa de la «voluntad común legisladora». Creo que merece la pena citar el siguiente texto en su integridad:

> «Todo derecho depende de leyes. Pero una ley pública, que determina para todos lo que les debe estar jurídicamente permitido o prohibido, es el acto de una voluntad pública de la cual procede todo derecho, y, por tanto, no ha de cometer injusticia contra nadie. Más, a este respecto, tal voluntad no puede ser sino la voluntad del pueblo entero (ya que todos deciden sobre todos y, por ende, cada uno sobre sí mismo), pues sólo contra sí mismo nadie puede cometer injusticia, mientras que, tratándose de uno distinto de uno mismo, la mera voluntad de éste no puede decidir sobre uno mismo nada que pudiera ser justo (...)[17].

Me parece que las objeciones y reservas que puedan seguir manteniéndose frente a la presencia fundamental de la idea de autodeterminación, de raigambre rousseauniana, en la concepción de la libertad que Kant pone en la base de su teoría de la justicia, pierden decisivamente vigor ante los argumentos decisivos expuestos por el propio autor en apoyo de sus tesis centrales. Si, siguiendo a Berlin, la noción positiva de la libertad se interesa acerca de si es la propia persona, y no «fuerzas externas», la que determina su propia actividad -siendo en esa medida «sujeto de la propia vida y las propias decisiones», en vez de «instrumento de la voluntad de los demás»-, entonces sí hay tal idea de «libertad positiva» en las consideraciones fundamentales de la concepción kantiana de la constitución y la legislación del Estado según la «idea del Derecho».

---

[16] *Ak*. XX, págs. 88 y 94. *Ak*. VI, pág. 237-238; 1978, págs. 98 y 99.

[17] *Sobre el dicho común*: «Eso es correcto en teoría, pero no es posible en la práctica». *Ak*. VIII, págs. 294-295; 1986, pág. 33.

Pero «alejar», por todo ello, las posiciones del autor de Teoría y práctica del «ideal de la libertad negativa», sólo puede hacerse si éste se reduce, a su vez, significativa y unilateralmente, para identificarlo con el de ciertas concepciones del liberalismo del tipo de las mencionadas más arriba (y que podríamos llamar, también simplificadoramente, «economicistas» o «utilitaristas»). No veo, si no, cómo puede expulsarse de la tradición filosófica liberal sobre la libertad al autor de la conocida crítica del gobierno *paternalista* («en el que los súbditos -como niños menores de edad, incapaces de distinguir lo que les es verdaderamente beneficioso o perjudicial- se ven obligados a comportarse de manera meramente pasiva»), como «el mayor *despotismo* imaginable» en nombre de un «principio de *libertad*» según el cual: «nadie me puede obligar a ser feliz a su modo (tal como él se imagina el bienestar de otros hombres), sino que es lícito a cada uno buscar su felicidad por el camino que mejor le parezca (...)[18]».

La distancia que separa a Kant de aquellos liberales para quienes el valor de la no interferencia en la acción individual se piensa pragmáticamente en función de un valor ulterior de eficiencia (esto es, como el mejor instrumento para la satisfacción de lo que aquél llamaría «fines de felicidad»), es indudable si se atiende a la consideración de principio último que, en su filosofía del Estado y la política, se da al derecho de los hombres a regir sus propias vidas:

> «Porque a los seres dotados de libertad no les basta el goce de una vida agradable, que también les pueden proporcionar otros (entre ellos el Gobierno); lo que importa es el *principio* con arreglo al cual se procura ese goce (...). (...) El *derecho* de los hombres necesariamente debe preceder a toda consideración de bienestar, pues se trata de algo sagrado por encima de cualquier precio (de utilidad) y que ningún gobierno, por muy benéfico que sea, puede tocar»[19].

Las dificultades de comprensión a que conducen los intentos de emplazar la obra kantiana en una de los dos opciones, rivales e incompatibles, de la alternativa entre conceptos de la libertad, reaparece si consideramos algunos otros aspectos de su teorización de la libertad en el estado jurídico. Así ocurre, desde mi punto de vista, si se traslada la atención -con un mínimo de detenimiento y no sólo en sus lemas o formulaciones, y según categorías fijadas de antemano- desde las posibles definiciones genéricas de la libertad a los ámbitos

---

[18] *Ibid, Ak.* VIII, págs. 290-291; 1986, págs. 27 y 28.

[19] *El conflicto de las Facultades. Ak.* VII, pág. 87 nota. En *Filosofía de la historia*, 1979, pág. 120.

específicos en que ésta opera (es decir, a lo que se ha llamado intencionadamente «las libertades»).

Llegados a este punto, la primera constatación que podría obtenerse es la de la presencia inmediata y destacada de propuestas que cabe situar sin mayores dificultades en la tradición «liberal» de la libertad (o, en la terminología consolidada, en la del concepto «negativo» de ésta), lo que, por lo demás, es bien sabido que suele ocurrir cuando la cuestión se plantea en ese terreno plural de «las libertades». Tanto la reivindicación prioritaria y decisiva por Kant de la libertad intelectual y académica, como su insistente y clara defensa de la libertad económica parecen abonar sin más esa respuesta[20].

La defensa de la libertad económica tiene, en la teoría y las convicciones sociales de este autor, explicaciones tan diversas e importantes como su detenida teorización de la propiedad privada -en tanto plasmación y extensión de la libertad personal y, de nuevo, según el criterio regulador de la «idea de una voluntad universal»-; o la creencia burguesa, mucho menos argumentada, de la constitución progresiva de la sociedad civil (de propietarios independientes que intercambiarían sus mercancías en un mercado de iguales) a través de la competencia no obstaculizada de iniciativas y esfuerzos individuales.

Pero son, sin duda, las libertades de pensamiento y expresión pública las más vehementemente reivindicadas en el pensamiento del regiomontano. Sin necesidad de volver a los aspectos o componentes de esa esfera de la libertad más próximos a la ética -así, la libertad de conciencia, inasequible incluso para las leyes del Estado según el mismo concepto de derecho, o la libertad religiosa-, la libertad de investigación en el ámbito científico, filosófico o académico y, sobre todo, la libertad de expresión pública en materias políticas y de crítica al gobierno (o «libertad de pluma»), juegan un papel difícilmente exagerable en la teoría kantiana del Estado de derecho y del «modo republicano de Gobierno».

La relevancia de la libertad de expresión política -«facultad de dar a conocer públicamente su opinión acerca de lo que en las disposiciones del soberano le parece haber de injusto para la comunidad»- llega hasta el punto de que ésta es constituida en «el único paladín de los derechos del pueblo» (al que «querer negarle esta libertad es arrebatarle toda pretensión de tener derechos frente al supremo mandatario»[21]). En atención a los propósitos declarados más arriba, me interesa, ante todo, estudiar las razones que justifican tales pronunciamientos.

---

[20] *Cifr.*, en este sentido, la completísima obra de Georges Vlachos, 1962, págs. 80 y ss., 375 y ss., entre otras.

[21] *Ak.*, VIII, pág. 304; 1986, págs. 46 y 47.

Un primer tipo de explicaciones aparece inmediatamente (y así son explícitamente aducidas en los textos correspondientes) a la luz del conocido rechazo kantiano de cualquier derecho de rebelión o resistencia de los súbditos frente a la legislación del soberano. La libertad de expresión y crítica públicas tiene como objeto hacer posible la evitación y rectificación de los errores o injusticias «objetivas» de la acción legislativa y política, la información al soberano sobre la necesidad o deseabilidad de reformas, o la discusión y argumentación sobre ellas. Se trata, en suma, de la contribución de aquella libertad a lo que el lenguaje político tradicional llamaría «el buen gobierno» y, en la construcción kantiana, a sostener la posibilidad de la tesis (que Kant opone explícitamente a Hobbes) de que «el pueblo tiene derechos inalienables frente al soberano, aunque no puedan ser derechos de coacción».

Pero me interesan más ahora, en relación con las ideas de que se ocupan estas páginas, un segundo tipo de consideraciones que Kant expone, asimismo, como fundamento de esa libertad «negativa», y que me parecen especialmente certeras y aleccionadoras. Me refiero a la vinculación directa y sustancial que sus escritos establecen entre la existencia de discusión y crítica públicas de las leyes y la política del Estado, y la libertad de pensamiento sin más, y, por ende, con la capacidad para cada individuo de pensar por sí mismo y no depender, por consiguiente, del juicio y la voluntad de otro:

> «El poder externo que priva a los hombres de la libertad de comunicar públicamente sus pensamientos los priva también de la libertad de pensar (...).
>
> «Es difícil para cada hombre en particular lograr salir de esa incapacidad [de servirse de la propia inteligencia sin la guía de otro] (...). Pero ya es más fácil que el público se ilustre por sí mismo y hasta, si se le deja en libertad, casi inevitable. (...) Para esta ilustración no se requiere más que una cosa, libertad; y la más inocente entre todas las que llevan ese nombre, a saber: libertad de hacer uso público de su razón íntegramente[22].

Para comprender el significado de estos argumentos en la filosofía jurídico-política kantiana es necesario referirse a uno de los aspectos más complejos y criticados de ésta (en el que no puedo detenerme todo lo que su importancia requeriría). Se trata de la separación que el escrito sobre *Teoría y práctica y la Doctrina del*

---

[22] *Cómo orientarse en el pensamiento. Ak.* VIII, pág. 144: 1983. págs. 60-6 1. *Qué es Ilustración, Ak.* VIII, págs. 35 y 36; 1981, págs. 25-28.

derecho establecen entre la exigencia de autolegislación, o consentimiento de todos y cada uno de los individuos a las leyes públicas, y la participación efectiva en la configuración de éstas mediante el voto para la elección de diputados o representantes en el poder legislativo *efectivo*. El ejercicio del poder legislativo por los representantes de los ciudadanos (designados por el voto mayoritario de éstos) constituye la «forma republicana del Estado» o de la soberanía de hecho *(Form der Beherrschung),* en tanto que la idea de la voluntad universal se traduce -en el «modo republicano de gobierno» *(Form der Regierung)*- en criterio regulativo moral o de justicia, de la legislación del soberano (sea éste un monarca o una asamblea de representantes).

Sólo esa separación permite, entre otras cosas, a Kant -sin una contradicción pragmática inmediata con el principio racional del autogobierno de todos- restringir drásticamente la condición de la ciudadanía activa (la de los que son miembros activos del Estado, con «derecho a voto en la legislación»). De ella quedan excluidas las mujeres (en consonancia con una concepción patriarcal de la que es buena muestra la teorización de la sociedad familiar en la «Doctrina del derecho privado»), así como también aquellos que no puedan sostenerse económicamente por sí mismos y dependan de otros («se ven forzados a ponerse a las órdenes de otros») para poder vivir.

Esta limitación de la ciudadanía activa no sólo es insuficiente y erróneamente justificada por nuestro autor (en cuanto a su premisa de hecho fundamental que afirma la conexión entre trabajo por cuenta ajena y dependencia en las opiniones o juicios políticos), sino que es incompatible con algunas de sus propias posiciones: la *independencia civil* deja de ser un *derecho* de todos (recuérdese la declaración, recogida más arriba, de que «la cualidad del hombre de ser su propio dueño está contenida *a priori* en el derecho a la libertad como único derecho innato») para convertirse, por el contrario, en una condición de hecho para la asignación o negación normativa del derecho primordial de la ciudadanía; de manera que el orden empírico de desigualdad y dominación de la sociedad civil tradicional se introduce en lo que se pretendía construcción puramente normativo-racional de los derechos según la condición *a priori* del contrato[23]. La atribución de consecuencias jurídico-normativas a la dependencia económica contradice, asimismo, la propia posición kantiana sobre la *igualdad jurídica* «perfectamente compatible con la máxima desigualdad, cuantitativa o de grado, en sus posesiones».

Me he detenido en este momento, sin embargo, en tan desafortunada construcción para destacar un aspecto de la misma que considero

[23] Véase, en este sentido, Manfred Riedel, 1981, págs. 604 y ss., José Luis Villacañas Berlanga, 1987, págs. 222-224.

digno de atención para la filosofía política y, desde luego, importante para la teoría de la libertad que me ocupa. La justificación de la restricción socioeconómica para la ciudadanía activa no responde, en efecto, en el caso de Kant, a los patrones más conocidos de la propiedad territorial, de la contribución financiera al sostenimiento del Estado, o a la posibilidad de ocio reflexivo y dedicación a los asuntos públicos que da la despreocupación económica por la propia subsistencia. El criterio kantiano refiere la independencia a quien subsiste económicamente por la «venta de lo que es suyo» («incluyendo en este concepto toda habilidad, oficio, arte o ciencia»), por lo que «no está al servicio de nadie»[24]. Pero lo relevante para el autor, como razón de esas determinaciones, es la «dependencia» o «sometimiento» a la protección y, así, a la voluntad de otros individuos que tal situación supone: aquéllos se ven, en definitiva «obligados a ponerse a las órdenes de otros» lo que invalida su condición de sujetos individuales de la política republicana.

Y si la aserción de hecho que esa explicación contiene es, repito, problemática, lo que importa, en mi opinión, es la premisa filosófica de la que aquélla parte, según la cual la independencia en el juicio, la capacidad de «pensar por sí mismo», es condición *sustantiva* de la libertad política del individuo en el Estado. La idea de la libertad del ciudadano no significa sólo una situación «negativa» de ausencia -en cierta medida o en ciertas esferas de la acción- de la coerción legal, sino que se relaciona decisivamente con el valor de la autodeterminación o autogobierno del individuo en la comunidad.

El escrito de Kant en respuesta a la pregunta *¿Qué es Ilustración?* proporciona reflexiones inapreciables en torno a dichas ideas: la relación que allí se establece entre la libertad de expresión y configuración de la opinión pública, y madurez o mayoría de edad *(Mündigkeit),* no hace de la Ilustración un valor relativo al bien del Estado republicano -al posibilitar la existencia de la opinión pública de los ciudadanos- sino que, a la inversa, considera la libertad de discusión pública (el uso público de la razón) como un momento imprescindible de la «emancipación» en el pensamiento, de la asunción de «la decisión y el valor de servirse de la propia razón sin la tutela de otro»:

> «Mediante una revolución acaso se logre derrocar el despotismo personal y acabar con la opresión económica a política, pero nunca se consigue la verdadera reforma de la manera de

[24] *Ak*., VI, págs. 314-315; 1989, pág. 144 y *Ak*. VIII, pág. 295; 1986, pág. 34. El mismo autor reconoce que «es difícil reconocer los requisitos que ha de satisfacer quien pretenda la posición de un hombre que sea su propio señor».

pensar; sino que, nuevos prejuicios en lugar de los antiguos, servirán de riendas para conducir al gran tropel. (...) El uso público de su razón le debe estar permitido a todo el mundo y esto es lo único que puede traer ilustración a los hombres (...)[25]».

No creo que Elías Díaz quede, ni mucho menos, tranquilo o satisfecho con esta exposición del derecho primordial de la libertad de pensamiento y expresión pública, en relación al valor último de la autodeterminación (también podemos llamarla «autonomía») en la configuración de la propia vida y las relaciones con los otros, si todo ello ha de tener como corolario parcial la limitación de la «libertad democrática», es decir del derecho de voto[26]. Que yo comparta su opinión en ese punto no creo que importe, por lo demás, gran cosa a este maestro de la «concordia discorde» (y los que le conocen saben bien el sentido que tiene aquí la expresión kantiana). Presumo, en cambio, que sí habrá de gustarle otra consecuencia que el propio Kant extrae de su convicción sobre la urgencia de la ilustración como maduración en la libertad y que él mismo expone en palabras inmejorables:

«Confieso que no puedo acomodarme a esta expresión de la que se sirven también hombres sensatos: cierto pueblo (en vías de elaborarse una libertad legal) no está maduro para la libertad; y así también: los hombres en general no están aún maduros para la libertad de creencia. Según un supuesto tal la libertad nunca tendrá lugar; pues no se puede madurar para ella si no se ha sido ya antes puesto en libertad (hay que ser libre para poder servirse convenientemente de las propias fuerzas en la libertad). Los primeros intentos serán desde luego burdos, comúnmente incluso ligados a un estado más molesto y más peligroso que cuando se estaba bajo las órdenes, pero también bajo la providencia, de otro; pero no se madura jamás para la razón si no es por medio de los propios intentos (que uno ha de ser libre de poder hacer)»[27].

---

[25] *Ak.* VIII, págs. 35-37; 1981, págs. 25-28.

[26] Susan Shell explica de este modo algo de lo que aquí he intentado explicar: «el curso de la ilustración humana, o «la emancipación de la tutela autoimpuesta» requiere [para Kant] que la libertad de pensamiento prevalezca sobre la libertad de voto (...). La libertad para publicar es la libertad externa del espíritu. El derecho del individuo a participar en el libre intercambio (de bienes o de ideas) precede a su derecho a elegir representantes políticos», 1980, págs. 172 y 173.

[27] *Religión... Ak.* VI, pág. 188 nota; 1981, págs. 234-235 nota.

Bibliografía

Las obras de Kant citadas se acompañan de la referencia al volumen y página de la edición berlinesa, hoy canónica, KANTS WERKE, Akademie Textausgabe, Berlín, 1902 en adelante. Las traducciones castellanas utilizadas son las siguientes:

-*Crítica de la razón pura.* Trad. de Pedro Ribas, Madrid, Alfaguara. 1978.
-*Crítica de la razón práctica.* Trad. de Emilio Miñana y Manuel García Morente, Madrid, Espasa-Calpe, 1975, (primera edición de 1913).
-*Metafísica de las costumbres*. Trad. de Adela Cortina y Jesús Conill. Madrid, Tecnos, 1989. La «Introducción» a esta obra la cito por la edición *Introducción a la teoría del derecho.* Trad. de Felipe González Vicén, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978 (primera edición, 1954).
-*En torno al tópico: «Tal vez eso sea correcto en teoría pero no sirve en la práctica»* y *Sobre un presunto derecho de mentir por filantropía*. Trad. de M. Francisco Pérez López y Roberto Rodríguez Aramayo, Madrid, Tecnos, 1986.
-*La paz perpetua.* Trad. de F. Rivera Pastor, Madrid, Espasa-Calpe, 1979 (primera edición, 1946).
-*La religión dentro de los límites de la mera razón*. Trad. de Felipe Martínez Marzoa, Madrid, Alianza Ed., 1981 (primera ed. 1969).
-*Idea de una historia universal en sentido cosmopolita, ¿qué es la Ilustración?* y *El conflicto de las Facultades* (ésta en su segunda parte. «Si el género humano se halla en progreso constante hacia mejor»), son citadas por la trad. de Eugenio Imaz en el volumen *Filosofía de la historia,* México, Fondo de Cultura Económica, 1981 (primera ed. 1941).
-*Cómo orientarse en el pensamiento*. Trad. de Carlos Correas, Buenos Aires, Leviatán, 1983.
-*Lecciones de ética*. Trad. de Concha Roldán y Roberto Rodríguez Aramayo, Barcelona, Crítica, 1988.

Obras de otros autores citadas:

-Bello, Eduardo: «La lectura kantiana del «Contrato social». En Javier Muguerza y Roberto Rodríguez Aramayo (eds.), *Kant después de Kant (En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica).* Madrid, Tecnos-Instituto de Filosofía del CSIC, 1989.
-Berlin, I.: *Four Essays on Liberty,* Oxford Univ. Press, 1979 (primera ed. 1969). Trad. de Belén Urrutia, Julio Bayón y Natalia Rodríguez Salmones, Madrid, Alianza Ed., 1988.
-Bobbio, N.: «Deux notions de liberté dans la pensée politique de Kant». En varios autores, *La philosophie politique de Kant,* París, Institut International de Philosophie Politique, 1962. Trad. castellana de Juan Carlos Bayón, en Bobbio, *Estudios de historia de la filosofía: De Hobbes a Gramsci,* Madrid, Debate, 1985.

-Feinberg, J.: *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law,* Oxford University Press, 1984.
-Ferrari, J.: *Les sources françaises de la philosophie de Kant.* Université de Lille, 1981.
-Gómez Caffarena, J.: *El teísmo moral de Kant,* Madrid, Ediciones Cristiandad, 1983.
-González Vicén, F.: *La filosofía del Estado en Kant.* Edic. original Universidad de la Laguna, 1952. Reed. en González Vicén, *¿De Kant a Marx?* Estudios de historia de las ideas, Valencia, Fernando Torres, 1984, por la que cito.
-Kelly, G. A.: «The Structure and Spirit of Legality in Kant». *Journal of Politics,* 31, 1969, págs. 513-527.
Riedel, M.: «Trascendental Politics? Political Legitimacy and the Concept of Civil Society in Kant». Social Research 48, 1981, págs. 588-613.
-Shell, S. M.: The Rights of Reason: a Study of Kant's Philosophy and Politics, University of Toronto Press, 1980.
-Villacañas Berlanga, J. L.: *Racionalidad crítica. Introducción a filosofía de Kant,* Madrid, Tecnos, 1987.
-Vlachos, G.: *La pensée politique de Kant,* París, Presses Universitaires de France, 1962.

ANNETTE BAIER Y MICHAEL WALZER ACERCA DE LA ÉTICA NORMATIVA Y EL FILÓSOFO MORAL[1]

El profesor Javier Muguerza suele repetir con cierta frecuencia que el filósofo moral no tiene por qué hacer lo que dice puesto que bastante tiene con decirlo. La afirmación provoca una doble perplejidad. La primera resulta de considerar la idea implícita de que lo propuesto o recomendado por aquel es merecedor del acatamiento de su auditorio. La segunda cuando pensamos que el hecho de su mero decir es suficiente causa de justificación para actuar inconsecuentemente.

Hoy, cuando en el ámbito de la Ética son cada vez más los que transitan del placentero mundo de la reflexión íntima en despachos académicos al inhóspito territorio de los hospitales, escuelas de negocios, asociaciones profesionales e, incluso, empresas mercantiles, se hace de nuevo necesario (una vez mas y nunca la última) indagar, por un lado, sobre el papel del filósofo moral y, por otro, sobre el carácter y objeto de la disciplina que profesa. Esto último es particularmente urgente en un momento en el que la revitalización de la Ética normativa acaecida durante los años 70, gracias en gran medida a la obra de John Rawls y de Jürgen Habermas, parece estar en sus horas mas bajas.

Evidentemente, la cuestión es lo suficientemente compleja como para que en estas líneas pueda ser, siquiera sea mínimamente, resuelta.

---

[1] Este trabajo está dedicado al doctor Elías Díaz, el más joven de los profesores de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Su talante, honestidad y magisterio son un ejemplo y estímulo intelectual constante. Su amistad un privilegio.

La idea de presentar esta colaboración así como el tema surgió en la Universidad de Syracuse donde transcurrió para mí el curso académico 1993-1994. Quiero agradecer a los profesores Fred M. Frohock y Michael Stocker sus enseñanzas, sugerencias y comentarios a los ensayos que para sus cursos presenté y que son la base de este que ahora me ocupa y asimismo a los profesores Liborio Hierro, José Luis Colomer, Cristina Sánchez y Luis Rodríguez Abascal por sus valiosas aportaciones a esta versión final.

Mi propósito es pues de alcance limitado; plantearé críticamente, tan sólo, los argumentos centrales del debate basándome en dos de los autores que, a mi entender, con mayor pregnancia se han ocupado últimamente del asunto: Annete Baier y Michael Walzer[2].

En la primera parte del trabajo me voy a ocupar de las posibles dificultades e inconsistencias del proyecto de ética normativa que con mayor frecuencia figura en el punto de mira tanto de dichos autores como de los que se han dado en llamar comunitaristas (entre ellos el propio Walzer). Me estoy refiriendo al constructivismo ético tal y como es entendido por John Rawls y Carlos Santiago Nino entre otros. Comprobaremos, por un lado, que las críticas de Baier y Walzer se dirigen no tanto contra ese particular modelo sino, en general, contra todo intento de teorizar sobre la justicia y, por otro, que un análisis cuidadoso del mismo junto con las reformulaciones que sus propios postuladores han esbozado en los últimos años lleva a considerar que se ha aminorado, si no anulado, la distancia con sus críticos.

Dicha polémica se encuentra indisolublemente ligada a la discusión acerca del papel del filósofo moral. Como indicaba al principio se trata de una cuestión siempre presente, implícita o explícitamente, en la historia del pensamiento (baste recordar en este sentido la archiconocida recomendación de Marx en la XI Tesis sobre Feurbach). Lo que se pone ahora en tela de juicio es ese carácter pseudo pastoral que muchos éticos contemporáneos se arrogan; bien porque es inconsistente con su atestiguada falta de compromiso personal (segunda de las paradojas iniciales) y porque la teoría moral, entendida como guiadora de la acción, es innecesaria[3] o, en el mejor de los casos, irremisiblemente necesitada del auxilio de otras ciencias sociales, bien porque una vez desmontada la posibilidad de su universabilidad, al filósofo moral sólo le cabe ser «intérprete local»[4]. La segunda parte del escrito se centrará en el análisis de estas cuestiones.

I

Siguiendo el esquema propuesto por A. J. Ayer, son tres los posibles

---

[2] Annete Baier, «Doing without moral theory?» en *Postures of the Mind. Essays on Mind and Morals.* University of Minnesota Press, 1985, págs. 228-245. Michael Walzer, *Spheres of Justice,* Basic Books, Nueva York 1983, «Philosophy and Democracy», *Political Theory*, Vol. 9, n.º 3, Agosto 1981, *The Company of Critics. Social Criticism and Political Commitment in the Twentieth Century,* Basic Books, Nueva York, 1988, *Interpretation and Social Criticism*, Harvard UniversitY Press, 1987.

[3] Baier, «Doma without Moral Theory?», págs. 232-233.

[4] Walzer, *Spheres of Justice,* pág. XIV, «Philosophy and Democracy», pág. 9. *The Company of Critics...,* pág. 231. *Interpretation and Social Criticism*, pág. 21.

objetos de la filosofía moral[5]: el estudio de la lógica del lenguaje moral[6], el análisis de las teorías de lo justo o lo bueno, es decir, de las teorías justificadoras de la acción desde una perspectiva ideal o crítica, y la investigación empírica del funcionamiento de la moral positiva. El constructivismo ético vendría a situarse en la segunda de estas categorías, aunque surge a partir del «tomarse en serio», también, como más adelante veremos, la tercera de ellas; lo que no parece ser en ningún caso es una teoría metaética en el sentido de Ayer y de otros representantes de esa tradición analítica[7].

Aunque con diferencias y distintos argumentos, lo que subyace en autores como G. E. M. Anscombe, Alasdair MacIntyre y la propia Annete Baier[8], entre otros, es el rechazo a la teoría ética que tiene como principal objeto de análisis los principios y normas guiadoras de la acción y su justificación. Para Anscombe, tal concepción «legalista» es el resultado de la hegemonía de la versión cristianizada

---

[5] *Language, Truth and Logic,* Víctor González Ltd., 1936, pág. 103 (hay traducción castellana de M. Suárez, *Lenguaje, verdad y lógica*, Planeta Agostini, Barcelona, 1986). Ayer propone una cuarta categoría -juicios éticos reales *(actual ethical judgements)*- cuya configuración con respecto a las demás no resulta sencilla según sus propias palabras. En todo caso no constituyen objeto de estudio de la filosofía moral.

[6] El propio Ayer considera, «... que sólo la primera de nuestras categorías a saber aquella que comprende las proposiciones relativas a las definiciones de términos éticos, puede decirse que constituye filosofía ética.» *op. cit.,* pág. 104. Asimismo. R. M. Haré, *The Language of Morals,* Oxford University Press, 1952, p. v. (hay traducción castellana de G. R. Carrió y E. Rabossi, *El lenguaje de la moral,* Universidad Autónoma de México, 1975). Refiriéndose específicamente a la teoría de la justicia de Rawls, Haré entiende, en un trabajo posterior, que precisamente el descuido y mala comprensión de aquel sobre las cuestiones de metodología filosófica, análisis ético (entendiendo por tal el estudio del significado o naturaleza de los términos morales y sus propiedades lógicas) y metodología moral hace que su teoría normativa carezca del equipamiento necesario para que sea defendible. «Rawls' «Theory of Justice» en *Reading Rawls. Critical Studies on Rawls «A Theory of Justice»,* Norman Daniels ed., Stanford University Press, 1989. pág. 81.

[7] Manuel Jiménez Redondo, *Constructivismo, Rawls, Nozick,* Universidad de Valencia, 1983, págs. 65-66. Sí creo que existirían consideraciones metaéticas en la obra de Rawls en lo que respecta a la naturaleza de la teoría normativa y la posible continuidad o discontinuidad en relación al pensamiento científico (sobre todo en *A Theor y of Justice,* Harvard University Press, Cambridge 1971, págs. 46-53 -hay traducción en castellano a cargo de Mª. D. González. *Teoría de la justicia,* Fondo de Cultura Económica, México, 1979- y en «Kantian Constructivism in Moral Theory». *The Journal of Philosophy,* Vol. 78, n.º 9, septiembre 1980, pág. 554). En contra de esta idea. Stephen Darwall, Allan Gibbard y Peter Railton, «Towards *Fin de Siecle* Ethics», *The Philosophical Review,* Vol. 101, n.º 1, january 1992, pág. 140.

[8] G. E. M. Anscombe, «Modern Moral Philosophy», en *Ethics, Religion and Politics,* Collected Philosophical Papers, Vol. 3. Basil Blackwell, 1981. Alasdair MacIntyre, *Tras la Virtud,* Ed. Crítica, 1987. Annete Baier con acentos más humeanos, «Doing witout Moral Theory?».

de la ética aristotélica[9]. Con la pérdida de esa matriz (de la posibilidad de última apelación a la autoridad divina debida al proceso de secularización en Occidente) resultan vanos los intentos racionalistas de fundamentación de la moral, particularmente el del contractualismo[10]. En parecidos términos, según MacIntyre el discurso moral que heredamos es fragmentado e incomprensible por la pérdida del concepto de virtud que viene a funcionar como puente entre «el hombre tal-cual-es y el hombre como-podría-ser-si-realizara-su-*telos*»[11].

Annete Baier, por su parte, apunta aún más alto: todo intento de teorizar sobre la justicia (el neocontractualismo de corte kantiano paradigmáticamente) es inútil. Baier entiende por teoría normativa un sistema de principios morales, en el cual los menos generales se derivan de los más abstractos que nos indican como debemos actuar. Según dicha autora, teorías genuinas y útiles son las científicas; en la esfera del saber práctico (como por ejemplo la cocina o la ingeniería) no tiene sentido hablar de ellas[12].

Me interesa constatar en este momento, antes de entrar en las críticas y deficiencias señaladas al proyecto constructivista, que esa frecuente apelación a tiempos en que la filosofía moral era genuina es sólo aparentemente neutral. Apenas se esconde, por parte de los mencionados autores, el intento de recuperar el aristotelismo o, en el caso de Baier, una teoría ética de raíz humeana. Se trata en definitiva de modelos distintos de entender el fenómeno moral y su estudio a los que cabría también extender legítimamente, creo, la acusación de querencia guiadora y «teorizante».

Como antes indicaba, el constructivismo ético toma como punto de partida, en palabras de Nino, la inescindible relación entre moralidad crítica y moralidad positiva. Si, en definitiva, toda actitud moral, como asumirían algunos de los llamados comunitaristas, no es sino el reflejo de las prácticas sociales vigentes, resulta imposible

---

[9] *Op. cit.*, pág. 30.

[10] Ibid, pág. 38.

[11] Aunque expresando diferencias, él mismo reconoce su deuda con las tesis de Anscombe. *Tras la virtud*, págs. 78, 79, 83, 85.

[12] *Op. cit.*, págs. 232-233. Hay teorías sobre la nutrición y recetas de cocina así como matemáticas, física y química para poder construir, por ejemplo, puentes. Sería una extraña empresa, arguye Baier, tratar de encontrar en las recetas o en la construcción de puentes los principios aplicados o unificar las reglas de la cocina o de la ingeniería en un gran sistema para así poder derivar nuevas recetas, menús o puentes. Richard B. Brandt define, igualmente, la ética normativa, «... como estudio filosófico, una investigación dirigida a establecer y defender como válido o verdadero un conjunto completo y simplificado de principios éticos generales y también algunos principios menos generales que son importantes para lo que podríamos denominar -proporcionar el fundamento ético» de las instituciones humanas más importantes». *Teoría Ética,* Alianza Editorial, Madrid, 1982, págs. 22-23.

saber qué queremos decir cuando hablamos de progreso, dilema o arrepentimiento morales y, sobre todo, entender la distinción entre dichas actitudes de otras que todos convenimos en identificar como religiosas, de trato social, etc... Como apunta Carlos Santiago Nino, «La moral social o positiva es el *producto* de la formulación y aceptación de juicios con los que se pretende dar cuenta de principios de una moral ideal. Sin la aspiración de actuar y juzgar de acuerdo con una moral ideal no habría moral positiva» (el énfasis es del autor)[13]. Es decir, la moral social actúa como plataforma o referente para los juicios críticos y, a su vez, aquella acaba siendo conformada por éstos. Además, es tomando como base el discurso moral vigente como podemos identificar ciertos rasgos estructurales del mismo como distintivos frente a otras prácticas sociales.

Esta es la idea que subyace a los «experimentos mentales» como el de la posición original de Rawls. Los principios de justicia son el resultado del diseño de un procedimiento discursivo que incorpora aquellos rasgos que antes mencionaba[14]. No son la manifestación de «verdad moral» alguna, como pretendería el intuicionismo racional del que a toda costa quiere distanciarse Rawls, y de ahí que estén sometidos a un proceso de ajuste continuo *(back and forth)* con nuestras intuiciones morales hasta lograr la situación de coherencia que Rawls denomina «equilibrio reflexivo». Ante la eventualidad de una intuición moral que no casase con el resultado del procedimiento, el modelo constructivista exigiría el abandono de aquélla. No cabría, como sucedería si adoptamos la visión intuicionista, convivir con la incongruencia con la esperanza de refinar la teoría[15].

Otra característica que conviene resaltar, es que los principios tienen como objeto de aplicación la que Rawls denomina «estructura básica» de la sociedad entendida como, «... la forma en la cual las instituciones sociales más importantes se acoplan en un gran sistema, y como ellas asignan los derechos y deberes fundamentales y conforman la división de las ventajas que surgen a través de la cooperación social. Así, la constitución política, las formas de propiedad legalmente reconocidas, y la organización de la economía y la naturaleza de la familia, pertenecen todas a la estructura básica»[16]. Desde esta perspectiva, el constructivismo de Rawls sería inmune a la crítica

---

[13] *Ética y Derechos Humanos,* Ariel, Barcelona, 1989, pág. 93.

[14] Lo que Rawls denomina «justicia procesal pura». «Kantian Constructivism in Moral Theory», pág. 516. *A Theory of Justice,* pág. 85.

[15] *A Theory of Justice,* pág. 49. Asimismo, Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously,* Harvard University Press, Cambridge 1977, pág. 161 (hay traducción castellana de Marta Guastavino, *Los derechos en serio,* Ariel, Barcelona, 1989).

[16] *Political Liberalism,* Columbia University Press, Nueva York 1993, pág. 258. Asimismo, *A Theory of Justice,* pág. 7.

formulada por Baier contra aquellas teorías normativas que pretenden indicarnos lo que debemos hacer. El propósito de Rawls es más modesto (o quizá mucho más ambicioso), pues no pretende guiarnos ni dar soluciones para los conflictos morales concretos que surgen en nuestra vida cotidiana[17].

Pero es precisamente por cómo entiende el autor de A *Theory of Justice* otra de las limitaciones de alcance de su teoría desde donde empiezan a surgir los problemas. Rawls, posiblemente frente a Nino y Dworkin, insiste en que su propuesta teórica de justificación de los principios de justicia es aplicable, dicho simplificadamente, a sociedades democráticas modernas; los principios de justicia son: «... los principios más razonables para nosotros, dada nuestra concepción de las personas como libres e iguales, y miembros plenamente cooperantes de una sociedad democrática»[18]. Si esto es así, resulta difícil entender, como apunta Dworkin[19], la necesidad del complejo y abstracto experimento mental diseñado por Rawls para justificar principios que ya de hecho se encuentran incorporados en nuestro sentido de la justicia y nuestras convicciones como ciudadanos de regímenes democráticos[20].

No parece, sin embargo, admisible esta aproximación en palabras del propio Rawls, puesto que la concepción pública de la justicia y el entendimiento de la libertad e igualdad no son pacíficos. Sigue siendo preciso incluso para nosotros (destinatarios, al parecer, de su concepción de la justicia) lograr una base para la justificación

---

[17] El alcance limitado de su propuesta es contrastado por el propio Rawls frente a otras doctrinas que sí tendrían carácter comprensivo (particularmente el utilitarismo). *Political Liberalisin,* págs. 260-261. Que la extensión de los principios más allá de la estructura básica no es posible ni deseable es destacado por Thomas E. Hill, Jr., «Kantian Constructivism in Ethics», *Ethics,* n.º. 99, july 1989, pág. 753.

[18] «Kantian Constructivism...», págs. 518, 554. *Political Liberalism,* pág. 28.

[19] *Taking Rights Seriously,* pág. 156.

[20] Esta inconsistencia es también apuntada por Manuel Jiménez Redondo, *op. cit.,* págs. 95-96. La posición de Rawls en este punto (la naturaleza de la teoría de la justicia) no resulta fácil de entender. Los principios derivan de una teoría de la justicia, entendida como teoría de los sentimientos morales, y nos ayudan a entender nuestro sentido de la justicia, *A Theory of Justice,* págs. 46, 51. Uno de los problemas de esta equiparación es que, como ha apuntado Gilbert Harman, las teorías éticas, frente a las científicas, no nos sirven para entender por qué observamos como bueno o malo, correcto o incorrecto el hecho moral que observamos. Por ejemplo, la mecánica newtoniana, como teoría de las ciencias físicas, explica por qué observamos la caída de los cuerpos, siempre que admitamos que el hecho de que el cuerpo cae es verificable. El imperativo categórico kantiano nos indica que todo ser humano es un fin en sí mismo y que no debe ser usado como medio de nada. Dicho principio no nos ayuda a explicar por qué *observamos* como algo execrable la tortura de un niño. *The Nature of Morality. An Introduction to Ethics,* Oxford University Press, Nueva York, 1977, pág. 7.

pública[21]. ¿Por qué no extender entonces lo que resulta finalmente ser su propuesta normativa a sociedades no democráticas modernas, donde tampoco existe ese consenso? Una respuesta posible vendría de considerar que dicha extensión es inviable porque también los rasgos fundamentales que sirven de apoyo para el diseño de la posición originaria no lo son de todo discurso moral, sino particulares del nuestro. No es así, según el propio Rawls, porque «... las condiciones incorporadas en la descripción de la posición original son las que de hecho aceptamos. Si por contra no lo hacemos, entonces podamos quizá ser persuadidos para hacerlo a través de la reflexión filosófica»[22]. ¿Cómo,? Parecería que, por la inescindible relación entre moralidad positiva y crítica que sirve de punto de partida del modelo antes señalado, los elementos estructurales (que podríamos denominar «materiales de construcción») resultan de considerar el discurso moral vigente. Nos veríamos entonces obligados, siguiendo la propia lógica interna, a contrastarlos con criterios ideales, y avocados, por tanto, a un proceso infinito que recordaría en gran medida a la *open-ended question* de Moore o al conocido como «trilema de Münchhausen», ilustrativo de la imposibilidad de una última fundamentación en la teoría moral[23]. El tercer cuerno de dicho trilema (el primero ya lo acabo de mencionar y es el de la regresión *ad infinitum*) es el de la ruptura arbitraria del proceso de inferencias deductivas; así lo ha señalado Thomas Nagel: «Cualquier situación de elección hipotética que requiera acuerdo entre las partes tendrá que imponer fuertes restricciones en las bases de la elección, y estas restricciones pueden justificarse sólo en términos de una concepción de lo bueno. Es uno de esos casos en que no cabe neutralidad, porque la neutralidad necesita tanta justificación como cualquier otra posición»[24]. El intento de evitar cualquiera de las alternativas del trilema por parte de Rawls es desalentadoramente similar a la solución adoptada por el propio baron de Münchhausen para salir del fango (tirar de sus propios cabellos hacia arriba): «... sólo los principios sustantivos que especifican el contenido de lo políticamente correcto y la justicia son construidos. El procedimiento en sí es simplemente puesto *(laid out)* usando como puntos de partida las concepciones básicas de la sociedad y la persona, los principios de la razón práctica y el papel público de una concepción política de la justicia»[25]. Lo que presumiblemente debería ser el resultado final del procedimiento

---

[21] «Kantian Constructivism in Moral Theory», pág. 569.

[22] *A Theory of Justice*, pág. 21.

[23] El propio Nino apunta este problema. *Ética y Derechos Humanos,* pág. 106.

[24] «Rawls on Justice» en *Reading Rawls. Critical Studies on Rawls «A Theory of Justice»*, pág. 9.

[25] *Political Liberalism*, pág. 104.

es tomado, al mismo tiempo, como punto de partida con lo cual se incurre en la segunda de las odiosas alternativas del trilema: la incursión en un razonamiento circular.

Esta misma insistencia mía por tratar de bosquejar donde se apoya finalmente el modelo heurístico del constructivismo es lo que sirve a Apel y Habermas para establecer, de forma retorsiva, el fundamento de la práctica discursiva y del presupuesto de universalidad como exigencia pragmático-trascendental o universal (en el caso de Habermas)[26]; pragmática puesto que de lo que se trataría es de hacer ver al oponente-escéptico que su pregunta acerca del fundamento de la discusión en el marco de esta misma es autocontradictoria, y trascendental ya que lo que se pretende establecer son las condiciones de posibilidad de dicha práctica. Obtendríamos de esta forma ese «principio puente» de la universalidad que establece que, «... únicamente pueden aspirar a la validez aquellas normas que consiguen (o puedan conseguir) la aprobación de todos los participantes de un discurso práctico»[27]. La corrección moral estaría pués dada por el consenso. Este es el corolario de lo que Nino denomina constructivismo ontológico frente al cual opone un constructivismo de carácter epistemológico, «... que consiste en sostener que si bien la validez de los juicios morales no está dada por el *resultado* del discurso real sino por sus presupuestos, ese resultado es una forma confiable de conocer los principios válidos»[28] (el énfasis es del autor). Es por ello, sin duda, por lo que Nino pasa ahora a indicar que, siguiendo la tipología rawlsiana sobre la justicia procedimental, el discurso moral es un caso de justicia procesal instrumental, es decir, habría un criterio independiente de validez (de ahí que no sea pura) el cual es más fiablemente cognoscible a través del resultado del procedimiento[29]. La verdad es que no resulta fácil discernir esta tesis de Nino. A mi entender no parece muy congruente afirmar que un resultado inválido puede ayudar a conocer principios válidos. En una situación ideal como la de la posición original de Rawls o la comunidad ideal de diálogo habermasiana, se supone que los resultados logrados -los principios- son válidos (si no fuera así estaríamos de nuevo avocados,

[26] *Conciencia moral y acción comunicativa*, Península, Barcelona, 1985, págs. 109-110.

[27] *Op. cit.*, pág. 117.

[28] El constructivismo ético, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 103.

[29] Para una excelente explicación de la evolución de Nino en lo referente al valor de la democracia como sucedáneo del discurso moral y su encaje en las tipologías de la justicia procesal, ver el artículo de Angeles Ródenas. «Sobre la justificación de la democracia en la obra de Carlos S. Nino», Doxa, 10, 1991, págs. 279-293.

como antes se expuso, a una regresión al infinito). Cuestión distinta es la comprobación de la corrección de las soluciones alcanzadas en la práctica discursiva real o de nuestras intuiciones morales que se hará, como bien dice Nino, constatando si se han respetado las restricciones formales de imparcialidad, publicidad, etc..., pero eso no significa que el constructivismo sea meramente epistemológico. Los principios de justicia de Rawls son propuestas normativas para su posterior aplicación una vez levantado el velo de la ignorancia y así mismo ocurre con las condiciones del diálogo moral de Habermas. Considero que, en ambos casos, la teoría ética constructivista puede proporcionar principios morales (no meramente formales puesto que de ellos pueden seguirse coherentemente las apuestas por la dignidad de la persona, su autonomía e igual consideración) siempre que logre concluir plausiblemente que los elementos estructurales que toma como *prius* de la situación hipotética son derivados lógicamente a través de la pragmática y empíricamente con el auxilio del resto de las ciencias sociales.

Es en este aspecto donde las tesis de Baier y Anscombe adquieren plausibilidad y convergen, en cierto sentido, con Nino cuando este propone que alcancemos un «test independiente» que corrobore la forma en que idealizamos el discurso moral positivo[30]. Ambas nos compelen a que echemos mano de la sociología y la psicología para conocer con mayor solvencia teórica el desarrollo de nuestra competencia y sentimientos morales, si es que queremos desarrollar una teoría ética con cierto fundamento: «En la filosofía actual se requiere una explicación acerca de cómo un hombre injusto es un mal hombre, o una acción injusta una mala acción; a la ética le corresponde dar esa explicación; pero no puede siquiera empezar a darse hasta que no estemos equipados con una filosofía de la psicología plausible»[31]. Baier por su parte apela, además, a la historia: «Salvo que conozcamos el destino de las comunidades que tratan de implantar y vivir bajo los principios morales que consideramos, ¿cómo podemos tener una opinión empíricamente contrastada acerca de su plausibilidad? El destino de las comunidades que trataron de vivir bajo aquellos principios, su éxito o fracaso al transmitirlos a las siguientes generaciones, no es decisivo, por supuesto, para que aquellos principios sean válidos en este momento para nosotros, pero parece ser un dato relevante para el filósofo moral. Nuestras reflexiones morales serán mera especulación a no ser que estén históricamente informadas»[32]. Que la «sociobiología», las tesis de Kohlberg, acerca del

[30] *Ética y Derechos Humanos,* págs. 106-107.
[31] G. E. M. Anscombe, *Modern Moral Philosophy,* pág. 29.
[32] «Doing without Moral Theory?», pág. 242.

desarrollo moral o la ciencia histórica puedan dar respuestas firmes para determinar cuáles son esos rasgos ineludibles de la moralidad es algo que está todavía por ser demostrado y que excede lo que yo aquí me propongo (baste en este punto mencionar las muy contundentes críticas dirigidas por parte de algunas teóricas feministas como Carol Gilligan contra los estudios de Kohlberg[33]). Lo que en todo caso sí parece innegable es que el análisis de esa realidad discursiva precisa del complemento de otros conocimientos que no son exclusivamente los propios de la filosofía moral y así evitar esa situación de autismo metodológico que con tanta frecuencia ha denunciado Elías Díaz: «... una teoría de la justicia, donde la razón tiene una función central, no puede ser nunca, y mucho menos hoy, un discurso abstracto, ahistórico y en (aparente) incomunicación con la realidad social, económica, política o cultural[34]».

II

Hemos visto en la primera parte las dificultades asociadas a una teoría ética que no tenga en cuenta las particularidades del discurso moral positivo, y que aún tomándolas en consideración, no asuma que para ello ha de acudir al auxilio de otras disciplinas de las ciencias sociales para romper el círculo vicioso que genera la construcción de modelos de elección hipotética como la posición original de Rawls.

El filósofo moral puede ser, de acuerdo con la tipología establecida por Michael Walzer, descubridor, inventor o intérprete[35]. La primera de las posibilidades ilustra la actitud del otrora profeta portador de la buena nueva revelada. Correponde, pues, como indicaba anteriormente, a la versión secularizada de la moral de leyes y máximas que encuentran ahora en la Razón su último tribunal de apelaciones. El inventor, por contra, es el legislador moral que, imitando a Dios, se propone avanzar los principios adecuados para lograr la mayor felicidad para el mayor número, la justicia entendida como equidad, etc... y al mismo tiempo proveer un baremo correctivo universal para las distintas moralidades vigentes. Este proyecto de elaboración de un «esperanto moral» es severamente criticado por Walzer quien, de nuevo, se pregunta por su necesidad: «¿Por qué los nuevos principios

[33] Carol Gilligan, *From a Diferent Voice,* Harvard University Press, Cambridge, 1982.

[34] *Ética contra política. Los intelectuales y el poder,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 23.

[35] *Interpretation and Social Criticism,* pág. 3. Asimismo, en *Spheres of Justice,* pág. XIV.

inventados deben gobernar las vidas de las personas que ya comparten una cultura moral y hablan un lenguaje natural?»[36]. Ninguno de los dos caminos de la filosofía moral -el descubrimiento o la invención- dan buena cuenta de como se experimenta cotidianamente la moralidad. Son además espejismos intelectuales o, incluso, conceptos autocontradictorios, puesto que, continúa Walzer, los productos de la invención o descubrimiento acaban siendo irremediablemente similares a la moral que efectivamente es. El hecho del desacuerdo moral, dato definitivo que encumbra a los que optan por alguna de las dos alternativas rechazadas por el autor que comentamos, sirve precisamente a este para apostar por la interpretación: «La experiencia de la discusión moral es mejor entendida en el modo interpretativo. Lo que hacemos cuando discutimos es dar cuenta de la moralidad realmente existente»[37]. Ello obliga a que el filósofo moral vuelva la mirada hacia los concretos mores, a que reconozca «el componente no intelectual de la moralidad vulgar u ordinaria»[38]. Se convierte así en un interlocutor más, en uno de los muchos intérpretes. El propio Habermas en una visión menos drástica llega también a afirmar: «Todos los contenidos, incluso aunque afecten a normas de acción fundamentales, han de hacerse dependientes de discursos reales... El teórico moral puede participar en ellos como afectado y, en su caso, como experto, pero no puede dirigir *por su cuenta* tales discursos. Una teoría que se extiende a ámbitos de contenido, como la teoría de la justicia de Rawls, debe entenderse como una aportación al discurso que se da entre sus ciudadanos»[39] (el énfasis es del autor).

El propio Walzer es consciente de las muy fundadas sospechas de holismo ético y metodológico que rezuma su propuesta. En concreto, parece muy díficil seguir hablando, con el cuadro que hemos pintado, de conceptos tales como progreso moral y crítica social. En realidad las cosas no resultan tan dramáticas. Volvemos a estar de nuevo, a poco que inspeccionemos con detenimiento el esquema walzeriano, con la sempiterna tensión moralidad positiva-moralidad crítica. La vía del descubrimiento no resulta tan denostada y muchos de los

---

[36] *Interpretation and Social Criticism*, pág. 14.

[37] Ibid. pág. 21.

[38] Annette Baier, «Extending the Limits of Moral Theory», *The Journal of Philosophy,* Vol. 83, n.º 10, octubre 1986, pág. 542.

[39] *Op. cit*., pág. 118. La versión más drástica correspondería a los pasajes de Baier en los que, para rechazar la visión de la moralidad que avanza una ética normativa de corte constructivista, formula un original «imperativo categórico», síntesis de Hume y Kant que rezaría: acepta aquella teoría moral que implica el tipo de enseñanza que una madre estaría dispuesta a transmitir a sus hijos. «Extending the Limits of Moral Theory», pág. 541.

presupuestos y corolarios de su máximo representante (el último Rawls) podrían, sin ser excesivamente forzados, pasar a engrosar el postulado de la interpretación, que no es en ningún caso una mera descripción de la moralidad realmente existente[40]. Walzer admite, por ejemplo, que el crítico social ha de distanciarse (el problema es determinar cuánta distancia de separación es necesaria) y que no toda interpretación es admisible (cuál sea el criterio de admisibilidad es algo que el propio autor reconoce no saber)[41].

A poco que nos descuidemos, sin embargo, y del descubrimiento «no autoritario» o interpretación que no excluye la crítica pasemos a afirmar que los criterios de justicia son puramente locales, esto es, que las acciones e instituciones se justifican porque son las que son o las que siempre han sido, las contradicciones son insuperables. El mismo Michael Walzer, ejemplifica este deslizamiento de consecuencias devastadoras cuando defiende el régimen de igualdad compleja frente a la igualdad simple como forma más «justa» de distribuir los recursos[42]: si en una sociedad determinada (por ejemplo en la India) el entendimiento compartido de la justicia es el contrario (la igualdad simple que postula la dominación) esta «... vendrá en auxilio de la desigualdad»[43]. Sólo desde dentro a través de la interpretación o externamente si conectamos nuestra crítica con sus propios mores, cabría modificar esa situación. Ese respeto por las concepciones particulares de lo justo exige, por tanto, un principio universal de no interferencia. De otra manera, se produciría la siguiente paradoja: (1) La concepción de la justicia distributiva es particular; (2) En la sociedad X, la concepción compartida es que los principios de la justicia distributiva son universales y coercibles. Dicho entendimiento sería justo por (1) aunque niega (1)[44]. El propio Walzer no rechaza la posibilidad de un código de moralidad mínima universal y la propia lógica interna de su planteamiento así lo exige. Asume, asimismo, que la práctica de la crítica social es moralmente valiosa[45].

Las diferencias con los éticos constructivistas son, por tanto, una cuestión de mayor o menor insistencia en la importancia de la eticidad

---

[40] Supone también glosa, construcción, elucidación, etc... *Interpretation and Social Criticism,* pág. 29.

[41] Ibid, págs. 36, 49.

[42] La igualdad de acuerdo a Walzer, obliga a proscribir la *dominación* entendida como la primacía de un único criterio relevante para la distribución de todos los bienes, sin prestar atención al significado intrínseco de los mismos. De ahí que se proponga la igualdad compleja. *Spheres of Justice,* págs. 10, 11, 17 y 19.

[43] Ibid, pág. 313.

[44] Un argumento parecido se puede encontrar en Stephen Mulhall and Adam Swift, *Liberals and Communitarians*, Blackwell Publishers, Oxford 1992, pág. 145.

[45] *Interpretation and Social Criticism,* pág. 62.

o de mayor o menor pasión por la justificación, de considerar qué discurso y recurso le resulta finalmente más eficaz al crítico en función de su auditorio y, sobre todo, de actitud intelectual. Pero todo ello implica un presupuesto ineludible, cual es el que todos podamos efectivamente seguir discutiendo, matizando y criticando. Una democratización de dicha empresa, su dejar de ser asunto exclusivo de los profesionales de la filosofía moral, me parece a mí una de las aportaciones atendibles tanto de Baier como de Walzer, pues no hace sino reforzar la idea de la igualdad de trato y consideración de todos. Por contra, la insistencia en la inutilidad o implausibilidad de la ética normativa constructivista, con las matizaciones que he tratado de perfilar a lo largo de estas páginas, resulta ser en mi opinión una idea autocontradictoria puesto que negaría en último término la posibilidad de que la discusión moral (en la que Baier y Walzer sin duda participan) prosiga. Como asevera Carlos Santiago Nino refiriéndose a la filosofía moral, «... en la medida en que ella se proponga esclarecer las reglas constitutivas de una institución que satisface ciertas funciones sociales sumamente valiosas, se fortalecerá la operatividad y eficacia de esa institución, puesto que los que participan en ella (todos nosotros cuando discurrimos acerca de la justificación de una acción o institución) tendrán una visión más perspicua del "juego" que practican y lo harán mejor».[46]

[46] *El constructivismo ético*, pág. 71.

DOXA 15-16 (1994)

LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

El tema de la universalidad de los derechos, o en una dimensión más amplia, que abarca la anterior, la universalidad de la democracia está en la preocupación actual y en la reflexión de muchos estudiosos y científicos de las ciencias sociales y humanas. Esta pretensión de universalidad arranca el humanismo laico de la Ilustración, como hubo antes otras propuestas de universalidad con otros orígenes. Así la Gran construcción del orden natural, en la trilogía ley eterna, ley natural, ley positiva del tomismo católico o la propuesta universalista del marxismo. E incluso existen conexiones entre ellas. La actualidad del tema deriva tanto de las impugnaciones que no cesan desde particularismos, relativismos, perspectivismos o historicismos, como de la necesidad de precisar y de estipular, con una cierta precisión lingüística lo que queremos decir hablando de estos temas.

Por mi parte pienso que muchas veces una posición nominalista en la consideración del uso imprescindible de un término, puede favorecer las meras disputas verbales, tan frecuentes como nocivas en las ciencias sociales. En mi curso de derechos fundamentales he intentado no incurrir en ese defecto y no se plantea de frente el debate, aunque esté presente en cada una de sus páginas[1].

Lo cierto es que sin hacer exhaustivas búsquedas bibliográficas, inadecuadas en este tipo de trabajos nos encontramos con varias reflexiones recientes que de una u otra forma abordan la universidad de los derechos. Así en el notable ensayo de Juan José Gabrieli «El Asedio a la modernidad»[2] que subtitula significativamente «Crítica del relativismo cultural», donde plantea el problema especialmente

[1] Vid. «Curso de derechos fundamentales» (I) Teoría General, con la colaboración de Rafael de Asís y Ángel Llamas, Eudema, Madrid, 1991.

[2] Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1ª. edición octubre de 1991, 7ª. edición, agosto de 1992.

el capítulo primero «El relativismo cultural, los particularismos antiuniversalistas». También en un número monográfico sobre «La politique et les droits», dirigido por Otfried Höffe, de una prestigiosa publicación dirigida por la profesora Simone Goyard Fabre, la segunda parte se denomina «Universalisme et relativisme», con trabajos notables del propio Höffe, de Pinkard, de Laberge, Bujo, Sosoe y Seel[3].

El siguiente volumen de la misma publicación con el título de «Sujet de Droit et objet de Droit» tiene también presente el problema del universalismo jurídico y en concreto el de los derechos humanos, tanto en la defensa del humanismo jurídico que hace Simone Goyard Fabre, como en la reflexión de Eusebio Fernández «Le Droit positif dit-il se fonder sur une éthique?» o en los trabajos de Agnès Lejbowiez o de Luc Bégin[4].

Son desde otra perspectiva, la de la historia de las ideas, interesantes como todas las suyas, las reflexiones de Isaiah Berlin en su trabajo «La apoteosis de la voluntad romántica, la rebelión contra el mito de un mundo ideal»[5]. Por fin es justo señalar un capítulo en la obra de Carlo Donolo «Il sogno del buon governo». Apología del «régime democrático»[6], donde plantea, en el marco de unas reflexiones sobre los conceptos de inclusión y conexiones en la dinámica de la democracia, lo que llama «Universalismo» en comparación con lo que denomina «differenze».

Esta pequeña muestra de aportaciones próximas en el tiempo pone de relieve la pertinencia de reflexionar sobre este tema e intentar aportar algunos elementos que ayuden a esclarecer una dimensión clave en la historia política y jurídica.

Algunas precisiones de significado

Cuando se habla de universalidad de los derechos se están diciendo al menos tres cosas diferentes, aunque vinculadas en su raíz. Si nos situamos en el plano lógico, por universalidad hacemos referencia a una titularidad de los derechos que se adscriben a todos los seres humanos. Sus rasgos son la racionalidad y la abstracción, congruentes con esa titularidad de todos los hombres. Si nos situamos en el plano temporal, la universalidad de los derechos supone que

[3] «Cahiers de Philosophie politique et juridique». Presses Universitaires de Caen, nº. 21-1992, págs. 131 a 251.

[4] Vid. «Cahiers de Philosophie Politique et juridique», nº. 22, Caen, 1992.

[5] En su obra «El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas», en Península, Barcelona, 1992, con prólogo de Salvador Giner.

[6] Editorial Anabasi, Piacenza, 1992.

tienen un carácter racional y abstracto al margen del tiempo y válidos para cualquier momento de la historia. Si, por fin nos situamos en el plano espacial por universalidad entendemos la extensión de la cultura de los derechos humanos a todas las sociedades políticas sin excepción. Es evidente que la primera noción es el núcleo central de la que teóricamente arrancan las raíces de las demás, pero sin embargo, tanto por los intereses y problemas implicados como por las perspectivas de aproximación que suponen, cada una de ellas exige esta delimitación conceptual. Podemos decir que la primera supone situarse en el ámbito de la razón, la segunda en el de la historia y la tercera en el de la cultura y en el del cosmopolitanismo. Si la perspectiva es la del pensamiento jurídico la primera suscita el interés especial de los filósofos del Derecho, la segunda de éstos y de los historiadores del derecho, y la tercera de los constitucionalistas, de los comparatistas y de los internacionalistas, aunque naturalmente esta adscripción teórica no evita la intercomunicación de las problemáticas ni excluye el interés de otros especialistas. Si vemos, por fin, quienes son los contrarios de esos postulados, es decir qué aproximaciones doctrinales se oponen a ellas, encontramos frente a la noción racional al utilitarismo y al relativismo, frente a la histórica al historicismo y al romanticismo y frente a la cultural y cosmopolita al nacionalismo. También pues desde la otra trinchera, desde los enemigos del universalismo, se aprecia la pluralidad de los problemas que se plantean y lo diferentes que son éstos entre sí.

Finalmente, hay que llamar la atención sobre el uso indistinto de dos términos en castellano, donde se utiliza «universalismo de los derechos» y «universalidad de los derechos». En las obras en italiano y en francés se utiliza el primer término y Sebreli, igualmente emplea indistintamente los dos. Desde mi punto de vista cabría una mayor precisión y procedería hablar de universalismo de los derechos, en referencia a una cualidad propia y exclusiva de éstos, sin relación o comunicación con ningún contexto. Sería la reflexión racional, pura, que corresponde al primer uso del término, aunque hay que señalar que Laporta usa en ese sentido el término «universalidad» como veremos. La universalidad de los derechos hace referencia a derechos universales, en el sentido de racionales y válidos para todos los hombres, pero situados en un contexto histórico o geográfico, es decir en los usos segundo y tercero del término. De todas formas es muy difícil pretender esa estipulación tan precisa, cuando los dos términos, en castellano se usan indistintamente.

Si nos aproximamos a las tesis básicas del universalismo racional, por ejemplo a través del excelente artículo del profesor

Francisco Laporta «Sobre el concepto de derechos humanos»[7] podemos señalar que la universalidad o más propiamente el universalismo de los derechos representa lo siguiente:

1. Con el requisito de ser humano se es titular de los derechos humanos, y basta sólo con esa condición en cualquier contexto y circunstancia.
2. Los derechos no se sitúan en el ámbito del Derecho positivo, lo que supondría una contextualización y una diferencia de acuerdo con el tenor de cada sistema jurídico. Son excluyentes, para esta tesis, la universalidad de los derechos y su atribución a sujetos de un ordenamiento jurídico concreto.
3. El ámbito de los derechos es él de la ética, son una moralidad y por eso propugnan la denominación de derechos morales para asegurarse ese valor universal.
4. La descontextualización de los derechos les desvincula de instituciones éticas concretas, de culturas históricas, y de escuelas filosóficas o religiosas.
5. Ese camino conduce a la consideración de todos los seres humanos como agentes morales, «con la superación de las moralidades positivas «locales» en favor de una ética común y general, de un código realmente impersonal de acción moral»[8].
6. Este planteamiento exige una gran abstracción en la formulación de los derechos y una ausencia de escenario concreto. y ello supone «fundamentar la presencia de obligaciones generales y no tanto de obligaciones especiales, es decir de obligaciones de todos y no tanto de obligaciones meramente posicionales...»[9].

Este punto de vista moderno sobre la universalidad de los derechos humanos, dimensión racional, es equiparable a los planteamientos iusnaturalistas de la escuela protestante moderna desde Grocio en adelante, cuando pretendía estudiar el Derecho, prescindiendo de sus formas históricas, como si fuera una figura geométrica abstracta, y es susceptible de las críticas que se han hecho y, muy sólidamente, contra el iusnaturalismo.

La universalidad de los derechos humanos desde el tiempo, su validez para todos los tiempos, trae causa de la universalidad racional analizada. La descontextualización de los derechos supone situarlos también por encima de la historia, aunque esta afirmación plantee problemas adicionales que la vinculan con la tercera perspectiva, la universalidad de los derechos en el espacio, especialmente

[7] Vid. Revista «Doxa», nº. 4. Alicante, 1987, págs. 33 y ss.
[8] Vid. el artículo de Laporta citado, pág. 34.
[9] Vid. el mismo artículo, pág. 35.

importante para el análisis del Derecho internacional y para los problemas de la guerra y de la paz, que es también deudora de la primera concepción.

Podríamos decir que la universalidad racional es una forma de legitimar a las otras dos aproximaciones o que éstas, en última instancia, descansan o se enraízan en aquélla. De todas formas conviene matizar desde ahora que los modelos teóricos puros se presentan con perfiles más complejos y difuminados en la realidad y que se puede presentar frente a este universalismo fuerte, un universalismo débil, menos completo y cerrado, que repercutirá también en la universalidad temporal y espacial de los derechos. Aunque así como la temporal reduce el factor histórico hasta hacerlo irrelevante, porque los derechos son de todos los tiempos, la espacial convierte en esencial el factor territorial y el esfuerzo por extender los derechos por todas partes.

Desde el punto de vista de los tipos de reflexión que suscitan cada una, hay que precisar que la universalidad racional se plantea en la discusión sobre el fundamento y el concepto de derechos humanos, la histórica en lo que he llamado el proceso de generalización de los derechos y la espacial, en él de internacionalización. Las dos primeras son hoy más teóricas y doctrinales, aunque la generalización representó una importante lucha especialmente en el siglo XIX, y la tercera está hoy, además de en un plano teórico, en el núcleo de una lucha práctica por la extensión a todas las zonas del mundo de los derechos humanos, superando la idea de que se encuentran en el ámbito de la jurisdicción doméstica de los Estados y con el lento avance de normas a nivel regional (europeo o americano) o mundial (de Naciones Unidas). En este campo es meritorio y digno de señalarse el esfuerzo adicional de las organizaciones no gubernamentales.

Los problemas teóricos de la universalidad

Sin perjuicio de los antecedentes greco-romanos o medievales, la idea de universalidad de los derechos aparece en el mundo moderno, desde el humanismo jurídico, y el iusnaturalismo renacentista y alcanza su plenitud con la filosofía de la Ilustración, que fortalecía la idea de universalidad, desde principios racionales y abstractos válidos para todos los tiempos y todas las naciones. El universalismo racional aparece desde entonces como motor del histórico y del espacial.

La Declaración de 1789 era más que una declaración de derechos, era todo el programa político y constitucional de la modernidad,

y en él ocupará un lugar preeminente la idea de universalidad de los derechos. Son naturales, inalienables e iguales para todos, y de ahí derivará su universalidad, que convierte a la Declaración en un modelo de organización política, con el poder limitado, con la supremacía de la ley, y con la afirmación capital de que una sociedad que carece de separación de poderes y de garantía de los derechos no tiene Constitución.

Tocqueville expresará muy hermosamente esta vocación universalista de la Revolución de 1789 y de su Declaración de derechos.

«La Revolución francesa no ha tenido territorio propio, más bien su efecto ha sido el de borrar, de alguna manera, del mapa todas las antiguas fronteras. La hemos visto acercar y dividir a los hombres al margen de las leyes, de las tradiciones, de los caracteres, de la lengua, haciendo a veces a los adversarios compatriotas y a los enemigos hermanos; o más bien ha formado por encima de las nacionalidades particulares, una patria intelectual común donde los hombres de todas las naciones han podido convertirse en ciudadanos...»[10]. De forma magistral, este texto, por encima de las matizaciones lingüísticas y conceptuales que hemos esbozado, presenta la unión profunda entre la universalidad racional de los derechos y sus prolongaciones históricas y espaciales.

Es verdad que la afirmación del artículo 16 de la Declaración es contradictoria con la universalidad, al exigir la garantía de los derechos y su positivación Constitucional, al menos con el modelo de esa universalidad que presenta el profesor Laporta.

Pero este modelo que será el del humanismo laico, frente a los textos americanos, como la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia, que es de 1776, con mayor influencia religiosa, encontrará ya desde sus primeros pasos la crítica del historicismo y del utilitarismo, desde el modelo del viejo y buen Derecho de los ingleses. Por señalar una posición, que junto con la de Bentham es de las más significativas, recordemos la de Burke en sus «Reflexiones sobre la Revolución Francesa».

«El Gobierno no se crea en virtud de derechos naturales, que pueden existir y existen, totalmente independientes de él y con mucha mayor claridad y un grado mucho mayor de perfección abstracta; pero su perfección abstracta es su defecto práctico... Estos derechos metafísicos que entran en la vida común como rayos de luz que penetran a través de un medio denso son, por lo general, refractarios. Es más, en la grande y complicada masa de pasiones y preocupaciones humanas, los derechos primitivos de los hombres sufren una variedad tal de refracciones y reflexiones que resulta absurdo hablar

[10] Vid. «L'Ancien regime et la Revolution», Flammarion, París, 1988, pág. 105.

de ellos como si mantuvieran la simplicidad de su dirección original...»[11]. Sin perjuicio de su raíz política conservadora estas observaciones de Burke deberán ser tenidas en cuenta. En general en relación con las críticas al modelo racionalista de la Ilustración y sobre todo a los excesos escolásticos que llegan hasta nuestros días o a formulaciones que coinciden, en parte, con el modelo, es necesario prestarles mucha atención, aunque se compartan los planteamientos decisivos del mismo. Defender hoy el modelo de los derechos que arranca de la Revolución exige muchas matizaciones y yo preferiría hablar de modelo ilustrado corregido, especialmente en relación con la universalidad de los derechos. También hay que distinguir las críticas internas que pretenden corregir y rectificar, pero desde el interior y aceptando la filosofía y sus raíces ideológicas.

Para concretar nuestra tesis tenemos en cuenta las plurales aportaciones críticas internas, aunque debamos conocer y valorar las dimensiones que puedan tener las externas.

Así una valoración hoy, a finales del siglo XX, de la universalidad de los derechos humanos, debe conocer las críticas externas desde las que rechazan el concepto mismo, como la reacción antimoderna de Bonald o de Maistre o la posición de la Iglesia católica en el siglo XIX, desde la Encíclica «Mirari Vos» de 1832 hasta la «Libertas» de 1888, que convierte en rechazable esa pretensión de inocencia histórica cuando afirma hoy que es defensora permanente de los derechos.

Basta como botones de muestra estos ejemplos. La Iglesia sitúa en la Encíclica «Quod Apostolici Muneris» entre los errores modernos aquellos que «... atribuyeron al hombre cierta desenfrenada libertad», y en la «Diuturnum» León XIII rechaza el consentimiento como origen del poder o Gregorio XVI en la «Mirari Vos» califica de «pestilente error» a la libertad de conciencia. Los ataques a la libertad de prensa, al conjunto de las libertades modernas, la defensa de la censura y la represión frente al error, la defensa como único derecho humano, rechazando los demás, de la propiedad o la condena del sufragio o del principio de las mayorías, sitúan a la Iglesia del siglo XIX en las antípodas de los derechos humanos. Aquí la crítica al concepto mismo y por consiguiente a la posibilidad de su universalidad se hace desde otra universalidad, que pretende imponer su modelo de ética privada a través de la ética pública, desde propuestas cerradas y dogmáticas.

También en esta línea está la crítica del romanticismo, con Möser, con Herder o con Schelling, de la Escuela Histórica, o de las filosofías

[11] Reflexiones sobre la Revolución Francesa en «Textos Políticos de Burke», Fondo de Cultura Económica, México, 1ª. ed., 1942. 1ª. reimpresión 1984, pág...

cíclicas de la historia de Spengler, de Toynbee o de Schubart, e incluso de Max Scheller, que en su Sociología del saber atacaba el prejuicio europeísta de Hegel o de Marx. Foucault, después de la segunda guerra mundial, llevará su relativismo hasta relativizar la propia idea de hombre, y le considera «... como una invención reciente, una figura que no tiene ni dos siglos, un simple pliegue en nuestro saber y que desaparecerá en cuanto éste encuentre una nueva forma»[12]. Althusser le seguirá sosteniendo la irrelevancia del concepto de humano o de humanidad, que está en la raíz de la universalidad de los derechos.

«El hombre es un mito de la ideología burguesa. La palabra hombre es sólo una palabra. El lugar que ocupa y la función que ejerce en la ideología y la filosofía burguesa le confieren su sentido...»[13].

En realidad estas críticas que van de Spengler a Foucault, como recuerda Sebreli[14], señalan como «la idea de humanidad y universalidad de la historia surge en un lugar determinado de Europa, y en una época determinada, los siglos XVIII y XIX...». Señala un nuevo flanco a las críticas externas que afectan al universalismo en el tiempo y en el espacio. Resulta que esas concepciones están situadas en el tiempo y en el espacio, y pretenden estar fuera de esas coordenadas al defender la universalidad de los derechos. Se introduce un factor político, de poder y de exportación de modelos de convivencia. Por eso la universalidad de los derechos se combate desde el relativismo cultural y desde el nacionalismo. En esta línea, Levy Strauss acusará a la humanidad de instalarse en la monocultura y afirma tajantemente que «... ninguna fracción de la humanidad dispone de fórmulas aplicables al conjunto y que una humanidad confundida en un género de vida único es inconcebible porque sería una humanidad cosificada...»[15].

En «Race et histoire» continuará su planteamiento «… No hay y no puede haber una civilización mundial en el sentido absoluto que se concede a ese término, pues la civilización implica la coexistencia de culturas que ofrecen el máximo de diversidades entre sí...»[16]. Es una buena plataforma que la Unesco ampliará desde la idea de la identidad cultural para impugnar el proceso de internacionalización de los derechos que expresa la universalidad territorial de los mismos. Una buena expresión de hasta dónde ha calado esta mentalidad está en la voz «derechos humanos» de la Enciclopedia del pensamiento

[12] Las palabras y las cosas, Siglo XXI, México, 1968, pág. 89.
[13] «Para una crítica de la práctica teórica», Siglo XXI, México, 1974, pág. 37.
[14] Vid. «El Asedio a la modernidad», citado, pág. 32.
[15] «Tristes Tropiques», Plon, París, 1955, pág. 27.
[16] París, 1967, pág. 77.

político dirigida por David Miller, y que redacta Peter Jones. profesor en la Universidad de Newcastle upon Tyne.

«El carácter universalista de los derechos humanos ha conducido a algunos a expresar sus temores ante el imperialismo cultura que podría suponer. La idea de que los individuos de todo el mundo deben llegar a un acuerdo sobre sus derechos humanos, podría autorizar a los entusiastas de este peculiar desarrollo de la cultura europea para tratar sin miramientos otras culturas que no compartan esta concepción de la vida buena y la sociedad justa...»[17].

Es verdad también que la universalidad de los derechos ha sido utilizada muchas veces para justificar la intervención de las potencias hegemónicas, y ha estado presente en el lenguaje y en los razonamientos de imperialismo y del colonialismo. La política de Estados Unidos es un buen ejemplo, pero con todo y aunque se deba denunciar esas manipulaciones, esas técnicas que envilecen un hermoso ideal, no se puede prescindir de una idea de la unidad de la condición humana y de una universalidad humanista sobre los fines morales del hombre. En todo caso las críticas internas han corregido.,al menos en parte los excesos del racionalismo abstracto que expresa una posición como la del profesor Laporta.

Entre estas críticas internas podemos señalar la corrección positivista, la corrección histórica y la corrección realista, que afectan al Derecho en general y también a las teorías sobre los derechos fundamentales y sobre su universidad. Como veremos, estas críticas afectarán a las tres dimensiones de esa universalidad, la racional estará afectada por la positivista, la temporal por la histórica y la espacial por la realista.[18]

La corrección positivista, la más antigua de todas, pero también la más viva, actúa sobre la dimensión iusnaturalista del universalismo, que resucita reiteradamente. La corrección histórica actúa sobre la idea de razón abstracta y la realista recuerda las dimensiones fácticas, económicas y sociales de los derechos y la incidencia sobre la idea de universalidad.

Ya en la propia Declaración de 1789 en su artículo 16[19], se afirma que la garantía de los derechos, junto con la separación de poderes es condición para la existencia de la Constitución, como veíamos, y en el propio iusnaturalismo racionalista, fundamentalmente contractualista, está el caballo de Troya de la positivación de los derechos. En efecto, estos derechos para ser efectivos necesitan incorporarse al

---

[17] Alianza Diccionarios, Madrid, 1989, págs. 150 y 151.

[18] Citado por Sebreli en «El asedio a la modernidad».

[19] Vid. Peces-Barba, Hierro, Iñíguez de Onzoño y Llamas. «Derecho positivo de los Derechos Humanos», Debate, Madrid, 1984.

Derecho positivo (Pufendorf). La corrección sobre la idea más radical de la Universalidad de los derechos, es que moral y Derecho no pueden confundirse, que se deben distinguir, y que los derechos no lo son plenamente hasta incorporarse al Derecho positivo. Anteriormente son pretensiones morales y no Derecho, y no se alcanza a comprender la razón de esa confusión, aunque parece que deriva precisamente de la necesidad de defender el, a priori, de la universalidad.

En definitiva, el Derecho no se identifica por su moralidad, sino a través de los cauces de identificación que sus normas establecen (norma básica de identificación de normas) y de la práctica de sus operadores jurídicos al aplicar sus normas. Veremos como se puede plantear, si es que se puede, la universalidad de los derechos, después de esta corrección positivista.

Por otra parte, se impugnará también la idea del carácter intemporal y abstracto de los derechos, desde un cierto historicismo moderado que señala que la razón está siempre situada en la historia y que el factor histórico es decisivo en los derechos humanos, que son un concepto histórico propio del mundo moderno, impensable desde categorías premodernas. En efecto, las condiciones económicas, sociales, culturales y políticas del tránsito a la modernidad, precipitarán y explicarán la idea de derechos humanos[20]. Estamos ante una impugnación frontal de la universalidad temporal de los derechos humanos. Los rasgos de evolución de los derechos, desde los iniciales modelos inglés, americano y francés, de los siglos XVII, el primero y XVIII, los dos restantes, que he caracterizado como de positivación, generalización, internacionalización y especificación[21], confirman desde la realidad, el fundamento de esa corrección al modelo abstracto y racionalista del iusnaturalismo, que hoy defienden los partidarios de los derechos morales.

Finalmente, la crítica realista que pone de relieve la dimensión fáctica de efectividad, y la imposibilidad de un normativismo que prescinda de los factores culturales, sociales y económico tiene especial incidencia en nuestro tema. Ya no es sólo una crítica al enfoque iusnaturalista, sino también al positivismo clásico, que culminará en la ingente propuesta de Kelsen. La universalidad espacial se verá condicionada por el analfabetismo, la escasez, la pobreza, el hambre y desde luego por la inexistencia real de sistemas políticos democráticos únicos que asumen e impulsan la cultura de los derechos fundamentales.

---

[20] Vid. mi libro «Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales», Mezquita, Madrid, 1982.

[21] Vid. mi «Curso de Derechos Fundamentales», citado «Las líneas de evaluación de los derechos fundamentales», págs. 134 a 168.

La universalidad de los derechos, como rasgo a priori de los mismos que condiciona su concepto es impugnada desde sectores del pensamiento que comulgan con sus objetivos, tanto en su dimensión racional, la base de las demás, como en su dimensión temporal y espacial y eso puede conducir al rechazo de la idea de universalidad de los derechos, separándoles de su raíz ilustrada y de sus orígenes liberales. Sería, a mi juicio, una conclusión precipitada que dañaría este concepto decisivo para el desarrollo de la democracia y para que el hombre pueda elegir libremente su moralidad en las sociedades actuales. Pero por otra parte esas críticas internas, que tienen fundamentos sólidos, obligan a una reelaboración del concepto de universalidad de los derechos humanos, tal como lo presentan hoy los defensores de un modelo racionalista abstracto. Una propuesta razonable parece posible con la doble función de atender esos argumentos de peso críticos y al mismo tiempo mantener las virtualidades de la idea de universalidad.

Una propuesta sobre la universalidad de los derechos

No se puede mantener la propuesta de universalidad en el modelo abstracto que hemos expresado con las palabras del profesor Laporta, porque partimos de que los derechos no lo son plenamente hasta que se incorporan el ordenamiento positivo. También lo entiende así el profesor Prieto, «por la obvia razón de que todos los sistemas jurídicos conocidos presentan un ámbito de validez limitado»[22]. Propone un mantenimiento de la idea de la universalidad desde el Derecho positivo, afirmando que «... un derecho será universal cuando su ejercicio se atribuya a toda persona dependiente de la jurisdicción de un país...»[23]. No me parece el buen camino porque desaparecerá, lisa y llanamente, la universalidad racional, que es el fundamento de la temporal, y de la que es más importante hoy prácticamente, que es la espacial. Me parece más razonable seguir por el camino de Laporta, para ver si las discrepancias son meramente verbales y no de fondo. La universalidad como a priori no se puede predicar desde la positividad, tampoco tiene mucho sentido afirmar para proclamarla como hemos dicho, que los derechos son morales y deben ser considerados exclusivamente desde esa vertiente. Lo importante es, a mi juicio, que la universalidad tiene que plantearse desde la moralidad y en nuestro caso desde la de los derechos, desde las pretensiones morales justificadas que se convierten en derechos,

[22] «Estudios sobre Derechos Fundamentales», Debate, Madrid, 1990, pág. 80.
[23] Obra y página citadas en nota anterior.

cuando se positivizan. En el fondo, al menos en parte, estamos ante una mera disputa verbal estipulando un sentido u otro para el término «derechos».

Hay, sin embargo, una discrepancia más de fondo, puesto que las pretensiones morales que fundamentan cada derecho, tienen un carácter histórico que aparece cuando surge la necesidad, o cuando el progreso técnico lo permite. No hay pretensión moral que conduce a la libertad de prensa hasta que ésta se consolida en la Europa de los siglos XVIII y XIX, ni secreto de las comunicaciones, que sustituye a la inviolabilidad de la correspondencia, hasta que aparece el telégrafo, el teléfono o el correo electrónico, ni derecho al medio ambiente hasta que la humanidad se siente amenazada por la polución, o la suciedad en el aire o en el agua. Tampoco aparece la necesidad, ni por consiguiente la pretensión moral, para crear derechos de la persona concreta, hasta que no se comprende, desde finales del siglo pasado, que los derechos del destinatario abstracto, del «homo iuridicus», no resuelven algunas necesidades específicas, de la mujer, de los niños, de los ancianos, de los consumidores, etc. Por cierto, que la aparición de estas pretensiones morales, luego convertidas en derechos en el proceso de especificación son una forma visible de impugnación de la universalidad abstracta, como lo es también la aparición de los derechos que se fundan en el disenso y no el consenso, como la objeción de conciencia.

Para mantener la imprescindible idea de universalidad a priori hay que elevarse desde las pretensiones morales concretas que respaldan cada derecho, a la moralidad genérica que respalda al conjunto de los derechos. Quiero decir que una afirmación sobre la universalidad se puede hacer desde la moralidad de los derechos, que es la idea de dignidad humana y de los grandes valores de libertad, de igualdad, de seguridad y de solidaridad, que de una forma y otra han estado siempre presentes en la historia de la cultura, aunque es indudable que las grandes formulaciones han aparecido principalmente, aunque no exclusivamente en la cultura europea y occidental[24]. La universalidad se formula desde la vocación moral única de todos los hombres, que deben ser considerados como fines y no como medios y que deben tener unas condiciones de vida social que les permita libremente elegir sus planes de vida (su moralidad privada). La universalidad a priori es de esa ética pública de la modernidad que es la ética de la democracia (principios de organización del poder) y de los derechos humanos. Me parece que los objetivos que se pretenden, en relación especialmente con la universalidad espacial se consiguen

[24] Vid. en «El Derecho de ser hombre», edición de Jeanne Hersch para la Unesco, Tecnos, Madrid, 1973.

con este planteamiento de la universalidad de la moralidad básica que justifica los derechos humanos, y que permite mantener su permanencia, junto con la historicidad y la variabilidad de algunas pretensiones morales que fundamenten derechos, al hilo de un tiempo histórico. Lo universal es la moralidad básica de los derechos, más que los derechos mismos, al menos en esta consideración «a priori». No se puede dudar que la construcción teórica de este gran edificio de la cultura que es la ética pública ilustrada, de la modernidad, tiene una vocación de universalidad que se fundamenta en los valores básicos que defiende y que arrancan de la idea de dignidad humana. Esta dignidad se expresa en que el hombre es un ser comunicativo, y social que vive en diálogo con los demás, a través del lenguaje racional, capaz de construir conceptos generales, y un ser moral y de fines que construye su propio ideal de vida, su propia moralidad privada, en convivencia con los demás. Son los valores morales que hacen posible una vida social conforme con esa dignidad humana, a través de una organización social democrática y que desarrolla esa moralidad pública en forma de principios de organización social y de derechos humanos, lo que es universal. Hablar de universalidad de los derechos humanos en ese sentido racional es sostener la universalidad de esa moralidad básica que fundamenta los derechos. La universalidad temporal sería congruente, con esa concepción, si se acepta su limitación en cuanto a la cristalización de la moralidad en la forma «derechos humanos», al mundo moderno y como concepto histórico. Es decir, que afirmar que los derechos humanos son un concepto histórico, no es incompatible con la universalidad de la moralidad básica de la dignidad humana.

Finalmente, en cuanto a la universalidad espacial, donde caben, en líneas generales, las argumentaciones anteriores, se puede sostener, porque eso tiene sentido para luchar contra los nacionalismos y los que consideran que los derechos son cuestión doméstica e interna de los Estados, una universalidad de los derechos, de los que vayan apareciendo en cada momento histórico, que normalmente suponen la impugnación de los ya existentes, siempre que se considere como una meta, como un punto de llegada y no como un punto de partida. El Derecho internacional de los derechos humanos no debe encontrar dificultades teóricas para propugnar su generalización a todos los Estados, tanto en su sistema interno, como en el sistema jurídico internacional. Sus problemas vienen de cómo alcanzar un auténtico cosmopolitismo jurídico, sin monopolio efectivo de la fuerza legítima, en un auténtico estado de naturaleza entre los Estados. También encontrará dificultades en la escasez, en la deuda o en el control de la producción de los países ricos respecto a los pobres, en la desigualdad y en la pobreza de las personas y también de muchos Estados.

Creo que con estos matices la defensa teórica de la universalidad de los derechos está ganada y nadie tiene buenas razones que oponerle.

Si tuviéramos que resumir la idea de la universalidad de los derechos la centraríamos en los siguientes puntos:

1. La universalidad racional es de la moralidad básica de los derechos, y no de cada derecho como derecho moral.

2. Este punto de vista se extiende tanto a la temporal como a la espacial, aunque en esta última deben tenerse en cuenta la crítica realista y los elementos sociales culturales y económicos que son obstáculo para la efectiva implantación de los derechos.

Sin la solución de estos problemas, muchos derechos serán imposibles en esas sociedades, e incluso los que no tienen relación directa con la escasez y con la pobreza, sufrirán por el analfabetismo y la falta de nivel cultural.

3. La universalidad espacial o territorial es una meta a alcanzar o un punto de llegada que debe superar los nacionalismos, los particularismos, y las teorías de la jurisdicción doméstica en este campo.

La universalidad de los derechos específicos

El proceso de especificación de los derechos supone que frente a los derechos del hombre y del ciudadano que son los del modelo inicial de la ética pública de la modernidad, los individuales, civiles y políticos, se produce una concreción de los titulares, que no abarcan ya al genérico «homo iuridicus», destinatario general de esas normas de derechos humanos de las primeras generaciones, sino que se centran en aquellos colectivos situados por razones culturales, sociales, físicas, económicas, administrativas, etc., en una situación de inferioridad que es necesario compensar desde los derechos humanos. Son derechos fundados en el valor igualdad y que utilizan la técnica de la equiparación, si lo vemos desde el punto de vista de los objetivos, y de la diferenciación, si lo vemos desde el punto de vista de los medios empleados. Lo que identificará, al menos inmediatamente a esos derechos es esta técnica de la diferenciación, tratar desigualmente a los desiguales, aunque la cabal comprensión del problema de la universalidad de esos derechos sólo se podía producir atendiendo a los objetivos de equiparación. En todo caso, se trata de derechos otorgados apartadamente y específicamente a colectivos como las mujeres, los niños, los ancianos, los minusválidos, los usuarios de los servicios públicos o los consumidores[25], para resolver situaciones

[25] Vid. el «Curso de derechos fundamentales», citado, págs. 154 y siguientes.

de inferioridad de esos colectivos, consiguientemente con criterios distintos que suponen derechos subjetivos, libertades, potestades o inmunidades sólo para los miembros de esos grupos, aunque la finalidad es que con esas ayudas, en forma de derechos fundamentales, puedan equipararse al resto de los hombres y ciudadanos, que no están concernidos y no son titulares de esos derechos porque no lo necesitan. Podríamos decir que son derechos que surgen precisamente para que sus destinatarios puedan llegar a gozar igual que el resto de los titulares, de los derechos individuales, civiles y políticos de los mismos. También podríamos aproximarnos a su identificación señalando que son apoyos adicionales que esos colectivos necesitan, y no los hombres y ciudadanos que no forman parte de los mismos, para poder alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad, es decir, para elegir libremente su ética privada.

Si lo vemos desde este punto de vista, debemos convenir que la razón de su existencia puede abarcar también a aquellos derechos económicos, sociales y culturales que, impulsados por el socialismo democrático y el liberalismo progresista, se ponen en marcha en el seno del Estado social para favorecer a los trabajadores y a los menos favorecidos para que puedan satisfacer necesidades básicas para su desarrollo personal, y que no podrían alcanzar sin esa ayuda. Aunque Bobbio no esté pensando en ellos al plantear esa noción del proceso de especificación[26], se pueden equiparar a los derechos de los colectivos concretos que aparecerán en el siglo XX, como derechos de un colectivo marginado, político, social y económicamente, en el siglo XIX y que entonces se identificaba con la noción de clase trabajadora.

Planteado en esos términos el problema, conviene reflexionar sobre la posibilidad del rasgo de la universalidad y las modalidades que tendría, en estos derechos colectivos que son específicos y que no abarcan a todos los hombres. La respuesta que se dé, es no sólo de gran importancia teórica, sino que puede abrir una vía de salida a los problemas derivados de la crisis del Estado social, y que se centran principalmente en el esfuerzo económico que este proceso de especificación exige de los poderes públicos y de los presupuestos. En definitiva, este tipo de derechos choca para su eficacia plena con la barrera de la escasez.

Partiendo de las precisiones de significado iniciales, y de la propuesta que sobre la universalidad de los derechos se formula, son necesarias algunas matizaciones complementarias para poder situar el tema. Esta aproximación analítica se puede concretar en las siguientes perspectivas:

---

[26] Vid. «El tiempo de los derechos», citado, introducción, págs. 15 y siguientes.

1. La universalidad concernida es la racional, y por consiguiente de lo que se trata en el fondo, es de saber si estos derechos lo son, en su fundamento y su concepto, igual que los individuales, civiles y políticos. Los problemas de universalidad espacial y temporal se resolverían según sea la respuesta a la universalidad racional. La respuesta negativa permitiría rechazar la identificación de estos derechos, incluidos los económicos y sociales que arrancan en el XIX, con los derechos clásicos y por consiguiente limitar su concepto, identificándolo sólo con esos derechos clásicos. Esta es la posición liberal clásica y también la neoliberal actual. Coincide prácticamente, en los efectos y en las consecuencias, con la posición marxista, en su revisión leninista, que afirmaba el valor igualdad, realizándolo desde el poder del Estado y no desde la técnica de los derechos. La postura liberal valora los derechos clásicos y rechaza como derechos los económicos y sociales, y aunque no de manera tan expresa el resto de los derechos de la persona situada, sí la técnica de la especificación diferenciada como apropiada a la cultura de los derechos. La postura del revisionismo leninista, no valora los derechos clásicos, ni tampoco los derechos específicos. Para los primeros la igualdad como diferenciación no cabe en el concepto de los derechos y para los segundos el concepto de los derechos no vale en general ni tampoco para realizar la igualdad como diferenciación.

2. De acuerdo con nuestra propuesta general, la universalidad racional es de la moralidad básica, de los grandes valores que son la raíz de los derechos y no de cada derecho en particular, como derecho moral. Esto significa que realmente a lo que debemos responder es a si esos derechos específicos están amparados y responden en última instancia la moralidad básica y universal, que aparece claramente en los derechos clásicos. La universalidad deriva de que esos derechos, como desarrollo de la moralidad básica, son los instrumentos de organización de la sociedad, del poder y del Derecho, adecuados para hacer posible el desarrollo moral de todas las personas. Es una universalidad, a priori, del punto de partida predicable de todas las personas, titulares de esos derechos, aunque sabemos que esa universalidad del punto de partida derivada de la afirmación de que todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos, y de la idea de que esos derechos son derechos naturales, propias ambas del modelo inicial clásico de la ética pública de la modernidad, tuvo dificultades prácticas en la historia, porque se negaba su efectividad a quienes no tuvieran una cultura y unos medios económicos[27].

[27] Vid. el proceso de generalización en «Curso de Derechos Fundamentales», citado págs. 139 y siguientes.

Hoy, superado ese problema, se puede afirmar la universalidad de la moralidad básica de los derechos clásicos que se concibe como una universalidad conceptualmente a priori, es decir como un punto de partida igual para todos, como destinatarios de esos derechos, con independencia de las incidencias históricas de su implantación temporal y espacial. Si limitamos la universalidad a esa dimensión aquí dibujada como universalidad del punto de partida, tendríamos que negar ese rasgo a los derechos situados en el ámbito del proceso de especificación, incluidos los derechos económicos y sociales del XIX, puesto que su desarrollo de la moralidad básica, no se concreta en una titularidad de todas las personas, sino sólo de colectivos concretos.

3. Debemos, por consiguiente, indagar si universalidad debe ser equiparada a universalidad del punto de partida o si se podría concebir una universalidad del punto de llegada. A mi juicio se pueden distinguir dos modalidades en la universalidad racional de los derechos: una universalidad del punto de partida y una universalidad del punto de llegada. La primera parte de una moralidad básica afirma que todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos (art. V de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789), desde la mentalidad de los derechos naturales propia de la época. Los derechos individuales, civiles y políticos arrancan de esa moralidad básica y reflejan en su concepción esa universalidad del punto de partida. Históricamente aparecen en ella mezcladas dimensiones del ser y del deber ser, o dicho de otra manera, participan de la cultura del iusnaturalismo que confunde el deber -ens et bonum convertuntur-. Hoy el problema ha dejado de serlo, puesto que la moralidad básica que sustenta a los derechos civiles y políticos es generalmente reconocida en su generalidad, y por consiguiente es aceptada la universalidad como punto de partida.

La segunda que hemos llamado la universalidad como punto de llegada distingue claramente entre el ser y el deber ser. En el ser, en la realidad de muchas relaciones sociales la desigualdad impide que se pueda hablar de universalidad, o, si lo vemos desde otra perspectiva, que la moralidad básica de los derechos -libertad, igualdad, solidaridad y seguridad-, de la que se predica la universalidad racional, pueda afectar a esas situaciones. Lo que se genera de la comparación entre esa moralidad básica y esa realidad de desigualdad de determinados colectivos, es la toma de conciencia de la necesidad de acciones positivas para superar esa situación y restablecer el equilibrio, entre aquellas que pueden, por sí mismos, resolver sus problemas de educación de salud, de seguridad social, de vivienda, etc., y que no se encuentran en relaciones sociales de inferioridad (mujeres, niños, minusválidos, consumidores, etc.), con los que son incapaces por sí

mismos de satisfacer una serie de necesidades básicas o de actuar en las relaciones sociales en condiciones de igualdad.

El gran descubrimiento cultural, a raíz de los derechos económicos y sociales, y después por imitación de los colectivos marginados o de las personas situadas en relaciones sociales de inferioridad, es la utilización de los derechos fundamentales para resolver esos problemas, atribuyendo derechos a esos colectivos específicos, con la finalidad de restablecer la igualdad, a través de las técnicas que algunos llaman de discriminación inversa, pero que yo prefiero denominar menos escandalosamente de igualdad como diferenciación, tratando desigualmente a los desiguales, es decir construyendo derechos no para todos, sino sólo para los que necesitan el restablecimiento de la igualdad. No estamos en una universalidad del punto de partida y los medios de la igualdad como diferenciación así lo acreditan, pero si estamos en la universalidad del punto de llegada, puesto que el objetivo de esa organización de derechos específicos, es restablecer, o al menos acercarse a la equiparación de todos, superando esa desigualdad, con el trato desigual a los menos favorecidos. Se trata con los derechos específicos no de arrancar de la moralidad básica, sino de llegar a esa moralidad básica, que configura los grandes valores de la ética pública de la modernidad. A ese objetivo lo podemos identificar como la universalidad del punto de llegada. Así se explica ahora la afirmación que hacíamos al principio de que estos derechos integrados en el proceso de especificación se basan y se fundamentan en el valor igualdad. Utilizan como medio la igualdad como diferenciación, y pretenden alcanzar como fin la igualdad como equiparación.

Esta caracterización de los derechos en el proceso de especificación con este dinamismo desde la igualdad como diferenciación a la igualdad como equiparación, y la atribución a los mismos de este rasgo de la universalidad en el punto de llegada distingue a los derechos del hombre situado, de los privilegios del hombre medieval, que no tenían un objetivo de igualación, sino de trato diferenciado estático a determinados colectivos, no por encontrarse en situación de inferioridad, sino por encontrarse en situación de superioridad, o por pretender que llegase a alcanzar una situación de superioridad. En los derechos modernos del hombre situado, el trato diferenciado pretende conseguir la igualdad, en el privilegio medieval, el trato diferenciado pretende conseguir y mantener la desigualdad.

Podemos, por consiguiente, concluir en esta reflexión que los derechos situados en el llamado proceso de especificación son universales en el sentido que hemos dado aquí a ese concepto, con la precisión añadida de la distinción entre universalidad del punto de partida y universalidad del punto de llegada. Se puede decir que esta

distinción entre el ser y el deber ser, y la utilización de la técnica de la igualdad como diferenciación, plantea siempre una acción positiva de los poderes públicos, y muchas veces exige la cooperación de particulares y grupos sociales, y que está afectada por el problema de la escasez, puesto que los derechos en este ámbito tienen contenido económico, o suponen una inversión o un esfuerzo económico. Una vez más vemos cómo una dimensión identificadora de los derechos, su universalidad, como aquí la hemos planteado, debe ser también resuelta en el ámbito de la eficacia y no sólo en él de la justicia y de la validez. La cooperación de particulares y grupos sociales añadirá al valor igualdad, el de solidaridad, como fundamento de estos derechos.

La universalidad de los derechos económicos y sociales y la crisis del Estado Social

Esta forma de entender la universalidad, y la inclusión, entre los derechos específicos y de la persona situada, de los derechos económicos y sociales, permite plantear una propuesta ante la crisis del Estado social, en aquellas dimensiones de la misma generadas por demandas excesivas de titulares de esos derechos y, por el déficit económico, que alcanza a la crisis fiscal del Estado, producido por la financiación de los mismos.

En la organización práctica de derechos económicos y sociales, como el derecho a la educación o a la protección de la salud, se equipara a estos derechos con los individuales, civiles y políticos, y se les sitúa en la universalidad como punto de partida. Esta equiparación tiene como consecuencia que no sean derechos para unos sectores concretos de la población, sino que la meta ideal, el objetivo político, será su generalización. Se convierten en derechos del hombre y del ciudadano, atribuidos a todos, y no tienen como meta alcanzar la igualdad como equiparación, que sólo sería posible en el caso de que se hubiera utilizado como medio la igualdad como diferenciación. El serio error de concepto en estos derechos es que sirven para mantener la desigualdad, y actúan, para aquellos beneficiarios que no los necesitan realmente, como los privilegios medievales y potencian la desigualdad. Tratan igualmente a desiguales con consecuencias injustas. Por ser concebidos como derechos universales desde el punto de partida, no consiguen mantener la universalidad en el punto de llegada. Sin embargo, estos derechos que satisfacen necesidades que sus titulares no pueden satisfacer por sí mismos, y que comprometen fondos públicos, y una acción positiva de los poderes públicos, como derechos de crédito, se sitúan claramente,

como hemos señalado, en el ámbito de los derechos específicos, de las personas situadas. Es por consiguiente un exceso no justificado atribuir esos derechos a personas que tienen posibilidades de satisfacer por sí mismos esas necesidades, por tener una capacidad económica suficiente. Su universalidad no es del punto de partida y no están amparados por la moralidad básica, mas que en aquellos supuestos que, al no poder satisfacer por sí mismos esas necesidades, necesitan del tratamiento de la igualdad como diferenciación, por la acción de apoyo y promoción del Derecho del Estado social. La extensión de esos derechos a todos crea un amplio grupo de titulares de los mismos, que no tienen un apoyo en la moralidad básica, puesto que no necesitan esos derechos para el desarrollo pleno de su personalidad. En un contexto de escasez suponen un despilfarro que carece de razón, y como hemos visto carecen del rasgo de la universalidad, que no es ni la del punto de partida, ni tampoco la del punto de llegada. Si situamos a estos derechos como derechos del hombre concreto, en el ámbito del proceso de especificación, y con una universalidad en el punto de llegada, eso exige un trato desigual a través de la igualdad como diferenciación, excluyendo de la titularidad de los mismos a quienes no los necesitan. Es posible que ese planteamiento complique la gestión administrativa, exija inspecciones y vigilancias y pueda producir algún tipo de fraudes o de ocultaciones, para acceder a esos derechos, por parte de personas que deberían estar excluidas. Pero es igualmente cierto que puede ser una solución práctica, que disminuya los problemas de escasez y de falta de recursos que están en la raíz de la crisis del Estado social. A veces las demandas excesivas pueden favorecer las críticas al Estado social, y esta reconducción de las demandas, especificando sus titulares, con un serio apoyo en la reflexión y el pensamiento sobre el auténtico sentido de la universalidad de los derechos, puede al contrario permitir su relanzamiento y su potenciación.

Generalizar la titularidad del derecho a la educación, en sus contenidos y prestaciones de carácter económico, o la gratuidad de las prestaciones sanitarias, o de la sanidad pública es un error de concepto con graves efectos prácticos. No parece que pueda oponerse a este planteamiento el argumento de que esas personas pagan sus impuestos y tienen derecho a esas prestaciones. A ninguno de ellos, aunque paguen impuestos se les ocurriría reclamar derechos de los niños o de los minusválidos, si no lo son. En el mismo sentido, no deben reclamar la satisfacción de necesidades básicas, con contenido económico, a cargo de los poderes públicos si pueden satisfacerla por ellos mismos. Quizá la fórmula correcta sería que quienes no lo necesiten puedan acceder a esos servicios públicos de la enseñanza o de la sanidad, pagando la totalidad de su coste o, al menos, parte

importante de él, mientras que el derecho fundamental, de crédito, quedaría reservado a aquellos colectivos concernidos por la imposibilidad de satisfacerlos por sí mismos. Así aplicando la igualdad como diferenciación, para alcanzar la equiparación, en una universalidad del punto de llegada, se pueden encontrar salidas y soluciones a la crisis del Estado social.

La universalidad de los derechos es un buen instrumento intelectual de uso político y jurídico para sostener y luchar por la efectiva implantación de los derechos en todas partes, pero una convencional aproximación a la misma puede ser insuficiente, e incluso, inadecuada para alcanzar esos fines. Una reflexión más problemática, más crítica, desde la Filosofía del Derecho, puede a la larga ofrecer más instrumentos útiles para los objetivos principales. Con esa intención he planteado los problemas y esbozado las soluciones que se presentan en este trabajo.

LA RESISTENCIA CONSTITUCIONAL Y LOS VALORES

1 La noción de resistencia constitucional que propongo en este ensayo y el análisis de las cláusulas constitucionales que la favorecen guardan relación de parentesco, pero no de identidad, con el concepto de rigidez, sólidamente elaborado por la doctrina, y con la función de las cláusulas de prohibición temporal de reforma, intangibilidad o rigidez máxima.

Uno y otro conceptos (rigidez y resistencia) derivan del principio de supremacía constitucional y tratan de resolver el problema político del conflicto entre la Constitución como poder constituyente objetivado y la voluntad democrática de cambio respecto al contenido de la Constitución que con el tiempo es previsible que surja. La duración de la Constitución parece ser el objetivo a conseguir.

La duración como vigencia formal es cosa distinta a la resistencia que trato de perfilar. Aquélla puede ser prolongada y referirse a una Constitución que no haya servido para nada ni haya calado apenas como constitución material. La Constitución española de 1876, obra del liberalismo doctrinario canovista, no se autodeclaraba dotada de vinculatoriedad inmediata, general y suprema, ni era rígida, y, por consiguiente no contenía procedimiento de reforma, ni procedía de un poder constituyente de soberanía ilimitada, pues en virtud del principio de respeto a la «Constitución interna» o constitución histórica, se entendía que la Constitución formal o escrita no era más que la glosa o especificación de aquélla[1]; de todo lo cual se derivaba,

[1] Luis Díez del Corral, «El liberalismo doctrinario», IEP, Madrid, 3ª. ed., págs. 457 y ss., en especial pág. 643. Esperanza Yllán Calderón, «Cánovas del Castillo entre la historia y la política», CEC, Madrid, 1985, en especial el capítulo sobre «La tradición ideológica del pensamiento canovista», págs. 85 a 129. Diego López Garrido, Estudios preliminar a su edición de «Discursos parlamentarios» de Antonio Cánovas del Castillo, CEC, Madrid, 1987, en especial «La alianza con la monarquía constitucional», págs XLVI a LIV.

como el mismo Cánovas dijo en un discurso, que «la Constitución no es entre nosotros, sino una ley como otra cualquiera»[2]. Así devaluada, la Constitución de 1876 tuvo una larguísima duración, hasta 1931, o como mínimo hasta su «suspensión» por la Dictadura de Primo de Rivera en 1923. Sería ingenuo pensar que *a pesar* de su carácter[3] y de su vaciamiento de contenido duró tanto, porque lo cierto es que duró tanto como *consecuencia* de su degradación y de su carácter meramente formal. Los procesos políticos inicialmente encauzados por los pactos políticos extraconstitucionales, pero nunca por la propia Constitución, quedaron siempre al margen de ella. Duró, pero no sirvió para organizar el Estado, reconocer derechos, estructurar la nación como sociedad política soberana y dar entrada pacífica a las nacientes exigencias de democracia que protagonizaban unos partidos dejados fuera del sistema. No fue un límite para el poder político, sino un cómodo instrumento en sus manos. Parece ser que en los años 1945 ó 1946, Franco encomendó a uno de los ministros de su mayo confianza que elaborase algo así como una Constitución de las que K. Löwenstein calificó como semánticas[4], y como quiera que el ministro acometió la empresa no por cierto con entusiasmo democrático, pero sí con prisas, Franco le dijo: «Arrese no corras, que a mí me da lo mismo gobernar con la Constitución de 1876». Si una Constitución, como la citada, ni separa poderes, ni reconoce y garantiza derechos, ni encauza el juego político de las fuerzas reales en la sociedad, puede resultar muy cómodo gobernar *con* ella, con ella como máscara, porque no se gobierna *según* ella o vinculados a ella, pues no actúa como límite ni ejerce *resistencia,* frente al poder, ni organiza los poderes del Estado, ni encauza la realidad política, ni garantiza los derechos que declara. Por eso ha podido decirse con toda razón que Cánovas creó «el sistema más irreal de la historia de España»[5].

Resistencia no equivale, pues, a duración, ni a resistir el paso del tiempo. Pero la resistencia implica poder constituyente democrático: la voluntad política de a) estructurar el ordenamiento jurídico merced al principio de jerarquía normativa con la Constitución como norma de las normas; b) reconocer y garantizar derechos fundamentales, vigentes ex Constitutione y protegidos jurisdiccionalmente,

---

[2] Diario de Sesiones, Congreso, día 7 de marzo de 1888, pág. 1659.

[3] James Brice, «Constituciones flexibles y Constituciones rígidas», Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, CEC, Madrid, 1988.

[4] Karl Löwenstein, «Teoría de la Constitución», Ed. Grijalbo, Barcelona, 1944, Barcelona, 1979, págs. 218-222.

[5] Paul Preston, «Franco, Caudillo de España», Ed. Grijalbo, Barcelona, 1994, pág. 657. Azaña, «Obras completas», México, 1966, I, 627.

y c) que el sistema de poderes del Estado y los derechos de los ciudadanos tengan vigencia efectiva y, en consecuencia que el juego político de todo ello resultante quepa realmente en la Constitución, no queden al margen de ella más fuerzas que las que se autoexcluyan y, en definitiva, que la dinámica realidad política sea encauzada por la Constitución de forma estable y no efímera. La resistencia sería algo así como duración efectiva de la Constitución y pondría de manifiesto el éxito del poder constituyente al haber acertado a elaborar un texto adecuado a la voluntad democrática del momento inicial, pero también dotado de mecanismos técnicos capaces de adaptarlo a las cambiantes preferencias democráticas del pueblo soberano.

2) La rigidez de la Constitución protege su supremacía y procura su duración a través de distintos mecanismos. Uno puede ser la prohibición de reforma durante un período determinado: tres Legislaturas según la Constitución francesa de 1791, ocho años según el artículo 375 de la Constitución de Cádiz, diez con arreglo el artículo 30 de la argentina de 1853. El artículo 200 de la francesa de 1791 justificaba ese paréntesis como adecuado al interés nacional, según el cual sólo conviene reformar aquellos artículos sobre los cuales la experiencia hubiera hecho sentir sus inconvenientes. No sirvió para nada: la Constitución saltó toda ella víctima de la dinámica revolucionaria[6]. Durante la discusión en el pleno de las Cortes de Cádiz del Proyecto elaborado por la Comisión de Constitución, el entonces artículo 373 (luego pasó a ser 375) fue objeto de larga discusión. No interesa reproducirla, pero sí recordar el planteamiento del problema hecho por Dou i de Bassols y la respuesta de Argüelles que finalmente prosperó como sustento del texto aprobado. Dijo Dou: «¿Con qué razón quitaremos nosotros a la nación y a las Cortes venideras un derecho que es incontestable?» Contestó Argüelles: «por último, Señor, la experiencia es la que nos ha de enseñar si es necesaria la variación, porque ella es la que puede acreditar lo perjudicial de un artículo. ¿Y qué será más esencial, Señor, que la Constitución se ponga en práctica, y que por ocho años los españoles manifiesten su opinión, conforme a las observaciones que hayan hecho en favor o en contra de los artículos, o que se varíen éstos mañana o esotro día sin estas observaciones?»[7]. Juan Bautista Alberdi justificaba el artículo 30 de la Constitución de Argentina de 1853 como medio «para garantirse contra las veleidades inagotables

[6] Leon Duguit, H. Monnier, R. Bonard, «Les Constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1791», 7ª. ed., París, 1952, págs. 31-32.

[7] Diario de Sesiones, día 17 de enero de 1812, págs. 2.643-2.644.

de la demagogia que se veían venir y que tantas veces nos han impedido tener Constitución...»[8]. Pero lo cierto es que ni el artículo 375 de la Constitución de Cádiz supuso un freno para Fernando VII, ni la Argentina de 1853 evitó con su artículo 30 la reforma de 1860 con el objeto de que Buenos Aires entrara en la Federación. La cláusula de prohibición temporal e inicial de reforma puede justificarse diciendo que significa una prolongación del proceso constituyente o la existencia durante ese período de un «poder constituyente abierto»[9]. En todo caso, las justificaciones coetáneas o posteriores, no palian el fracaso de tales medidas: una rigidez excesiva puede incluso invitar a la supresión de la Constitución o a su sustitución por otra completamente distinta y no garantiza por sí misma la duración de la vigencia de la Constitución. En la práctica del constitucionalismo moderno se han abandonado tales prohibiciones temporales de reforma.

Las cláusulas de intangibilidad impiden sin sujeción a límite temporal la reforma de determinados preceptos constitucionales. Los procedimientos agravados de reforma, más complejos y difíciles que el procedimiento simple de reforma (a su vez, como es obvio, distinto y más tortuoso que el legislativo ordinario) plantean el problema democrático apuntado sin tecnicismos por Dou i de Bassols en las Cortes de Cádiz, y que en la formulación que le dio Ignacio de Otto consiste en el enfrentamiento entre el principio de equivalencia de opciones propio de un sistema democrático y el principio de preferencia en favor de la adoptada por la Constitución en los preceptos intangibles. La justificación democrática de la limitación de la democracia sólo puede encontrarse en favor de aquellos preceptos constitucionales que contienen la fundamentación de la democracia misma como sucede con los derechos fundamentales[10]. Esta justificación se debilita o puede llegar a faltar si la cláusula de intangibilidad protege instituciones menos o nada consustanciales con la democracia misma. El razonamiento es válido, «mutatis mutandis», a propósito de los procedimientos agravados de reforma y de las normas constitucionales por ellos convertidas en especialmente rígidas[11] y, por consiguiente, en normas de duración privilegiada, puesto que es la conservación máxima en el tiempo de determinadas decisiones

[8] Juan Bautista Alberdi, «Estudios sobre la Constitución argentina de 1853», nueva edición oficial, Besanzon, 1858, pág. CIX.

[9] Germán J. Bidart Campos, «Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino», nueva edición, tomo I, EDIAR, Buenos Aires, 1944, págs. 192 y 195.

[10] Ignacio de Otto, «Derecho Constitucional. Sistema de fuentes», Ariel-Derecho, Barcelona, 1987, págs. 59-61.

[11] Pedro de Vega, «La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente», Ed. Tecnos, Madrid, 1985, págs. 217 a 303 y también págs. 53 a 75.

políticas fundamentales tomadas por el constituyente lo que se procura con estos mecanismos de rigidez agravada o de simple e indefinida intangibilidad.

3) La resistencia de la Constitución puede ser entendida como adaptabilidad a la dinámica política, permitiendo y encauzando que las diversas opciones políticas puedan alcanzar el poder o los poderes del Estado y convertir en derecho del Estado las distintas expectativas pragmáticas por ellas ofrecidas a los ciudadanos[12]. También como su capacidad para ser interpretada de forma flexible y hasta cierto punto cambiante en función de nuevos problemas y nuevas sensibilidades o exigencias a propósito de los derechos fundamentales en ella positivizados pero no definidos. Y además, como resistencia a la reforma, haciéndola innecesaria.

Si la rigidez implica prohibición o dificultad de reforma del texto de la Constitución, resistencia significa adaptabilidad al cambio haciendo innecesaria la reforma. Resistir es oponerse un cuerpo a la fuerza de otro, tolerando o aguantando su empuje sin romperse. La resistencia constitucional ha de ser elástica, consiste en asimilar, sin dejarlas fuera, las distintas expectativas políticas no frontalmente opuestas a su texto y a su sentido sistemático, es decir, a la Constitución como un todo. Una Constitución está dotada de resistencia si es capaz de producir el acoplamiento entre la realidad jurídica normativa en que ella misma consiste y la siempre cambiante realidad política, es decir, en su capacidad para asumir mutaciones[13]. El resultado será la duración prolongada y sin reformas, o al menos sin necesidad de llevar a cabo reformas por el procedimiento agravado. Dado que las reformas o son imposibles o son más o menos traumáticas, la resistencia como capacidad para asumir mutaciones sin desvirtuarse, parece una cualidad, y en el momento constituyente una finalidad digna de ser favorecida por determinadas medidas incluidas en el texto constitucional, que aunque pueden cumplir otras funciones incluso más importantes pueden servir para lograr una eficacia duradera y flexible de la Constitución.

Creo que puede formularse la hipótesis de que una Constitución dotada de mecanismos acertados para hacerla resistente en el sentido expuesto, protege su supremacía y alcanza una vigencia efectiva y una duración prolongada, sin tener que pagar el precio de las reformas agravadas. Con referencia a la Constitución española de 1978 analizaremos en ese marco el papel que han cumplido y cumplen los

---

[12] I. de Otto, «Derecho...», págs. 39 y ss.
[13] P. de Vega, pág. 180 y en general, 179 a 2.081.

valores y principios positivizados en la Constitución dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[14].

4) Kelsen, hablando del carácter racionalista de la democracia hablaba en un pasaje famoso de la tendencia propia del Estado democrático a procurar, «mediante un Derecho preestablecido», que los actos de los órganos administrativos y de los tribunales «resulten -en cuanto sea posible- previsibles». Y cierra el párrafo con esta frase lapidaria: «La seguridad jurídica, más que la justicia absoluta, ocupa el primer plano en la conciencia jurídica»[15]. Sorprende en este contexto el adjetivo «absoluta», casi excluido del pensamiento democrático del último Kelsen, pero no es en ese punto el ahora interesante, sino el de la previsibilidad *en cuanto sea posible* de los actos de los tribunales (dejemos a la Administración a un lado). Porque si no es del todo posible preverlos, es claro que la seguridad jurídica, cualquiera que sea el lugar que ocupe en la conciencia de los juristas tampoco será «absoluta». Por lo demás la obra de Kelsen está llena de referencias al imposible automatismo del juez, a su papel mucho más complejo que el de productor de silogismos, a su función de creador de normas individuales y a la discrecionalidad que todo juez forzosamente ha de tener y debe tener[16]. La seguridad jurídica al cien por cien sólo es concebible en un ordenamiento jurídico petrificado, de foto fija, y cuyos aplicadores no fuesen intérpretes, sino autómatas. Si el ordenamiento debe dar respuesta a realidades cambiantes sin necesitar cambiar continuamente sus normas generales y últimas, necesita de intérpretes dotados de discrecionalidad. Si de la Constitución hablamos, que no es una ley cualquiera, y de su intérprete supremo, que no es un juez como los demás, la seguridad acerca de la Constitución ha de ser compatible con su capacidad para asimilar mutaciones por vía jurisdiccional, con lo cual las Sentencias del Tribunal Constitucional y en ellas más que sus fallos su doctrina y la interpretación adquieren singular importancia. Quizá no siempre, no en todos los casos por igual. También hay «casos rutinarios» en el trabajo cotidiano de un Tribunal Constitucional: precisamente aquellos que le permiten repetir su propia jurisprudencia,

---

[14] Por supuesto sin pretensiones monográficas o exhaustivas, sino más bien ejemplificantes.

[15] H. Kelsen, «Los fundamentos de la democracia» (1954) incluido en «Escritos sobre la democracia y la sociedad», Editorial Debate, Madrid, 1988, págs. 207 y ss., en particular, 244-245.

[16] Ibídem, págs. 310-314. H. Kelsen, «Teoría general del Derecho», trad. L. Legar Lacamba, Ed. Nacional, Madrid, 1979, págs. 301-307. H. Kelsen, «Teoría pura del derecho», trad. de R. J. Vernengo de la Ed. de Viena 1960, UNAM, México, 1978, págs. 246 a 263.

de modo tal que, si rutinarios, son inútiles y justificarían en determinadas circunstancias el writ of certiorax. Los hoy casos rutinarios tienen como primer o primeros eslabones de la cadena «casos difíciles», y en la primera etapa de un Tribunal Constitucional todos sus casos son por fuerza casos difíciles, si por tal entendemos aquellos o aquel «en el que no hay una norma establecida que dicte una decisión en ningún sentido»[17], puesto que, ciertamente ahí estaba la Constitución como norma suprema y norma de normas y conjunto ella misma de normas, pero nadie antes del primer caso de cada serie de problemas la había interpretado, ni había dicho cuál era la norma aplicable, ni cuál su significado. El juez constitucional está vinculado por la seguridad jurídica; si del español se trata esa vinculación le viene dada por el propio artículo 9.3 de la Constitución. Pero tiene sobre sí otras obligaciones entendidas como funciones del órgano al que pertenece. Tiene que hacer servible la Constitución, proteger el poder constituyente objetivado en ella, lograr que dé respuesta a problemas no previstos expresamente, resolver ambigüedades y aun aparentes contradicciones acudiendo a una interpretación sistemática y a la noción de la Constitución como un todo. Para ello ha de dar sentido explícito a términos sólo enunciados, ha de precisar los significados precisos de unos significantes casi mudos, ha de fijar límites recíprocos entre derechos en conflicto. Para valorar académicamente el razonamiento de una Sentencia de un Tribunal Constitucional dudo que valgan ni lo que Dworkin llama «retórica de la facultad de Derecho»[18], ni el olvido de que, siendo la Constitución, por su contenido material (derechos) y no sólo procedimental, una ley política cargada de contenido ético, el juez constitucional con frecuencia, con mucha frecuencia si se trata de un Tribunal casi recién nacido, ha de enfrentarse con decisiones nuevas cuya solución implica poner en juego «la moralidad política propia de cada juez», integrante del órgano colegiado que es intérprete supremo de la Constitución[19]. Pues bien, para esta delicada tarea son de utilidad máxima la positivación por la propia Constitución, en nuestro caso la española de 1978, de una lista de valores y principios, aquéllos incluso jerarquizados, colocando como superiores los cuatro enunciados en el artículo 1.1 y muy cerca de ellos la dignidad de la persona de la que habla el artículo 10.1 CE. En cuanto a los principios, y dejando aparte los principios rectores del artículo 39 y siguientes, que cumplen otra función, la Constitución contiene una

[17] Ronald Dworkin, «Los derechos en serio», Ariel, Barcelona, 1989. págs. 146 y ss., en particular pág. 149.

[18] R. Dworkin, op. y loc. cit. pág. 153.

[19] R. Dworkin, Ibídem.

larga serie de ellos (los del artículo 9.3, los de autonomía y solidaridad derivados de los artículos 2 y 138, los de igualdad y progresividad del sistema tributario del artículo 31 etcétera) afines, pero no confundibles con los valores, ni todos ellos de la misma naturaleza[20].

Lo que de unos y otros me interesa señalar es su utilidad jurisprudencial. Los principios sirven y obligan al intérprete para ajustar el engarce técnico entre preceptos constitucionales o entre ellos y normas infraconstitucionales sometidas a juicio declarativo de constitucionalidad. Los valores sirven y obligan al intérprete constitucional a incorporar a sus resoluciones, y en particular a sus razonamientos lo que Dworkin denomina «moralidad política»[21] y Gregorio Peces Barba «moralidad crítica» o también «objetivos éticos»[22]. Creo que la recta utilización jurisprudencial de estas categorías constitucionales, y en especial de los valores, favorece la resistencia constitucional en cuanto adaptabilidad o apertura a nuevas exigencias éticas concretas que sólo cabe considerar incorporadas como contenido de determinados derechos fundamentales en virtud de la cobertura amplia y flexible que se deriva de tan generales, pero positivizadas, cláusulas. Fue un acierto innegable del constituyente incluir la apelación a los valores como normas. No sé si ha sido siempre acertada o no la invocación por parte del Tribunal Constitucional a los valores del 1.1 y del 10.1. Nadie debe ser juez y parte. También sé que para algunos las citadas cláusulas constitucionales introducen elementos de inseguridad jurídica, «metiendo la filosofía en el Derecho», como en cierta deliberación oí decir a un juez constitucional, por lo demás excelente. Pero estoy convencido del muy fecundo papel que los valores constitucionalizados como normas han cumplido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que, sin convertirse en lo que no puede ser y algunos temían (id est, en una jurisprudencia de valores) que fuera, ha podido con su ayuda resolver casos concretos yendo con ellos más allá de una interpretación fácil y rutinaria de los límites y contenidos de los derechos fundamentales. La tríada de conceptos «Derecho-Moral-Política» no está formada por tres esferas aisladas, sino por tres eslabones de una cadena: los valores constitucionalmente positivizados como normas ayudan a fortalecer la conexión entre los eslabones y a hacer más resistente la cadena.

Mientras que el constitucionalismo norteamericano tiene abierto el dilema entre la interpretación literalista de la Constitución u otra

---

[20] Gregorio Peces Barba, «Los valores superiores», Ed. Tecnos. Madrid, 1984, contiene una distinción entre ellos a la que me remito: ibíd, pág. 34 y ss.

[21] Op. y loc. cit., pág. 153.

[22] Op. y loc. cit., págs. 18 y 51.

más abierta que permita al Tribunal Supremo aplicar los «valores fundamentales» implícitos en su Constitución[23], la española de 1978 al positivizar unos valores, los del 1.1 y hacerlos vinculantes como superiores y generales a todo el ordenamiento opta por una determinada línea interpretativa y explicita cuáles son sus valores. Como sostuvo en su momento Enterría, entre nosotros «esta calificación no es baladí, ni es tampoco un simple prurito estático de los juristas, sino que implica el destacamiento como básica de esta decisión constitucional, en el sentido de C. Schmitt, lo que revela en el plano estrictamente técnico el artículo 168 de la Constitución que equipara la alteración de estos valores superiores a la adopción de una nueva Constitución. Ello implica, forzosamente, una posición dominante y de supremacía de estos <valores superiores> en la interpretación de todas las demás normas constitucionales, y aún la posibilidad, no sólo hipotética, de calificar desde los mismos como inconstitucionales normas constitucionales actuales o futuras»[24].

Otto Bachof se preguntaba, en su justamente famosísima conferencia cómo podía explicarse el elevado número de sentencias del BVG derogando leyes antiguas por entrar en contradicción con la Constitución de 1949 y se contestaba así: «No se puede explicar más que por la enérgica pretensión de validez de las normas materiales de nuestra Constitución; por una orden de valores, que vincula directamente a los tres poderes estatales, tal como se manifiesta expresamente en la regulación de los derechos fundamentales». La ventaja de nuestra Constitución respecto a la Ley Fundamental de Bonn es el mejor grado de explicitación y de jerarquía que tales valores alcanzan en la nuestra[25].

Los juristas educados en un mal entendido positivismo y en una cómoda confusión entre interpretación y literalidad reprocharán siempre la inconcreción y vaguedad de las cláusulas constitucionales que positivizan determinados valores. La mejor respuesta a sus reticencias es quizá un texto del juez Hulestedler que cita Capelletti, repite Enterría y yo vuelvo a trasladar al posible lector:

> «No es con ironía como yo califico los términos del *Bill of Rights* de ambigüedades gloriosas. La naturaleza inasible de su substancia ha hecho posible la determinación y la redeterminación

---

[23] John H. Ely, «Democracy and disfrust. A theory of judicial revieu», 1980.

[24] Eduardo García de Enterría, «La posición jurídica del Tribunal Constitucional español: posibilidades y perspectivas», ahora en «La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional», Ed. Civitas, 1981, la cita en pág. 144.

[25] Otto Bachof, «Jueces y Constitución», Ed. Civitas, Madrid, 1985, pág. 39. En el mismo sentido de mi afirmación, cfr. Gregorio Peces Barba. «Los valores...», págs. 68 y 124-125.

de la doctrina constitucional de manera que satisfaga las necesidades de una sociedad libre, pluralista y en evolución. Mientras que la precisión ocupa una plaza de honor en la redacción de un Reglamento de la autoridad local de policía, es mortal cuando se trata de una Constitución que quiera ser viva»[26].

Valores sobre derechos: ambigüedad de ambigüedades, tal vez. Pero una interpretación constitucional que sea al mismo tiempo autorrestrictiva, congruente (o coherente consigo misma, en el sentido de Dworkin) y creativa cuando la realidad del problema le obligue a ello puede extraer enormes virtualidades de esas cláusulas que podrán servir para moralizar el Derecho y para mantener viva y resistente la Constitución.

5) El Tribunal Constitucional ha hecho numerosas declaraciones sobre la vinculatoriedad de los valores del 1.1 y del 10.1 y acerca de los derechos fundamentales como concreción de ese sistema axiológico o de algún valor concreto. Peces Barba[27] recogió en su libro citado algunas de esas declaraciones. Hay otras posteriores. Sin pretender una recopilación completa ni, menos aún, un estudio crítico de ellas, expondré algunas de las más significativas. Finalmente, analizaré una Sentencia del Tribunal en la que la invocación a valores fue un elemento fundamental de su «ratio decidendi». En realidad, la cita de declaraciones jurisprudenciales sobre el par de conceptos valores -derechos trata de servir como base a la afirmación de que el recurso a valores que el T. C. hizo en la Sentencia 214/1991, que será analizada, no está fuera de contexto dentro de lo que pudiéramos llamar declaraciones teóricas sin *aparentes* efectos decisorios.

El Tribunal Constitucional ha dicho que «los derechos y libertades fundamentales son elementos del ordenamiento, están contenidos en normas jurídicas contenidas que forman parte de un sistema axiológico positivizado por la Constitución y constituyen los fundamentos materiales del ordenamiento jurídico entero»[28]. Por eso, y teniendo en cuenta «que la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la Norma Fundamental» los preceptos que contienen derechos fundamentales

[26] Op. cit. en nota 25, pág. 229.

[27] «Los valores...», págs. 123 y ss. 146, 157-158.

[28] En rigor esto no lo dijo el Tribunal, sino uno de sus magistrados en su voto particular disidente contra la STC 5/1981, pero sobre este punto no hubo desacuerdo, como se comprobará por su coincidencia sustancial con los textos que siguen. Cfr. «Jurisprudencia Constitucional», I, pág. 104. [En adelante cito por número de la Sentencia, año, tomo y página].

no pueden ser objeto de una «aplicación literal», sino que han de ser aplicables a cada caso «en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto»[29].

Y es que no cabe desconocer «que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, y, que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico»[30].

Valores y derechos fundamentales van, pues, unidos por relación de derivación o proyección: «es indudable que muchos de los derechos fundamentales y libertades públicas tutelables en amparo son proyecciones del valor libertad, pero sólo estas proyecciones concretas crean derechos amparables en esta vía procesal»[31].

Junto a los valores del art. 1.1. los del artículo 10.1: «Indisociablemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona reconocido en el artículo 10 como germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes». Analizados los artículos 10, 15, 16 y 18.l, el Tribunal llega a la conclusión de que «del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás[32].

¿Es todo esto música celestial que suena bien, pero permanece recluida en lejanas y no terrestres esferas? Es sólo «retórica de la Facultad de Derecho», vicio profesional de un Tribunal compuesto
hasta ahora en su gran mayoría por profesores y no por jueces «de carrera»? Es posible que así lo hayan entendido algunos exegetas, pero no el propio Tribunal.

En un recurso de amparo contra dos resoluciones judiciales que hablaban de «la justicia material» como algo externo al ordenamiento, el Tribunal dijo: «la justicia no es un valor ajeno y contrario al ordenamiento positivo, sino uno de los valores superiores del mismo. No es lícito sacrificar el cumplimiento de una norma constitucional <todos tienen derecho a ser informados de la acusación formulada contra ellos> art. 24.2 CE) en aras de una <justicia material> que, entendida como algo contrapuesto a la Constitución, sería un

[29] STC 18/1981, II, págs. 37-38.
[30] STC 21/1981, II, pág. 71.
[31] STC 120/1990, XXVII, pág. 431.
[32] STC 53/1985, XI, págs. 573 y 576.

concepto metajurídico inadmisible para el juzgador. Lo que la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo denomina incongruencia por exceso cometida al condenar a un procesado por unos hechos que no fueron objeto de acusación constituye una violación de una de las garantías principales del proceso penal configurada en nuestra Constitución como un derecho de todos. Se trata, ciertamente, de una garantía formal, pero es a través del respeto y del celoso cumplimiento de tales garantías como se ha de perseguir en el proceso la justicia como valor»[33].

Los valores y los principios constitucionalizados son normas positivas, no son música celestial. Por lo mismo el Tribunal no duda de que «como regla general los valores superiores del ordenamiento y los principios constitucionales pueden bastar para promover recursos o plantear cuestiones de inconstitucionalidad»[34].

6) El Tribunal Constitucional garantiza la supremacía de la Constitución de modo principal y directo a través del control de constitucionalidad de las leyes. Ejerciendo su «monopolio de rechazo» hace viable el funcionamiento de la estructura autonómica del Estado resolviendo los conflictos de competencia de acuerdo con las normas del «bloque de la constitucionalidad». Pero quizá la vía del recurso de amparo sea la que le permita mejor cumplir la función de adecuar la Constitución a problemas no previstos «ab initio» que surgen en la dinámica política de algunas instituciones centrales del sistema, así como a exigencias de moralidad política planteadas en el seno de la sociedad. Entre las primeras pensemos, por ejemplo, en el juramento de los diputados de Herri Batasuna, a propósito de cuyo recurso de amparo el Pleno dijo entre otras cosas las siguientes como fundamento del otorgamiento de su amparo:

> «El requisito del juramento o promesa es una supervivencia de otros momentos culturales y de otros sistemas jurídicos a los que era inherente el empleo de ritos o fórmulas verbales ritualizadas como fuentes de creación de deberes jurídicos y de compromisos sobrenaturales. En un Estado democrático que relativiza las creencias y protege la libertad ideológica; que entroniza como uno de sus valores superiores el pluralismo político; que impone el respeto a los representantes elegidos por sufragio universal en cuanto poderes emanados de la voluntad popular; no resulta congruente una interpretación de la obligación de

[33] STC 20/1987, XVII, pág. 196.
[34] STC 116/1987, XVIII, pág. 615.

prestar acatamiento a la Constitución que antepone un formalismo rígido a toda otra consideración, porque de ese modo se violenta la misma Constitución de cuyo acatamiento se trata, se olvida el mayor valor de los derechos fundamentales (en concreto, los del art. 23) y se hace prevalecer una interpretación de la Constitución excluyente frente a otra integradora»[35].

En esta misma línea jurisprudencial podrían citarse varias sentencias en recursos de amparo electoral del artículo 49 de la LOREG, o más en concreto algunas[36] que resolvieron amparos ordinarios como punto final de impugnaciones por la vía contencioso-administrativa contra proclamación de resultados electorales.

En Sentencias como las ahora citadas se pone de manifiesto lo que significa la interpretación creativa como método jurisprudencial para resolver desde y según la Constitución y con argumentos jurídicos entre los que se incluyen invocaciones a los valores positivizados por ella, problemas políticos frente a cuyo embate o desafío la Constitución ha de ser resistente y cumplir una función integradora.

En ocasiones, sin embargo el desafío al contenido material de la Constitución surge en el seno de la sociedad y como consecuencia del ejercicio de derechos fundamentales en conflicto. Así sucedió en el caso de Violeta Friedman resuelto por el Tribunal en noviembre de 1991[37] y al que paso a referirme comenzando por sintetizarlo en atención al posible lector de estas páginas.

Leon Degrelle formuló en una revista unas declaraciones en menosprecio del pueblo judío, alabanza de Hitler y del doctor Mengele y poniendo en duda la existencia de los hornos crematorios en los campos de exterminio. Violeta Friedman demandó al declarante y a la revista por entender que había sido lesionado su honor porque ella misma estuvo internada en Auschwitz y toda su familia pereció allí gaseada por orden del citado doctor Mengele. Los órganos del orden jurisdiccional civil ante los que la actora judía formuló su demanda de protección al honor le negaron la legitimación activa por cuanto en las citadas declaraciones no se la mencionaba a ella ni a sus familiares, por lo que sus resoluciones, impugnadas, en demanda de amparo constitucional después no entraron en el análisis de la pretensión de fondo. El Tribunal Constitucional reconoció la legitimación activa de la demandante por entender que «el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental,

[35] STC 119/1990, XXVII, págs. 387-417. «El texto», pág. 416.
[36] STC 24/1990, 25/1990 y 26/1990, XXVI, págs. 240-325.
[37] STC 214/1991, XXXI, págs. 444-446.

para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados *ad personam*». Entrando en el fondo del asunto otorgó el amparo a la recurrente por entender que las manifestaciones del señor Degrelle constituyeron una «intromisión ilegítima en el honor y dignidad de la hoy recurrente de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.1, 10.1 y 18.1» de la Constitución.

Manuel Atienza comenzó críticamente[38] la Sentencia censurando la decisión del Tribunal que le parece equivocada en términos de razonamiento jurídico, al margen de las [buenas] intenciones morales de los cinco magistrados de la Sala Primera que la sostuvieron con su voto[39].

Estoy de acuerdo con Atienza en algunas de sus afirmaciones, pero no en su desacuerdo principal que gira, si lo entiendo bien, en la relación entre argumentación jurídica y argumentación moral y en la plasmación de los términos de ese binomio en el razonamiento y en la «ratio decidendi» del Tribunal. Comparto su afirmación de que el Derecho ha de ser «consciente de sus límites», aunque subrayo que el problema reside en trazarlos. Comprendo que «el Derecho nunca podrá sustituir a la moral», ni lo pretendo ni creo que el Tribunal lo haya pretendido nunca, pero creo que sí es conveniente aproximar el uno a la otra en determinadas circunstancias, condiciones y modos, siendo la palabra *determinadas,* es decir, la determinación del cuándo y el cómo de la aproximación, lo problemático. También estaría dispuesto a aceptar sus consideraciones acerca del juez como aplicador del Derecho, si se refirieran a un juez que no fuese el Tribunal Constitucional. En la parte última de su razonamiento creo percibir algunas afirmaciones puente entre su postura y la del Tribunal: así cuando reconoce que «en los casos jurídicamente difíciles -como el caso Friedman- la argumentación jurídica contiene

[38] Manuel Atienza, «Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico», Ariel, Barcelona, 1933, págs. 36 a 61.

[39] Hubo un magistrado que formuló un voto particular disidente. Quien esto escribe presidió la Sala y votó a favor del proyecto presentado por el ponente y ampliamente debatido por la Sala. Cualquier acusación contra mí de actuar ahora como juez que juzgó y como defensor del juez que juzgó está, pues, justificada. Pero mi discrepancia con el discrepante, papel que asume de modo inteligente Manuel Atienza, me lleva a adoptar ese papel, ya y sólo en sede académica y cuando he dejado de ser magistrado del Tribunal. Por lo demás la exposición de mi discrepancia no va a producir como resultado que la sangre de nadie llegue a ningún río. Y ello no sólo porque ni en Madrid ni en Alicante hay caudales (sino a lo sumo cauces) de agua que merezcan tal nombre, sino porque ni el tono de Manolo Atienza ni el mío son agresivos. Aunque somos colegas y amigos, dos buenas razones para el despedazamiento recíproco en una polémica académica «more hispanico», ni su crítica ni mi discrepancia pretenden hacer daño, ni lo hacen, a nada ni a nadie.

siempre, inevitablemente, juicios morales», pero me parece que tal expresión u otras semejantes y contiguas (como «consideraciones morales») tienen un matiz subjetivo, como referidas a las personales creencias de los integrantes de la Sala sentenciadora, siendo así, por el contrario, que la Sentencia en cuestión extrae sus consideraciones o juicios morales no del individual código ético de cada magistrado, sino de lo que la Constitución declara normativamente en los artículos que con reiteración se citan: el 1.1 y el 10.1 principalmente, y su concreción en el 14 de la Constitución.

Hay un párrafo en la Sentencia que constituye en verdad su *«ratio decidendi»*[40], que Manuel Atienza no identifica como tal (a mi modo de ver en esta inadvertencia está la raíz de su discrepancia, o al menos la de la mía con la suya) y que por lo mismo no cita ni comenta. Es éste:

> «La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 CE) no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta sin duda lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean. Por ello, las expresiones o aseveraciones proferidas por el demandado también desconocen la efectiva vigencia de los valores superiores del ordenamiento, en concreto la del valor igualdad consagrado en el art. 1.1 de la Constitución en relación con el art. 14 de la misma, por lo que no pueden considerarse como constitucionalmente legítimas»[41].

En esa interpretación conjunta de valores y derechos está la razón de la decisión y, sobre todo, el fundamento de la fijación de un límite a la libertad de expresión. Atienza dice que la libertad de expresión «puede afectar a otros valores (el honor de las personas, el orden público, etc.), pero no por la simple razón de que lo que se exprese se considere moralmente incorrecto»[42]. Cabría precisar que el honor

---

[40] Loc. cit. en nota 39 págs. 52 a 54, donde habla de la *ratio decidendi* de la sentencia y de su coherencia.

[41] Loc. cit. en nota 38, pág. 463.

[42] Loc. cit. en nota 39, pág. 53 in fine.

de las personas no es un valor sino un derecho, y que eso del orden público más vale dejarlo aparte; pero por lo demás, excluido el paréntesis, su texto parece impecable: cabalmente eso es lo que hizo el Tribunal en su Sentencia 214/1991 y en otras muchas. De donde se infiere que el desacuerdo entre Atienza y la Sentencia es quizá más aparente que real y profundo.

Finalmente opina Atienza que el criterio del Tribunal en su Sentencia es ineficaz. Tal vez en un sentido inmediato no sea de eficacia arrolladora. No obstante esa «función latente» que Atienza reconoce a la decisión que él califica de equivocada en términos jurídicos, no es desdeñable, aunque sea lenta porque lenta es la pedagogía de los derechos y, sobre todo, la de sus límites. Pero estos límites, cuando de derechos fundamentales se trata, ha de trazarlos el Tribunal Constitucional valiéndose de los valores.

DERECHOS LIBERALES Y DERECHOS SOCIALES

En la sintética y precisa caracterización que del Estado de Derecho proponía Elías Díaz en el primer capítulo de su libro pionero sobre el tema no faltaban -no podían faltar- ni la referencia a los derechos civiles y políticos clásicos, desde el derecho a la vida hasta los distintos derechos de libertad y seguridad, ni la inclusión de los «derechos económicos y sociales tendentes a una efectiva nivelación e igualdad socioecónomica (derecho al trabajo, seguridad social, huelga, etcétera)»[1]. El resto del libro puede ser visto, además, como una crítica del ensamblaje de los distintos tipos de derechos básicos en las realizaciones históricas del Estado de Derecho y, a la vez, como una propuesta de nueva relación entre ellos, sin abandonar la sustancia de ninguno, bajo la configuración ideal del Estado democrático de Derecho.

El tema de mi contribución a este homenaje, tan bien ganado como reaciamente recibido, continúa laborando en ese mismo terreno, si bien las distancias de tiempo -entre distintos momentos históricos y, con ello, también de edades (especialmente del espíritu, la de Elías siempre más joven que la de los que venimos detrás)- hayan dispuesto unos pocos materiales y modas conceptuales nuevos y, me temo, algunos más o menos leves cambios de acento ideológico. En todo caso, Elías sabrá encontrar aquí numerosos, e insospechados, motivos de encendida crítica con la que animar, entre otros momentos, los huecos entre clase y clase.

1. Derechos civiles, políticos y sociales

La clásica distinción entre derechos civiles, políticos y sociales, atribuida a Theodor H. Marshall, está lejos de ser clara en sus contornos

[1] *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966), 4ª. ed. rev., Madrid, Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1972, pág. 41.

y límites. Comienza por ser difusa la distinción entre las dos primeras categorías, los civiles y los políticos, no en vano con una raíz etimológica común[2], por más que alguna luz se haga si se atribuyen al hombre en cuanto tal, como derechos civiles, los derechos a la igualdad jurídica, a la vida, a la libertad de conciencia, a la libertad de movimiento, al honor, etc., mientras se refieren al ciudadano, como derechos políticos, los de sufragio, de asociación, reunión y manifestación y de libertad de expresión[3]. Aquí me va a interesar sobre todo, sin embargo, la relación entre las dos anteriores tomadas en conjunto y la tercera categoría, la de los derechos sociales, que también carece de perfiles del todo nítidos, como se irá viendo a lo largo de estas páginas, y no sólo hacia fuera -respecto de los derechos civiles y políticos- sino también hacia dentro, entre los llamados derechos económicos, sociales y culturales. Ello es cierto, además, tanto si se adopta una caracterización más estricta de los derechos sociales, que los reduzca a los clásicos de sindicación, huelga y seguridad frente a contingencias laborales, de salud y familiares, como si -según se entenderán de aquí en adelante- se extiende su ámbito hasta comprender algunos de los llamados derechos de la tercera (o cuarta) generación[4], como el derecho a una vivienda digna, los de los niños, los ancianos o los discapacitados o, incluso, el derecho a un medio ambiente limpio.

Dentro de las anteriores distinciones, la familiar contraposición entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos sociales, económicos y culturales, por otro -que viene a corresponder a grandes

---

[2] Exagerando esta idea, Giovanni Sartori ha llegado a afirmar: «la distinción entre derechos civiles y políticos se me escapa, quizá porque no logro olvidar que *civis* es el equivalente latino de *polites*» (*La democracia después del comunismo*, [1993], trad. cast. de María Luz Morán, Madrid, Alianza, 1993, pág. 120, nota).

[3] No por ello, sin embargo, se aclaran todos los puntos oscuros, especialmente por el inevitable solapamiento, siquiera sea parcial, entre la persona como individuo y la persona como miembro de una comunidad política. Tal solapamiento se manifiesta, de un lado, en la existencia de estrechísimas conexiones entre algunos derechos adscritos a una y a otra categoría -como entre la libertad de conciencia y la de expresión, o entre la libertad de circulación y la de manifestación- y, de otro lado, en la ambivalencia de otros derechos que, como el de exclusión de toda discriminación sexual o racial, han sido puntales de las luchas por las libertades y derechos «civiles» sin dejar por ello de tener un valor y un contenido centralmente políticos.

[4] El apelativo de «tercera generación» supone que las dos primeras generaciones son, respectivamente, la de los derechos liberal-democráticos y la de los derechos sociales (cf. Ignacio Ara Pinilla, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1990, pág. 112). Gregorio Peces-Barba, considerando que los derechos democráticos son diferentes y ulteriores a los liberales, introduce una generación más (cf. *Curso de derechos fundamentales (I). Teoría general*, con la colaboración de Rafael de Asís y Ángel Llamas Cascón, Madrid, Eudema, 1991, págs. 156-7).

rasgos a la distinción entre derechos de libertad y derechos de igualdad o, todavía más simplificadamente, a la dicotomía derechos liberales y derechos sociales-, ha venido cumpliendo, y todavía sigue haciéndolo, dos funciones opuestas, más o menos aparentes en las clasificaciones y categorías tradicionales en la literatura teórica a propósito de los derechos humanos, pero sobre todo de gran influencia general a juzgar por las ideas que subyacen a ciertas declaraciones públicas de dirigentes políticos o sindicales.

Según una primera función, netamente conservadora, se destaca que, debido a la muy diferente naturaleza e importancia de los derechos liberales respecto de los sociales, mientras los primeros serían básicos, universales, incondicionados e indeclinables hasta merecer el nombre de derechos fundamentales e incorporarse a las constituciones, los segundos configurarían aspiraciones ideales, quizá irrealizables y, en todo caso, más particulares, condicionadas y subordinables, de modo que sólo serían derechos (o, en todo caso, derechos fundamentales) como una forma de hablar, siendo en realidad engañoso poner a ambas categorías en paralelo[5]. En cambio, conforme a una segunda función, claramente progresista, uno y otro tipo se consideran como en un continuo en el que los derechos civiles y políticos son condición previa necesaria pero no suficiente de la libertad y la igualdad, que sólo serían reales y efectivas con la completa extensión de los derechos sociales, por lo que no hay -o no debería haber- diferencias sustanciales entre unos y otros en cuanto a su fundamentación, a su titularidad, a la necesidad de respeto y la gravedad de su negación o violación y, en fin, a los mecanismos jurídicos básicos predisponibles para su protección[6].

El hecho de que estas dos visiones reflejen concepciones ideológicamente opuestas y resulten claramente alternativas e incompatibles entre sí, no significa que una de las dos deba ser unilateral y necesariamente adecuada para dar cuenta de la naturaleza de las relaciones entre los derechos liberales y los sociales. Lo que voy a sostener es que, con independencia de lo que se refiere a sus orígenes históricos y a sus contenidos[7], tanto una como otra categoría son demasiado

---

[5] Cf. a modo de ejemplo, Ernest Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial (El modelo de la República Federal Alemana)* (1971), trad. cast. de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, págs. 251-9; Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad*, vol. II, *El espejismo de la justicia social* (1976), trad. cast. de Luis Reig Albiol, Madrid, Unión Editorial, 1979, págs. 172-80; y Giovanni Sartori, *La democracia...* cit., pág. 123.

[6] En tal sentido, cf. Antonio-Enrique Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1984, págs. 203-15, así como *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución,* Madrid, Tecnos, 1984, págs. 90-4.

[7] Sobre el particular, en el que no me detendré aquí, puede verse Peces-Barba, *Curso...* cit., caps. 5 y 6; así como Benito de Castro Cid, *Los derechos económicos,*

heterogéneas para autorizar cualquiera de las dos tesis anteriores, al menos si se toman sin mayores matizaciones. Frente a la primera, porque si *ninguno* de los derechos sociales fuera propiamente un derecho fundamental, comparable a los civiles y políticos, entonces resultaría que al menos *algunos* de estos últimos, y no de los reputados menos importantes, tampoco deberían ser considerados derechos fundamentales. Frente a la segunda porque, siendo común a todos los derechos fundamentales la necesidad de respeto y protección jurídica, las técnicas utilizables para ello son de muy distinto tipo no según el carácter liberal o social de su contenido, sino según la naturaleza de los diferentes bienes y pretensiones protegibles en los distintos derechos específicos, pudiendo observarse diferencias y coincidencias que tampoco pasan estrictamente por la distinción entre derechos liberales y sociales.

No obstante, entre las dos tesis extremas citadas tampoco pretendo situarme en un punto intermedio equidistante, pues, con algunas matizaciones de innegable raigambre socialdemócrata, me parece más defendible y acertada la del continuo entre derechos liberales y derechos sociales. Con todo, mi estudio será más conceptual o analítico que ideológico o normativo. Por lo demás, aunque ensayaré sobre todo un análisis filosófico-jurídico más que jurídico-positivo, no será ocioso dejar dicho que cuando aquí se habla de derechos humanos o básicos se alude a pretensiones o exigencias morales especialmente fuertes -en el sentido de que, si están justificadas, fundamentan obligaciones morales correlativas- que deben ser garantizadas a través de instituciones operativas, como pueden serlo algunos sistemas estatales (en cuyo caso serán también derechos jurídicos, con determinados rasgos específicos añadidos, como mínimo en el sentido débil del término «derecho» como correlato de algún deber).

---

sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos, León, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, 1993, especialmente caps. 1, 2 y 5.

[8]Por echar más leña a un incesante (¿y perpetuo?) debate sobre este tema con Gregorio Peces-Barba, añadiré que la caracterización que viene dando hace años de los derechos humanos -por ser, como primera condición necesaria pero no suficiente, *exigencias morales,* y, como segunda condición también necesaria pero no suficiente, *reconocidas* y *garantizadas jurídicamente* (cf., últimamente, *Curso...* cit.. cap. 4)- otorga excesiva importancia al sistema jurídico como cauce para que tales derechos sean «eficaces en la vida social» (*ib.*, pág. 91). En general, la eficacia, que se mueve en un plano fáctico, resulta una condición por completo innecesaria para caracterizar una exigencia moral, que se mueve en el plano normativo, salvo como condición de posibilidad para el establecimiento de obligaciones estrictas (la idea de que «debe» implica «puede» en sentido fáctico, sobre la que volveré más adelante en el texto). Con la anterior salvedad, el reconocimiento jurídico eficaz es, además,

En el resto de este escrito intentaré mostrar, en primer lugar, cómo la división tajante entre ambos tipos de derechos no es decisiva desde un punto de vista conceptual ni, seguramente, por añadidura, en lo que respecta a su justificación o fundamentación última. Después, algo más brevemente, trataré de señalar la panoplia de distintas técnicas jurídicas disponibles para diferentes tipos de derechos para concluir planteando alguno de los problemas éticos que subyacen a la realización efectiva de varios de los derechos sociales.

2. Unidad y diversidad en los derechos básicos

El núcleo central de mi análisis sobre la relación entre derechos liberales y derechos sociales está en que los derechos humanos conforman una categoría unitaria en lo importante (en su carácter básico, asociado a la dignidad y la autonomía moral humana, que exige reconocimiento y garantías efectivas), aunque no unitaria en aspectos secundarios. Lo decisivo, sin embargo, es que, de una parte, en cuanto categoría unitaria, en lo esencial, los derechos humanos no se reducen a los derechos civiles y políticos, sino que comprenden también a los derechos económicos, sociales y culturales básicos, y, de otra parte, que en cuanto categoría que admite diversificaciones y distinciones, las diferencias de contenido entre esos dos grandes tipos son menos relevantes que otras diferencias que no corresponden a esa dicotomía, sino que la traspasan porque aparecen dentro de cada uno de los dos tipos: así, algunos derechos civiles y políticos comparten

---

una condición especialmente inoportuna e inconveniente, que hace impropio denunciar las violaciones de los *derechos humanos* más elementales en los sistemas jurídicos totalitarios o dictatoriales, o afirmar que todos los hombres, vivan donde vivan, tienen *derecho* a no ser torturados ni perseguidos por sus ideas políticas. Con ello se produce también una asimetría inexplicable y arbitraria entre las situaciones de cumplimiento en general de tales derechos, donde se acepta que éstos existen y pueden ser violados, y las de violación general, donde lo que no existe y se viola se queda en meras exigencias morales que no llegan a ser derechos. Dice Peces-Barba: «Sin el apoyo del Estado esos valores morales no se convierten en Derecho positivo y, por consiguiente, *carecen de fuerza* para orientar la vida social en un sentido que favorezca su finalidad moral» (*ib.*, pág. 92). Pues bien, la cuestión es que si alguna *fuerza* es relevante en este dominio es precisamente la de ciertas exigencias éticas, sin la cual, por cierto, no se podría explicar históricamente el surgimiento del «apoyo del Estado», esto es, de ciertos Estados: esa fuerza, la exigibilidad moral, es la que hace de los derechos humanos no sólo una valiosa fuente de crítica frente a determinadas situaciones injustas, sino, además, una justificación suficiente de la necesidad de su reconocimiento y garantía jurídicos. (A los partidarios de una consideración de los derechos fundamentales como derechos morales se une últimamente Ernest Tugendhat, *Justicia y derechos humanos,* Barcelona, Publicacions de la Universitat de Barcelona, 1992, esp. págs. 13-9).

más rasgos, y bien relevantes, con algunos derechos sociales que con otros derechos civiles y políticos, los cuales, a su vez, tienen más elementos en común con otros derechos sociales que con los civiles y políticos. Si esto es así, y es lo que voy a intentar mostrar, debe desecharse la teoría liberal clásica sobre la Constitución como equilibrio entre los derechos de libertad individuales y los límites del poder estatal, límites que tendrían un carácter meramente negativo -esto es, constituirían abstenciones derivadas de prohibiciones-, tal y como lo formula Hayek cuando defiende al Estado que se ordena mediante lo que llama normas de comportamiento (frente a las normas de organización), definidas como normas «esencialmente negativas, por cuanto sólo aspiran a evitar la injusticia» y consisten «en prohibiciones que delimitan la esfera protegida de cada persona»[9].

Para mostrar que esta visión liberal estricta es conceptualmente reductiva y distorsionadora, propongo analizar los tres rasgos clásicos de los derechos humanos -equivalentes a lo que los iusnaturalistas racionalistas denominaron derechos naturales- según la propia tradición liberal: carácter absoluto, universalidad e inalienabilidad. El esquema de mi argumentación intenta poner de manifiesto el dilema ya anunciado: por una parte, si esos rasgos se entienden en sentido fuerte, muy exigentemente, no se pueden predicar de varios de los derechos civiles y políticos, que habría que considerar no fundamentales contra la propia tradición liberal, aunque sí de alguno de los derechos sociales; por otra parte, si aquellos rasgos se debilitan -como creo obligado hacer- comprenden, ciertamente, a todos los derechos civiles y políticos, según pretende la tradición liberal, pero también a los derechos sociales básicos. Dicho de otra manera, de estar fundada, esta tesis obligaría a reconocer que el heredero legítimo y coherente de los ideales del liberalismo clásico es antes el socialismo democrático que el «neoliberalismo» (o «paleoliberalismo»).

2.1. Derechos absolutos y relativos

El carácter absoluto de los derechos fundamentales -como «sagrados» los calificaba el Preámbulo de la Declaración francesa de 1789- ha sido recientemente expresado por Ronald Dworkin en la idea de que los derechos constitucionales básicos son triunfos de

[9] *Derecho, legislación y libertad* cit., vol. I, *Normas y orden* (1973), Madrid, Unión Editorial, 1978, págs. 174 y 189, respectivamente; cf. también, vol. II, *El espejismo...* cit., págs. 57 ss; y vol. III, *El orden político de una sociedad libre* (1976), Madrid, Unión Editorial, 1982, págs. 222-5.

cualquier individuo que ganan la partida frente a cualesquiera intereses colectivos, incluidos los decididos por la mayoría: en esta visión, los derechos fundamentales son, de un lado, previos al juego democrático y están excluidos de él, de forma que, por ejemplo, no cabe negar la libertad religiosa por decisión mayoritaria; y, de otro lado, desplazan a otros intereses y necesidades colectivas, sin ser desplazados por éstos en caso de conflicto, de forma que, por ejemplo, los derechos a la presunción de inocencia o a un juicio justo dominan sobre el interés de defender a la sociedad del delito, que seguramente podría garantizarse más eficazmente con menos controles judiciales y más errores policiales. Entendida estrictamente, como «ilimitabilidad» de los derechos fundamentales[10], esto es, como validez en cualquier caso y exclusión de toda limitación o excepción, esta visión de los derechos fundamentales cuadra con muy pocos de ellos. Algunas teorías éticas, como las utilitaristas, dirían que con ninguno, pues siempre puede haber casos más o menos raros en los que hayan de limitarse en aras de un bien mayor o del mal menor, pero aquí estoy dando por sentado que se acepta una teoría no utilitarista, que defiende como criterio último la dignidad y la autonomía individual. En tal perspectiva muy pocos derechos se pueden y suelen citar como absolutos en el sentido de no sometibles a excepción:

---

[10] Como es sabido, la idea de limitabilidad de los derechos es menos clara de lo que parece a primera vista. Si se introducen ciertas condiciones restrictivas en la enunciación de un derecho cabe decir que el derecho queda conceptualmente «delimitado», más que «limitado»: así, por ejemplo, si se proclama el derecho a las condiciones mínimas de subsistencia cuando hay recursos suficientes, cabe afirmar que, en caso de insuficiencia de recursos, no es que el derecho resulte limitado sino que, simplemente, no existe en absoluto: de modo similar, también se puede afirmar que cualquier derecho expresamente limitado por otro -la libertad de expresión por el derecho al honor, por ejemplo- no resulta *limitado,* en el sentido de restringido o excepcionado, sino conceptualmente *delimitado,* de modo que opera como derecho hasta donde comienza el derecho con el que limita y justo en ese punto deja de existir como derecho (sobre ello, con una crítica a esta teoría desde la noción de principios y de derechos *prima facie,* vid. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* [1986], trad. cast. de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 267-9). Para evitar una «solución» similar, por vía de mera definición, del problema de la ilimitabilidad de los derechos, en el texto presupongo el significado más simple y usual de los derechos, que puede y suele expresarse en enunciados categóricos: por ejemplificarlo, el derecho a la vida se entiende como exclusión de la posibilidad de matar a nadie y la libertad de expresión como posibilidad de decir lo que se quiere, en ambos casos sin más cualificación: este es, por lo demás, el sentido por el que el Tribunal Constitucional español ha podido repetir en numerosas ocasiones -por cierto, con una incondicionalidad discutible- que ningún derecho fundamental es ilimitado (en la literatura española más reciente, véase sobre el tema Luis Aguiar de Luque, «Los límites de los derechos fundamentales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* n. 14, enero-abril, 1993, págs. 9 ss).

el derecho a no ser torturado, la presunción de inocencia, el derecho a un juicio justo y los derechos derivados del principio de legalidad penal.

Al lado de los anteriores, derechos civiles y políticos tan importantes como el derecho a la vida, a la libertad física, religiosa e ideológica, las libertades de expresión, de reunión y de asociación, la libertad de circulación, el derecho al honor y a la intimidad, etc., se suele aceptar que tienen límites justificados de carácter normativo por dos razones: en primer lugar, en situaciones ordinarias, y para cualquiera de tales derechos, por razón de la interacción o conflicto entre los propios derechos (así, las limitaciones a la libertad para garantizar la libertad ajena, la legítima defensa como límite al derecho a la vida, la privación de libertad como pena, el derecho al honor como límite de la libertad de expresión y a la inversa, etc.); y, en segundo lugar, bajo circunstancias extraordinarias, aunque sólo para algunos de tales derechos, por razones de extrema emergencia, razones que -en una concepción defensora de los derechos al menos- apelarán a la defensa de los derechos más básicos (así, en los estados de excepción y sitio, especialmente en la limitación de los derechos políticos).

Ahora bien, si se acepta que la mayoría de los derechos civiles y políticos admiten límites justificados, al menos, por la interacción con otros derechos, incluso algunos derechos sociales que a veces se consideran derechos falsos y distorsionadores, como el derecho al trabajo, podrían considerarse derechos fundamentales aunque limitados por la garantía de otros derechos fundamentales. En este caso, aunque se entendiera desmesuradamente el derecho al trabajo como derecho a obtener un puesto de trabajo proporcionado por terceros, no podría ser un derecho absoluto por los límites que imponen la libertad de empresa y, sobre todo, la genérica autonomía personal para contratar, en la medida en que garantizar aquel derecho a través de una actividad estatal centralizadora de la economía reduciría intolerablemente la libertad individual a cambio de una organización económicamente ineficaz en la que se cumpliría aquella ironía sobre el sistema soviético: «nosotros fingimos que trabajamos y ellos fingen que nos pagan»[11].

---

[11] Cuestión diferente es que, según es mi criterio, lo que deba considerarse propiamente como derecho fundamental sea el derecho a recibir un subsidio de subsistencia en defecto de un puesto de trabajo (tal era, por cierto, el contenido del art. 21 de la primera Constitución que reconoció un derecho social, la *Declaration* francesa de 1793, que decía: «Les secours publies sont une dette sacrée. La société doit la subsistence aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'existence à ceux qui sont hors d'état de travailler»); en tal caso, sin embargo, más que del derecho al trabajo se trata de garantizar el derecho básico a las condiciones de subsistencia mínimas en el ámbito histórico-cultural de que se trate.

El carácter absoluto de algunos de los derechos humanos también puede ponerse en cuestión por los límites de carácter fáctico que les afectan debido a la imposibilidad física de cumplimiento completo en todos los titulares y casos. Especialmente en el caso de los derechos sociales, se ha dicho que derechos como el derecho al trabajo, a la salud o a la vivienda están limitados o condicionados por los recursos materiales existentes[12] o por «los hechos históricos» y «la realidad social»[13]. Tres consideraciones diferentes sugiere la anterior acotación sobre los derechos sociales.

a) En primer lugar, ningún derecho puede ser garantizado de hecho de manera absoluta frente a eventuales violaciones, tanto oficiales como de particulares, pues de otro modo no habría lugar a hablar de «derechos» y «deberes» moralmente exigibles, sino de acaecimientos necesarios científicamente explicables y predecibles. Sería innecesario recordar algo tan evidente si la observación sobre el condicionamiento fáctico de los derechos sociales no presupusiera una imagen desequilibrada que tiende a poner de manifiesto los grandes, y a veces masivos, incumplimientos de hecho de ciertos derechos sociales, sin dar un similar relieve al alto grado de ineficacia que sufren algunos derechos liberales clásicos que nadie discute como derechos fundamentales y constitucionales, y no sólo en una visión global del mundo, sino incluso respecto de los países que más los respetan en general: piénsese en el alto grado de incumplimiento, especialmente debido a las imprudencias de tráfico, del derecho a la vida[14].

b) En segundo lugar, la condición de la suficiencia de los recursos materiales no es exclusiva de los derechos sociales. Frente a la caracterización de los derechos liberales como «derechos «sin coste»[15], no sólo hay que recordar que «ningún derecho, como ninguna comida, es gratis»[16], sino que cabe añadir que muy pocos derechos son

---

[12] Cf. Sartori, *La democracia...* cit., p. 121-3; también Luis García San Miguel lo ha destacado: cf. *Hacia la justicia,* Madrid, Tecnos, 1993, pág. 280.

[13] Cf. Peces-Barba, *Curso...* cit., p. 97, así como «El socialismo y el derecho al trabajo», *Sistema,* n. 97. julio 1990, esp. págs. 9-10 (téngase presente que, en relación con el derecho al trabajo al menos, el argumento de Peces-Barba difiere del presentado anteriormente en el texto por insistir no en su limitabilidad por otros derechos justificados sino más bien en su irrealizabilidad fáctica).

[14] No siempre se cae en la cuenta que si el derecho a la vida fuera estrictamente absoluto no sería insensato prohibir el uso de automóviles particulares: que no se haga en aras de la libertad (o, mejor, de varias libertades, como la de circulación, la de contratación, la de empresa, etc.) sólo muestra lo que de relativo tiene el derecho a la vida.

[15] Así, Sartori, *La democracia...* cit., p. 120.

[16] Salvatore Veca, *Cittadinanza. Riflessioni filosofiche sull'idea di emancipazione,* Milán, Feltrinelli, 1990, pág. 42.

baratos, especialmente en los complejos sistemas socio-políticos actuales[17]. Que en las sociedades más desarrolladas se trate de un coste tradicionalmente asumido que, como tal, se da por supuesto, no significa que el aparato administrativo y judicial necesario para ejercer decorosamente las funciones preventiva, represiva y organizativa en garantía de los derechos clásicos suponga un coste desdeñable. Por lo demás, aunque el coste de los derechos sociales de prestación pueda ser comparativamente alto, en particular por la expansividad de su demanda, el argumento del límite de los recursos no siempre apela una imposibilidad fáctica sino que a veces presupone un criterio ideológico sobre cuánto y en qué es apropiado invertir o gastar.

c) En tercer lugar, el argumento de la posibilidad como condición de las obligaciones morales -la idea de que «debe» implica «puede», que los juristas gustan de formular bajo el brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*- es teóricamente aceptable sólo en un

[17] Luis Prieto, aun rechazando al fin y al cabo que la del coste sea una objeción contra el carácter de fundamentales de los derechos sociales, dice sin embargo: «Las libertades parecen, en efecto, más «baratas»: reconocer el derecho de reunión o prohibir la tortura constituye un objetivo alcanzable en el país más pobre del mundo, mientras que sin duda la satisfacción de necesidades depende de los recursos» (*Estudios sobre derechos fundamentales,* Madrid, Debate, 1990, págs. 47-8). Concuerdo en que, como cuestión comparativa y de grado, los derechos de libertad tienden por lo general a ser más baratos que los sociales, pero haciendo dos precisiones: primera, hay derechos sociales, como el de huelga y el de sindicación -éste al menos en lo que se refiere a la libertad de asociación sindical-, que no exigen especiales gastos presupuestarios al Estado (que además, en el caso del derecho de huelga, su ejercicio pueda generar altos costes económicos a la sociedad, o al propio Estado en cuanto actúa como empresario, es asunto diferente que, por lo demás, puede compartir con derechos clásicos como el de reunión en lugares públicos); y, a la inversa, hay derechos liberales que exigen considerables gastos al Estado, como la organización de elecciones políticas para el ejercicio del derecho de participación política o la asistencia letrada para detenidos sin abogado y para litigantes pobres; segunda, hay derechos de libertad, o, para ser más preciso, hay manifestaciones específicas de tales derechos más baratas que otras: como Luis Prieto llama en nota a un ya viejo artículo mío tras entrecomillar el término «baratas», me ha hecho recordar que en ese escrito se decía algo que sigo suscribiendo y que viene aquí al caso: «hay, por así decirlo, libertades «baratas» y valiosas que no exigen desembolsos económicos ni grandes capacidades culturales y para las que basta normalmente el reconocimiento jurídico (...). Piénsese en algunas de las manifestaciones de la libertad religiosa o de la libertad de expresión, como el culto público o el opinar en una asamblea, que pueden ponerse en práctica sin más. Es cierto que, con todo, las manifestaciones de esas mismas libertades que parecen más importantes por su mayor repercusión, como la utilización de medios de comunicación, exigen capacidades prácticas que van más allá de las posibilidades normativas» («Sobre los conceptos de la libertad», *Anuario de Derechos Humanos,* nº. 2, Madrid, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1983, pág. 546).

marco doblemente limitado: de un lado, aparece como relevante para obligaciones definitivas de individuos determinados, pero no respecto de deberes *prima facie* genéricamente atribuibles a individuos indeterminados: de lo contrario, sería absurdo prohibir conductas ilícitas que se sabe estadísticamente que no se van a poder impedir; de otro lado, se ha de referir a imposibilidades de carácter absoluto, pero no a las debidas a las formas de organización social históricamente existentes: así, la idea de que un requisito para poder hablar de derechos fundamentales es «su posibilidad de ser eficaces arraigando en la sociedad porque las condiciones económicas, sociales y culturales lo facilitan»[18], alude a condiciones modificables en el sentido relevante para la crítica moral (en todo caso, por lo demás, se trata de condiciones tan modificables -tal vez, en ciertos casos, tan poco modificables- como las circunstancias de opresión política frente a las que no se deja de reclamar la vigencia de los derechos liberales clásicos).

2.2. Derechos universales y particulares

La universalidad de los derechos fundamentales es un rasgo del que se hace eco la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, cuyo preámbulo habla de los «derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana», con un alcance ya antes expresado clara y elegantemente por Thomas Paine en su comentario a la declaración de 1789: «Una declaración de derechos es, también, recíprocamente, una declaración de deberes. Cualquiera que sea mi derecho como hombre, es también el derecho de otro, y es mi deber garantizarlo...»[19]. Sin duda, existen algunos derechos que responden a este esquema teórico basado en la idea de la reciprocidad universal, pero no sólo en el campo de los civiles y políticos, como el derecho a la vida, a tener un juicio justo o a la libertad (que recíprocamente limitada es, según Kant, el único derecho originario), sino también en el campo de los derechos sociales, como el derecho a unas condiciones dignas de vida, a la protección de la salud o a no sufrir un medio ambiente contaminado.

Es cierto que no todos los derechos anteriores comportan deberes *inmediatamente* universales como correlato: sólo están en ese caso los derechos activos (sean de autonomía o de participación), como la

[18] Peces-Barba, «El socialismo y el derecho al trabajo» cit., pág. 9 (en coherencia con ello, concluye que el derecho al trabajo «no puede ni siquiera ser positivizado, (...) no puede ser realmente Derecho»: pág. 10); cf. también *Curso*... cit., págs. 96-7.

[19] *Los derechos del hombre* (1791-1792), trad. cast. de Agustín Jiménez, Madrid, Doncel, 1977, pág. 101.

vida, la libertad, el voto secreto o la huelga, que imponen deberes negativos -es decir, prohibiciones o abstenciones- por parte de terceros, mientras que los derechos *no activos* (también llamados de recepción o de crédito), como el derecho a la asistencia letrada y a la defensa en juicio o el derecho a la protección de la salud, imponen deberes positivos, es decir, obligaciones o acciones, por parte de terceros que han de organizarse institucionalmente distinguiendo la actividad de prestación, que recaerá sobre algunas personas concretas, y su coste, que -éste sí- ha de repartirse más genéricamente[20]. Pero también es cierto, como se verá, que tal organización institucional no es exclusiva de los derechos no activos, siendo también necesaria para el aseguramiento indirecto de los derechos activos, a través de la acción preventiva policial y militar y de la actividad protectora y represiva policial y judicial.

Junto a lo anterior, cabe destacar también que algunos de los derechos considerados hoy entre los fundamentales aparentemente no son universales en los sentidos anteriores, si bien puedan relacionarse más o menos directamente con la idea de universalidad. Podrían distinguirse tres tipos que, sin embargo, debidamente interpretados, no impugnan el rasgo de la universalidad de todo derecho básico genuino:

a) *derechos universalmente proclamados pero particularmente garantizados:* el tipo de crítica que el marxismo popularizó contra los derechos naturales clásicos, en cuanto predicados de todos los hombres pero limitados en la práctica a los propietarios varones, es hoy fácilmente ejemplificable en la distancia entre la proclamación jurídica de la igualdad universal de varones y mujeres y la realidad social en la que todavía quedan ciertos rastros de desigualdad, como en la menor participación de la mujer en puestos de responsabilidad política o en su menor y más difícil acceso al mercado laboral; sin embargo, esa distancia sólo pone de manifiesto la diferencia entre el *carácter* universal de tal derecho y el problema de su *realización* efectivamente universal, es decir, la diferencia entre el derecho propiamente dicho, que no deja de ser universal, y su incumplimiento en la práctica, que no sólo no impugna aquella universalidad sino que denuncia su ausencia.

b) *derechos de titular privilegiado:* algunos importantes derechos fundamentales, como la libertad de expresión, comportan manifestaciones especialmente garantizadas para clases particulares de

[20] Sobre la distinción entre derechos activos y no activos, sigue siendo iluminador el artículo de Liborio Hierro, «¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto», *Sistema,* n. 46, enero 1982, págs. 50-2 y 57-8.

personas (la libertad de cátedra para los profesores, la libertad de información para las empresas periodísticas, la cláusula de conciencia para los periodistas, etc.), privilegios cuya justificación fundamental parece ser instrumental, en beneficio de la posibilidad de todos de recibir o aumentar su información; de tal modo, el peso de la fundamentación de tales derechos está en un derecho anterior, único propiamente básico o fundamental, como es el universal derecho a la información en el marco de una opinión pública libre.

c) *derechos sectoriales:* la mayoría de los derechos sociales, incluidos los nuevos derechos, parecen ser derechos que se atribuyen a sectores particulares de la ciudadanía, como el derecho a la sindicación y a la huelga de los trabajadores o el derecho a protecciones especiales de los ancianos, discapacitados, jóvenes o consumidores; ahora bien, esta sectorialización puede tener dos tipos diferentes de justificación que, siendo lógicamente compatibles y, en parte al menos, prácticamente complementarias, también corresponden a una diversa configuración y extensión de tales derechos: por un lado, si en estos derechos el rasgo de la universalidad del titular se relaciona con el argumento de la potencialidad -es decir, con el argumento de que se trata de derechos potencialmente universales porque cualquiera puede ser trabajador, discapacitado, anciano, etc.-, lo cierto es que también algunos derechos clásicos son en cierto modo sectoriales y, por tanto, similares a los anteriores (así, del derecho al voto son titulares sólo los mayores de edad no condenados a inhabilitación o suspensión, mientras que los derechos a un juicio justo o a no ser condenado por una ley retroactiva son relativos a la circunstancia de estar procesado, que es una condición meramente potencial, incluso mucho menos probable estadísticamente que la de llegar a la tercera edad o a ser demandante de trabajo); por otro lado, la diferencia en universalidad con los derechos civiles y políticos clásicos desaparece si los derechos sociales sectoriales, en particular los relacionados con circunstancias sociales de especial necesidad, no se consideran sino manifestaciones instrumentales para lograr el cumplimiento del derecho de toda persona -éste ya si verdaderamente fundamental y, por tanto, plenamente universal- a una básica igualdad de resultados, esto es, a contar con unas iguales condiciones básicas de vida en relación con las de las personas mejor situadas[21].

[21] Por cierto que esta observación plantea la posibilidad, si las circunstancias económicas lo aconsejan en función de un fin de justicia, de sectorializar de una u otra forma derechos que, incluso en niveles de cobertura no necesariamente básicos, a través de la sanidad o la universidad públicas, han llegado ya a universalizarse, en el sentido de que están disponibles para todos, de los más ricos a los más pobres, y, en especial, en países como el nuestro, para una numerosa y no realmente menestorosa clase media. Tal sectorialización, que no tendría por qué asumir la forma de la

En suma, la universalidad es un rasgo más complejo de lo que podría parecer a simple vista y sus eventualmente distintas formas de manifestación o desarrollo aparecen tanto en el ámbito de los derechos civiles y políticos como en el de los sociales.

2.3. Derechos inalienables y alienables

La inalienabilidad de los derechos fundamentales, como imposibilidad moral de renunciar a ellos, es un rasgo común defendido por la tradición liberal clásica, desde John Locke, Thomas Jefferson o Thomas Paine hasta la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, la Declaración francesa de 1789 o a la propia Declaración Universal de 1948. Aunque ésta de la inalienabilidad es una categoría muy compleja y no exenta de agudos problemas a propósito de su alcance -en especial en lo que respecta a la disposición sobre la propia vida-, parece fundada y aceptable la exclusión de la aceptabilidad ética y jurídica de la renuncia total a la libertad, es decir, la prohibición del contrato de esclavitud, que hace moral y jurídicamente inviable la utilización de la libertad para abdicar, también moral y jurídicamente, de la propia libertad.

Este rasgo de la inalienabilidad de los derechos humanos exige cierto replanteamiento de la relación entre derechos y libertad, de modo que tener un derecho no se identifique sin más con tener una facultad de hacer o no hacer, sino más bien con tener una necesidad o interés básico protegible[22]. Sólo que, para que esta caracterización no degenere en una legitimación antiliberal de toda forma de paternalismo, ha de precisarse en una doble línea: la primera, que entre los bienes y necesidades básicos ha de figurar la propia libertad, especialmente si se entiende como capacidad para proyectar y realizar los propios planes de vida; y la segunda, que, en todo caso, la idea de inalienabilidad impide sólo la renuncia a los derechos humanos en sí mismos, pero no a su ejercicio, que en *principio* sí es renunciable, una distinción que permite ejercer o no la libertad de

exclusión total del derecho a tal servicio, sino que se podría introducir mediante el traslado de parte de los costes a los usuarios menos necesitados -como incipientemente pero, a mi modo de ver, insuficientemente ocurre con el pago parcial privado de medicamentos o de tasas universitarias para quienes no se encuentran en situación de necesidad- no está sin embargo exenta de problemas, problemas que son, con todo, más graves en las formas de sectorialización que otorgan derechos solo a los más necesitados, como la estigmatización de determinados sectores sociales y la ausencia de inversiones en sectores ajenos a los intereses de las mayoría, según ocurrió tradicionalmente con la beneficencia pública.

[22] Sobre ello, cf. Hierro, «¿Derechos humanos...» cit., págs. 47-57.

expresión o el derecho de huelga o el de sindicación pero no renunciar de antemano y para siempre a tales libertades o derechos.

No obstante, pueden existir algunos derechos fundamentales que -por su conexión esencial con la dignidad de la persona o para garantizar el equilibrio en situaciones de poder desigual- no sólo son, como todos en principio, irrenunciables en el título, sino también en su ejercicio. Lo que ocurre es que, al igual que los de ejercicio renunciable o discrecional, también los de ejercicio irrenunciable pueden encontrarse indistintamente en el campo de los derechos liberales como en el de los sociales: si en el primer caso están tanto el derecho a la libertad de expresión o al voto cuanto el derecho de asociación sindical o el de huelga, en el segundo se hallan tanto los derechos a no ser torturado, a la asistencia letrada en la detención o a un juicio justo cuanto el derecho a la enseñanza básica o el derecho a un medio ambiente sano[23].

En suma, tampoco este rasgo de la inalienabilidad de los derechos fundamentales sirve como línea divisoria entre los derechos civiles y políticos y los sociales.

3. Derechos básicos y técnicas jurídicas

Una buena forma de ir echando las sumas de las anteriores comparaciones conceptuales es cambiar ahora el enfoque hacia las técnicas

---

[23] La anterior ejemplificación merece, al menos, dos precisiones.

Primera: el derecho a la asistencia letrada puede ser de ejercicio renunciable sin descalificar por ello como protector de tal derecho al sistema jurídico en cuestión; y algo similar ocurre con el derecho a un juicio justo -si por tal se entiende la garantía reforzada contra la sanción de un inocente- en los sistemas jurídicos que, como el de Estados Unidos, admiten la negociación de la pena; en realidad, muchos extremos de la regulación específica de prácticamente cualquiera de los derechos humanos concebidos como un todo (sobre este concepto, véase *infra*, el texto correspondiente a la nota 29) varían según tradiciones y sistemas jurídicos, aun dentro de un núcleo mínimo común; en el caso de la irrenunciabilidad del ejercicio de algunos derechos, aunque ese rasgo pueda no pertenecer a ese núcleo mínimo, no siendo, por tanto, moralmente inexcusable su previsión jurídica, tampoco ésta resulta, desde luego, moralmente inaceptable.

Segunda: en el derecho a un medio ambiente sano, a diferencia de los otros citados (pero a semejanza del derecho a la defensa nacional), la indisponibilidad está relacionada con su naturaleza de bien público, en el sentido técnico-económico, es decir, de bien de oferta indivisible (el consumo de uno no disminuye la posibilidad de consumo de los demás) y de imposible exclusión de los usuarios (en cuanto el bien está disponible, lo esta para todos); la irrenunciabilidad del ejercicio del derecho al medio ambiente se justifica, así, porque sus violaciones perjudican no sólo al infractor sino a todos los usuarios. poniendo en peligro o disminuyendo la calidad de ese bien público.

jurídicas usualmente disponibles para garantizar con cierta efectividad la protección de los derechos básicos. Doy por supuesto que tal garantía debe sustentarse en último término en una regulación constitucional[24], pero me interesa señalar sobre todo la variedad de mecanismos jurídicos, también legales, administrativos y judiciales, que los distintos derechos fundamentales suelen comportar. Ello dará ocasión también para concluir comentando la cuestión de la relación ética entre los derechos liberales y los sociales.

3. 1. Los derechos, límites al poder y prestaciones del poder

La idea liberal de que los derechos fundamentales son esencialmente un límite del poder político -tan gráficamente expresada por la imagen de John Stuart Mill del círculo «alrededor de cada ser humano considerado individualmente (...) en el que no debe permitirse que penetre ningún gobierno, sea de una persona, de unas cuantas o de muchas»[25]- es el producto de una desconfianza históricamente justificada pero parcial hacia la autoridad estatal. Parcial al menos por tres razones: en primer lugar, porque no considera que la inmensa mayoría de los derechos fundamentales clásicos también operan y deben operar como límites frente a las acciones de los particulares; en segundo lugar, porque respecto de ningún derecho jurídicamente reconocido la conducta del poder estatal se debe ni se suele agotar, como sugiere una estricta lectura de la noción de «límite», con la mera abstención o ausencia de interferencia estatal, sino que exige también la imprescindible actividad de organización, especialmente policial y judicial, para la protección de aquellos derechos respecto de su violación tanto por los particulares como por el propio Estado; y, en tercer lugar, porque varios de los derechos fundamentales, algunos de ellos entre los de libertad, no actúan como límites que no se deben cruzar o invadir sino como exigencias o necesidades a realizar, siendo susceptibles de violación por omisión y no por acción y exigiendo una organización administrativa para su prestación positiva (así ocurre con

[24] En la literatura española puede verse sobre ello, con abundante bibliografía, José-Luis Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

[25] *Principios de economía política. Con algunas de sus aplicaciones a la filosofía social* (1848), trad. cast. de Teodoro Ortiz sobre la ed. de W. J. Ashley, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, pág. 806.

los derechos al sufragio, a la asistencia de abogado, a la educación, a la sanidad, etc.)[26].

3.2. Meros permisos, derechos a algo y competencias

Para mostrar esquemáticamente la variedad posible de estructuras jurídicas de protección de los distintos derechos y cómo tal variedad no se corresponde simplistamente con la dicotomía entre derechos liberales y derechos sociales, resulta útil seguir, con alguna variación conceptual y terminológica, la clasificación propuesta por Robert Alexy entre derechos a algo, libertades y competencias[27]. Hay que advertir que esta clasificación pretende aplicarse a posiciones jurídicas simples -el derecho a reclamar judicialmente una indemnización por un delito de lesiones, el permiso para entrar y salir libremente del país, etc.-, que casi nunca coinciden sin más con los derechos fundamentales tal y como se enuncian tradicionalmente, a los que Alexy denomina derechos «como un todo»[28], que suelen configurarse como un conjunto complejo de posiciones. No tendrá nada de extraño, así pues, que la mayoría de los derechos así entendidos se manifiesten en posiciones jurídicas que no se pueden encorsetar en una sola de aquellas tres categorías.

---

[26] Los anteriores argumentos han de servir para cualificar la tesis -mantenida por Ernst-Wolfgang Böckenförde- de que la diferencia entre la estructura jurídica de los derechos de libertad y los sociales está en la «acción estatal activa» que caracterizaría a estos últimos (*Escritos sobre Derechos Fundamentales,* trad. cast. de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pág. 76). Por lo demás, la justificación que Böckenförde da de ello me parece o confusa o errónea: según él, aquella diferencia proviene de que la libertad es «algo antecedente [que] no viene creada por la regulación legal», sino que viene dada «de forma natural» y existe e impone su protección por sí misma, mientras que los derechos sociales «no parten de algo antecedente ya dado», sino que «se necesita más bien, con anterioridad a la garantía de la protección jurídica, una acción estatal activa, positiva» (ídem). En realidad -con un tipo de derechos que hacen excepción y a los que me referiré enseguida en el texto- la mayoría de los derechos básicos, liberales o sociales, son exigencias antecedentes a la regulación jurídica que vienen dadas de forma natural, en el sentido de que no son *constitutivamente* creadas por tal regulación; en cuanto a esta última, unos y otros derechos exigen determinaciones infraconstitucionales tendentes a especificar la organización (judicial y/o administrativa) competente de protección y las acciones del Estado necesarias para, en el caso de la mayoría de los derechos liberales y de algunos sociales (como los de huelga o asociación sindical), como mínimo, prevenir y, en su caso, sancionar sus violaciones. y en el caso de la mayoría de los derechos sociales y algunos liberales, establecer el aparato organizativo o los servicios públicos necesarios para su provisión.

[27] Cf. *Teoría de los derechos fundamentales* cit., cap. IV.

[28] Cf. ibídem, págs. 240-5.

a) *Meros permisos* («libertades no protegidas» en la terminología de Alexy[29] o «privilegios» en la de Hohfeld)[30]. Un mero permiso tiene la estructura: «*A* puede lícitamente hacer o no hacer *X*» y no implica por sí sola la prohibición de interferencia para terceros, sino, únicamente, por razones lógicas, la ausencia de prohibición o mandato en relación con *X* por parte de quien concede el permiso. Dependiendo de la regulación jurídica, pueden existir derechos que consisten sólo en un mero permiso, esto es, derechos en el sentido más débil, en los que el Estado excluye la prohibición de la conducta sin acompañar tal exclusión de la prohibición de interferir en ella por parte de terceros, como el derecho a competir por lograr contratos comerciales o laborales o el derecho a disponer de la propia vida mediante acciones u omisiones propias[31]. Lo usual, sin embargo, es que un mero permiso sea uno de los varios componentes de un tipo de derechos fundamentales: los de ejercicio discrecional, como las libertades de conciencia, de expresión, de asociación (genérica, política o sindical), de reunión, de circulación, etc., así como los derechos de huelga, de creación de centros docentes o de empresas periodísticas, a contraer matrimonio, etc. Como se puede ver, en tal enumeración hay, una vez más, tanto derechos liberales como derechos sociales.

b) *Derechos a algo*. Un derecho a algo tiene la estructura: «*A* tiene frente a *B* un derecho a *Z*» y se caracteriza porque el objeto del derecho (el «algo») es una conducta, activa u omisiva, del sujeto del deber correlativo; contienen derechos a algo no sólo los derechos fundamentales de ejercicio discrecional que se han citado hace un momento, sino también los de ejercicio obligatorio, como los derechos a no ser torturado, a un juicio justo, a la presunción de inocencia, a la asistencia letrada en la detención, a la educación básica, a un

[29] Alexy, que expone la categoría de las libertades en segundo lugar, tras la de los derechos a algo, distingue entre libertades no protegidas y libertades protegidas (una denominación discutible porque las primeras pueden disfrutar de cierta protección cuando se establecen expresamente -o los órganos del sistema interpretan que están establecidas implícitamente- en una norma de rango superior que debe ser respetada por autoridades inferiores: cf. ibídem, págs. 222-5); en lo que se refiere a las libertades protegidas la categoría se solapa con las otras dos, puesto que esas libertades se configuran además como derechos a algo y, usualmente, también como competencias (cf. ibídem, págs. 224-7).

[30] Cf. Wesley Newcomb Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales* (1913), trad. cast. y nota preliminar de Genaro R. Carrió, Buenos Aries, Centro Editor de América Latina, 1968, págs. 47 y 50-61.

[31] Sobre estos ejemplos, véanse las observaciones de la nota preliminar de Genaro Carrió en ibídem, págs. 17-8.

medio ambiente sano, etc. El «algo» en que consiste el derecho puede ser clasificado, con Alexy, en omisiones y acciones[32]; los derechos de ejercicio discrecional, y alguno de los de ejercicio obligatorio (como el derecho a no ser torturado o a la presunción de inocencia), comportan derechos a omisiones, esto es, conllevan prohibiciones de impedimento u obstaculización para terceros; algunos de tales derechos y, la mayoría de los de ejercicio obligatorio pueden conllevar también derechos a acciones, esto es, obligaciones positivas, normalmente por parte del Estado. Alexy diferencia ulteriormente entre las acciones normativas, que consisten en la imposición de normas protectoras (como la propia del derecho del no nacido a una cierta protección penal), y las fácticas -o derechos a prestación en sentido estricto-, que consisten en la entrega de un bien o en la realización de un servicio (como la subvención a un colegio privado, el subsidio de paro, la asistencia sanitaria o la organización de un colegio público)[33]. Aunque esta última distinción tiende a coincidir con la diferencia entre derechos liberales y sociales, no deja de haber entrecruzamientos: piénsese, de un lado, en las subvenciones a las confesiones religiosas más representativas, en las ayudas fiscales a los medios de comunicación privados o en el servicio público de asistencia a detenidos o de defensa de oficio, que constituyen acciones fácticas en derechos civiles y políticos, y, de otro lado, en la protección penal de las libertades de huelga, de sindicación y de trabajo, así como en la protección penal, administrativa y civil del derecho a un medio ambiente sano o de los derechos de los consumidores.

C) *Competencias*. Una competencia tiene la estructura: «*A* tiene la capacidad institucional de crear una situación jurídica *J*»[34] y se caracteriza por la posibilidad de crear (o modificar o extinguir) derechos u obligaciones privados, o poderes o deberes públicos, mediante un acto previsto constitutivamente por las normas que otorgan dicha posibilidad. El carácter constitutivo de las normas que otorgan la competencia significa que ésta tiene carácter institucional y, en cuanto tal, no puede ser producto sólo de determinados hechos o

[32] Cf. *Teoría de los derechos fundamentales* cit., págs. 189 -96.

[33] Cf. ibídem, p. 195. Alexy es consciente de que también las acciones fácticas se ejecutarán usualmente mediante normas, por lo que señala que el criterio para distinguirlas de las acciones normativas es, en aquéllas, la irrelevancia de la forma jurídica utilizada para satisfacer el derecho; tal vez sería más preciso y claro discriminarlas porque las acciones fácticas se apoyan en normas que establecen la obligación de generar directamente determinados beneficios en los titulares del derecho mientras que las acciones normativas se basan en normas que imponen sanciones (penales, administrativas o civiles) para los infractores del derecho en cuestión.

[34] Simplifico -ampliando a la vez su denotación- la fórmula de Alexy; cf. ibídem, pág. 235.

actos sin más, sino de ciertos hechos o actos cualificados por alguna norma con un efecto de carácter normativo: así, el contrato del matrimonio no existe sin una norma que da ciertos efectos normativos a ciertos actos, creando así una situación jurídica diferenciable de la convivencia de hecho. Las competencias de los particulares -que son las que aquí interesan- pueden ser privadas y públicas. Son privadas las derivadas de la libertad de contratación y de testar, en relación con el derecho a la propiedad privada, y de la libertad de matrimonio, así como de la libertad de creación de fundaciones, asociaciones, sindicatos, empresas, etc. Las competencias públicas de los particulares más importantes son, de un lado, las propias del ejercicio del voto y, de otro lado, las de reclamación administrativa y judicial para el cumplimiento de los propios derechos o por su incumplimiento. Es claro que entre estas últimas se hallan tanto las competencias para exigir el cumplimiento de derechos liberales (por ejemplo, las acciones penales y civiles que garantizan los derechos a la vida, a la libertad religiosa, al honor, etc.), cuanto las relativas al cumplimiento de derechos sociales (por ejemplo, los procedimientos para reclamar una plaza escolar, el subsidio de paro o la adjudicación de una vivienda de protección oficial).

3.3. Juridificación y tutela judicial efectiva

La anterior categoría de la competencia invita a plantear el problema de la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales que, si constituye por sí misma un derecho fundamental más, parecería que, incluso en sistemas jurídicos como los europeo-occidentales, obliga a denunciar el déficit de protección de muchos de los derechos sociales como única opción frente a quienes les niegan el carácter de derechos precisamente por la ausencia de dicha tutela. Esta alternativa, sin embargo, es demasiado tajante y no tiene suficientemente en cuenta una doble flexibilidad relacionada con la protección jurídica de los derechos fundamentales: en los contenidos de los derechos y en las modalidades de su tutela judicial.

En lo que se refiere a la flexibilidad en el contenido de los derechos, cuando se contrastan derechos clásicos, como el derecho al voto o la libertad de expresión, con derechos sociales como el derecho a la vivienda o el derecho al trabajo no siempre se tiene en cuenta cómo -según Kant observó respecto de los deberes éticos[35]- los

[35] Cf. *La Metafísica de las Costumbres* (1797), Segunda parte («Principios metafísicos de la doctrina de la virtud»), caps. VI y VII; en la ed. cast. de Adela Cortina y Jesús Conill, Madrid, Tecnos, 1989, págs. 241-4.

procesos de juridificación sirven para fijar efectos y límites de unos derechos que, antes de tales procesos, tienden a estar mucho más indeterminados y a ser menos específicos en su contenido. Sólo cuando el derecho al voto se convierte en jurídico se pueden conocer los ámbitos territoriales electorales y su periodicidad o la edad mínima y los delitos que inhabilitan para su ejercicio, al igual que se puede saber que la libertad de expresión no comprende el derecho a que un determinado medio de comunicación publique un escrito mío salvo en rectificación de una información previa que me afecta. Por el contrario, aunque antes de cualquier regulación específica resulte insensato sostener que el derecho a una vivienda digna consiste en que el Estado debe proporcionar alojamiento gratuito a cualquier individuo que lo solicite, tampoco está claro si tal derecho se reduce a la posibilidad de acceder a viviendas subvencionadas en caso de necesidad o si comprende un haz de distintos derechos, que pueden ir desde las prórrogas forzosas en arrendamientos urbanos hasta ciertas exenciones fiscales por compra o alquiler de vivienda, etc.

En cuanto a la flexibilidad en las propias formas de tutela judicial, deben resaltarse los muy variados procedimientos de que se sirven los sistemas jurídicos para proteger los derechos básicos, que van desde la represión penal por delitos contra la vida, la integridad de las personas, el honor o, más genéricamente, contra los derechos de libertad, o los procedimientos primero administrativos y después judiciales para la ejecución de ciertas prestaciones del Estado (subvenciones legales a los partidos políticos o a los sindicatos más representativos, o a los centros educativos que colaboran en ciertas condiciones en la enseñanza básica), o los juicios laborales contra despidos ilegales o frente a la declaración administrativa de una huelga como ilegal hasta el *habeas corpus*, o los procesos especiales que permiten recurrir contra la prohibición gubernativa de una manifestación, o los procedimientos civiles para la obtención de una indemnización por violación del derecho al honor, o los mecanismos de amparo constitucional para la revisión de la constitucionalidad de las actuaciones judiciales en materia de derechos fundamentales o, en fin, la posibilidad de pedir al juez ordinario que plantee una cuestión de inconstitucionalidad ante una ley dudosa de la que dependa el proceso.

3.4. Ética y política, una vez más

Por lo demás, no todas las manifestaciones de los derechos básicos, tanto liberales como sociales, son susceptibles de tutela judicial estricta; así como la eventual violación del derecho de representación

política por graves incumplimientos del programa electoral del partido gobernante tiene que sustanciarse por los propios ciudadanos mediante su voto y no mediante demandas judiciales, o así como el derecho a recibir información veraz no excluye las mentiras piadosas o corteses ni la infidelidad matrimonial, tampoco todas las manifestaciones éticas posibles de los derechos sociales tienen que ser garantizadas mediante reclamación judicial. Defender la existencia de un derecho *moral,* incluso básico, no comporta exigir su organización como derecho *jurídico* en el sentido más fuerte de esta última expresión, como pretensión judicialmente accionable (el derecho subjetivo en sentido técnico de Kelsen). En especial, parece poco sensato sostener que es obligada una estricta judicialización de *todos* los derechos, y especialmente de los sociales de prestación, de modo que en éstos operen también los mecanismos directos que, con el simple enunciado de un precepto constitucional, permitan un amparo como el que, por ejemplo, funciona para los derechos de la Sección 1ª. del Capítulo segundo del Título I de la Constitución española.

A riesgo de repetir lugares comunes, y aunque el modelo sea un contraideal límite, semejante judicialización daría lugar a un sistema político (y, seguramente, económico) radicalmente distinto, y me temo que peor, que el de las democracias occidentales: los jueces deberían decidirlo todo, incluida la aprobación y disposición de los presupuestos, con lo que desaparecería tanto la división de poderes por ausencia de poder legislativo como la responsabilidad política democrática ante los ciudadanos (sin contar con que, como ha dicho Geoffrey Marshall, «nadie es verdaderamente un experto a la hora de elaborar y aplicar los derechos económicos del hombre, y menos que nadie, los jueces»)[36]. La moraleja es que, si se quiere mantener la sustancia de la sociedad democrática, los derechos sociales de prestación -o, al menos, todos ellos y en todas sus posibles manifestaciones- no deben abandonar el reino de la política por el del foro (salvo, naturalmente, en cuanto se decida políticamente, a través de leyes revisables mediante el criterio de mayoría): una vez más, la política ha de ser la partera de la ética.

Si la dicotomía entre derechos liberales y derechos sociales no tiene la homogeneidad conceptual que se deduce de la crítica neoliberal, no es tampoco por completo irrelevante. Como se acaba de reconocer, hay algunos derechos sociales especialmente resistentes a una protección jurídica efectiva, pero eso no los borra del horizonte de la exigencia ética. Un liberal puro como Benjamin Constant, defensor del derecho de propiedad y, por ello, del sufragio censitario,

---

[36] *Teoría constitucional* (1980), trad. cast. de Ramón G. Cotarelo. Madrid, Espasa-Calpe, 1982, pág. 176.

argumentó en favor de tal limitación de la democracia arguyendo que, además de la nacionalidad y la mayoría de edad, el voto exige «el ocio indispensable para adquirir ilustración y rectitud de juicio. Sólo la propiedad asegura ese ocio, sólo la propiedad hace a los hombres capaces para el ejercicio de los derechos políticos»[37]. En efecto, sólo que, para quien defiende que una condición básica de la democracia liberal es el sufragio universal, el argumento de Constant vale más bien para justificar la mayor expansión posible de los derechos sociales, pues reconoce que los bienes que tales derechos pretenden garantizar son una condición necesaria de la libertad política y, junto a ella, también de la libertad en sentido más amplio, como autonomía sobre la propia vida de cada cual.

La idea básica aquí es que ciertos recursos materiales o económicos y culturales son condición necesaria -pero no suficiente, pues la garantía jurídica es otra condición necesaria- para la capacidad de elección entre opciones en que la libertad consiste. Esta conexión debe distinguirse tanto de la posición que asimila la libertad a la obtención efectiva de los bienes deseados[38] como de la que separa la libertad y el valor de la libertad, este último mayor o menor según la cantidad de medios materiales de que se dispone para ejercerla[39]. Mientras en la primera posición se produce una identificación entre la libertad sus condiciones que puede conducir a poner en peligro manifestaciones valiosas de la propia libertad, en la última se establece una desconexión entre la libertad y sus condiciones que autoriza a predicar la existencia de libertad aun cuando no existan posibilidades de elección en absoluto[40]. Entre la identificación y la separación, el grado y alcance de la conexión entre la libertad y sus

---

[37] *Principios de política* (1815), en *Escritos políticos,* ed. cast. de María-Luisa Sánchez Mejía, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pág. 66.

[38] Cf. Chistopher Caudwell, *Studies in a Dying Culture* (1938), cit. por Richard Norman, *Free and Equal. A Philosophical Examination of Political Values,* Oxford, Oxford University Press, 1987, págs. 33 y 45.

[39] Cf. John Rawls, *A Theory of Justice,* Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1971, pág. 204, trad. cast. de M. D. González Sóler, *Teoría de la justicia,* México-Madrid-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1979, pág. 237.

Seguramente es legítimo relacionar estrechamente esta distinción de Rawls con la definición estricta de la libertad negativa que hace más tiempo propuso Isaiah Berlin como ausencia de coacción por parte de otros individuos, según la cual las «condiciones adecuadas para el uso de la libertad» pueden ser tanto o más necesarias que la libertad, y aun tenerse que obtener sacrificándola, pero no son una forma de libertad: cf. «Dos conceptos de libertad», [1958], en *Libertad y necesidad en la historia,* trad. cast. de Julio Bayón, Madrid, Revista de Occidente, 1974, págs. 137-9, la cita textual en pág. 139; también, con la misma traducción, en *Cuatro ensayos sobre la libertad,* Madrid, Alianza, 1988, págs. 191-4, la cita textual en pág. 194.

[40] Para más detalles sobre esta visión, véase Norman, *Free and Equal...* cit., esp. cap. 3.

condiciones de realización no pueden condensarse en una fórmula matemática. Pero por eso, precisamente, es tarea de la política, de una política democráticamente ejercida y controlada, ir fijándolos y revisándolos[41].

[41] Agradezco a Juan-Carlos Bayón, Liborio Hierro, Luis Rodríguez Abascal y Virgilio Zapatero el haberme permitido mejorar este artículo mediante sus oportunas observaciones.

LOS VIEJOS CONCEPTOS Y LAS NUEVAS REALIDADES EN LA INTEGRACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

«... por medio de la memoria se engendra la experiencia en los hombres...». ARISTÓTELES. (Metafísica, 980b)

1 El objeto de nuestro trabajo consiste en señalar y sugerir algunos de los caracteres significativos en la transformación de los derechos subjetivos fundamentales. Estos caracteres -muy selectivos, en el alcance limitado y sintético de estas líneas-, se observarán en la relación de su estructura formal -significado técnico jurídico-, con las fases sucesivas de su completa integración en el ordenamiento jurídico del Estado y, asimismo, en el desarrollo de sus funciones ideológicas.

La unión de las dimensiones técnica e ideológicas de estos derechos, implica algunos criterios metodológicos que es menester explicar brevemente. Se trata de señalar la naturaleza material -histórico-material-, de ambas dimensiones con independencia de su ineludible relacionalidad con la *forma del poder:* Esta *forma* posibilita la reflexividad del universal jurídico. No obstante, existe también una relación constitutiva con la materia social que se integra en el ejercicio de aquellos derechos en tanto que funciones sociales.

Materia, socialidad, que explica el contenido de los «derechos-funciones», más allá de los valores constitucionales y de sus deducciones lingüísticas. La materia y la forma se hallan unidas inextricablemente: por ello, resulta esencial reconocer, metodológicamente, el ejercitarse de sus funciones formales sin perder de vista sus elementos materiales. Resulta rutinario en la tópica académica, proceder a una analítica descriptiva de estos derechos (naturaleza, requisitos, formas de su ejercicio), como derechos *deducidos* de las premisas constitucionales. *El contenido de estos derechos se induce del orden social* con la forma de la garantía constitucional.

En la mediación de la unidad social que realiza el derecho en general, y los operadores jurídicos en particular -sean cuales fueren sus referentes doctrinales-; en esa mediación, decimos, *el proceso cognoscitivo*, -no el proceso de reconocimiento ideológico-, tiene

que proceder desde aquella unidad inextricable ya señalada. El ordenamiento jurídico se encuentra subsumido materialmente en el orden jurídico de la producción social general. No puede servirnos como referencia, el pretendido orden sustancial de los denominados «valores superiores», sino el orden de la constitución material, de la constitución-producción.

2. Para la coherencia de estas notas sobre la transformación de los derechos subjetivos fundamentales, necesitamos acotar dos grandes períodos históricos. Esta delimitación, *in genere,* puede ayudarnos a mostrar la desigual -e incluso contrapuesta-, naturaleza de estos derechos, así como su desigual formulación técnico-jurídica:

a) El período de fundamentación moral del Derecho Natural y del constitucionalismo del Estado Liberal burgués de derecho. (Desde 1700 hasta mediados del siglo XIX). Desarrollo de los derechos subjetivos fundamentales como técnica jurídica de las leyes formales del establecimiento de la libertad y del desarrollo de la propiedad. [Recordar aquí al clásico P. Rossi: la *libertad de la igualdad ante la ley* es, junto a la unidad nacional, *principio regulador* de la unidad política de las estructuras del Estado].

b) El período de Estado Social, económico- administrativo, como organización política que gestiona técnicamente las leyes de reproducción y valorización del proceso económico global del capital. De forma creciente, el Estado, como función económica expansiva, va a ir constituyendo el componente «político» de toda una serie de parámetros económicos, jurídicos y sociales. (Desde el precio del dinero hasta la retribución mínima de la fuerza de trabajo, las condiciones generales de contratación, etc. (Es un período que abarca desde el último tercio del siglo XIX hasta nuestros días con momentos muy distintos dentro de las tendencias señaladas).

3. Esta nueva forma estatal expresa la de una organización técnico-política resultante de un doble proceso de «estatalización social» y «socialización del Estado». En esta nueva dinámica, la conceptualización de los derechos varía sustancialmente al manifestarse en la aparición de una dimensión positiva, los derechos públicos subjetivos, frente a la inicial dimensión negativa de estos derechos.

Destaquemos algunos de los elementos implicados en esta transformación:

- Transvase teórico desde el Estado Jurídico liberal kantiano hacia un nuevo Estado técnico-administrativo.

- Subsunción del orden jurídico -como ordenamiento político-legal-, en el orden económico, de tal forma que las categorías e instituciones cobran una significación cualitativamente distinta de aquella otra que les correspondería como estrictas deducciones lógicas del ordenamiento jurídico.
- Variación en el orden económico, desde los criterios absolutizadores de la libertad de tráfico en una economía de mercado «autorregulada», hacia «tácticas» y «estrategias» de teoría económica, instrumentadas como políticas económicas de intervención en los factores y ciclos económicos.

Dejando al margen otras características no menos importantes, destacaremos la confluencia e interdependencia entre lo que se conceptualizó jurídicamente como *«Sozialer Rechtstaat»* y el conjunto de políticas económicas que caracterizaron el denominado *«Welfare State»*. Habida cuenta del nuevo contexto, importa destacar la nueva «relacionalidad», circular e incluso, contradictoria, entre las categorías -jurídicas y políticas-, significadoras de lo viejo y lo nuevo, al servir a funcionalidades distintas de aquellas para las cuales fueron concebidas.

En palabras de Capograssi, la nueva función del Estado, sobre una estructura económica socializada globalmente, pone de manifiesto una fuente continua de contradicciones y contrastes entre las viejas formas y las nuevas exigencias, los viejos principios y los nuevos métodos. Es en esta perspectiva contemporánea, en esta nueva forma de la organización social donde, según indica Sforza. la ambigüedad de la relación entre la estructura y la función viene caracterizada por la ausencia de subjetividad y por la existencia de la función social de situaciones objetivas que definen el contenido esencial de los derechos subjetivos individuales.

4. Abundando en lo que estimábamos como uno de los referentes importantes, a tener en cuenta, en el proceso de transformación: la fundamentación del Estado Liberal. Esta forma pública es el resultado del contrato que estipulan seres libres. En el «uso público» de su razón por parte del hombre, se encierra la capacidad -estamos en una época de ilustración-, de obtener, en la deducción de la libertad trascendental, la igualdad, la autonomía y la universalidad de una razón práctica incondicionada.

El acto fundante del sujeto individual -de ilimitada libertad, que posee la facultad de obrar *por la representación* de las leyes-, se encuentra unido estructuralmente, a la posibilidad constituyente del sujeto colectivo del «género humano» y su «problema mayor...: llegar a una sociedad civil que administre el derecho en general».

El estado jurídico resultante, «... está fundado en los siguientes principios *a priori:* 1) libertad de todo miembro de la sociedad como ser humano; 2) la igualdad del mismo respecto de todos los demás, como súbdito; 3) la independencia de todo miembro de una comunidad, como ciudadano» (Kant).

Sobre estas «condiciones», bajo las cuales es perfectamente posible hablar del derecho en general -una *constitución civil perfectamente justa*-, se determina *significativamente* la uniformidad objetiva de los presupuestos sociales: una univocidad lingüística que dibuja, ideológicamente, la topografía del «ser social». [Un «ser social» que en esa «significatividad» aspiraba a convertirse nada menos que en una *«gemeines Wesen»* -«esencia común»-. Esa bellísima teoría liberal se hacía teoría democrática].

La fundamentación liberal racional contiene, pues, su propia *dualidad constitutiva:* la de la separación entre la legitimación política y la unidad reguladora de producción. Ambas dimensiones, construidas sobre la referida *significatividad lingüística* compuesta de diversos elementos técnicos.

En la diversa conceptualización de los derechos subjetivos hay que tener en cuenta que existe una correspondencia entre la reseñada dualidad y la evolución que se produce desde la construcción de la «teoría del Estado» sobre la dilatada fundamentación científica del iusnaturalismo racionalista hasta la formulación del moderno «constitucionalismo», tanto en su vertiente del formalismo de la teoría constitucional positivista, como, posteriormente -a raíz de la crisis de dicha teoría-, en las corrientes del antiformalismo jurídico. Estas tendencias antiformalistas dan como resultado una nueva organización de la forma y la materia a través de la *tecnificación* de la metodología jurídica.

Esta tecnificación ha ido cubriendo con diversas determinaciones el proceso de diferenciación -y posterior disociación-, entre el reseñado constitucionalismo formal de la razón kantiana y el constitucionalismo material que institucionaliza los derechos y *ontologiza políticamente* el «ser social». Dentro de la forma resultante de este proceso de transformación de los derechos subjetivos, hay que destacar, asimismo, un *proceso de integración* (Smend) de esos mismos derechos.

Desde los derechos de libertad, que parten del individuo -con su ilimitada libertad, en principio, frente a la esfera del Estado-, que cubren un primer momento de integración social -conforme al «principio de distribución» (Schmitt)-; hasta los sucesivos derechos «democráticos», que describen un proceso de integración política -del *citoyen* que vive en el Estado, esencialmente, derechos políticos; de *status* político (Jellinek)-, y posteriormente, los diversos

derechos prestacionales, derechos *condicionados* -inscritos en las «políticas económicas» como «funciones de mercado»-. Finalmente, todos estos derechos completan su subsunción -como el propio «principio de distribución»-, en la organicidad de la estructura del Estado.

El elemento político constituyente, que no aparece en el relato -como constitucionalización de lo social-, es, sin embargo, el soporte material del proceso de integración que transforma los derechos subjetivos en funciones institucionalizadas, *objetivadas socialmente,* con independencia de la garantía normativa de la subjetividad individual. «La forma de formalismo del derecho no es ni puede ser ya la forma sustancial de la época clásica (...); es una forma técnica basada en una decisión, en la decisión política constituyente que se sitúa fuera del campo de visión, como «Grundnorm» (Barcellona).

5. Pasamos ahora a referirnos al segundo de los elementos que destacábamos en el proceso de transformación de los derechos subjetivos: la transformación de las categorías e instituciones jurídicas en relación con la transformación del propio Estado en el Estado económico-administrativo. Estos nuevos elementos políticos se adelantan bastante en el tiempo, materialmente, al que iba a ser, desde un punto de vista jurídico-formal, el referente privilegiado de esta transformación, la Constitución de la República de Weimar.

Se trata de la subsunción del orden jurídico, del ordenamiento político-legal, en el orden económico. Se transforma toda la estructura de condiciones que determinan recíprocamente el cálculo de la racionalidad del capital y la dimensión coactiva de las normas jurídicas desde el punto de vista de su validez empírica: «el poderío universal de la sociedad que constituye el *mercado* demanda, por un lado, un funcionamiento del derecho calculable según reglas racionales. Y, por otra, la extensión del mercado, que mostraremos ser una tendencia característica de aquel desarrollo; favorece, en virtud de sus consecuencias inmanentes, el monopolio y reglamentación de toda fuerza coactiva «legítima» por medio de un instituto coactivo universal, destruyendo todas las estructuras coactivas particulares que descansan las más de las veces, en monopolios económicos, estamentales o de otra clase» (Weber).

Conceptualmente, estamos en el marco neokantiano de unidad social: el derecho se convierte en un organismo *técnico-procedimental*, mientras que aquellos conceptos propios de la unidad democrática del Estado Liberal se transforman en la inevitable probabilidad de la reproducción de la *acción social con sentido;* como tal acción social, pasa a constituir la esencia sustancial del derecho, disociándose de la garantía del mismo.

El esquema «weberiano», que nos sirve de referencia, incluye un cambio en la relación entre los órdenes sociales: es el propio orden económico -como regulador de la calculabilidad económica-, el que dota de sentido al orden jurídico. Este, el orden jurídico, no puede entenderse ya como el ordenamiento jurídico del cual, el proceder jurídico-dogmático extrae consecuencias determinantes de las conductas humanas. «Si..., el orden económico y el jurídico se encuentran mutuamente en la más íntima relación, ello significa que éste último no se entiende en sentido jurídico, sino sociológico, *como validez empírica*. En este caso, el sentido de la expresión «orden jurídico» cambia totalmente. Entonces no significa un cosmos lógico de normas «correctamente» inferidas, sino un complejo de motivaciones del actuar humano real» (Weber).

Estamos ante una especie de «bifrontismo» de las categorías jurídicas; es una forma de socialidad caracterizada, por un lado, por un absoluto desnivel entre el mundo de la experiencia y el individuo; y, por otro, por una convergencia inextricable entre ambos. Así se pasa desde la subjetividad trascendental normativa a la operatividad jurídico-procedimental -objetivada en el dominio sistémico-funcional-, especializada en los continuos ajustes funcionales, «reductores de complejidad».

El derecho se recompone dentro de una complejísima «pragmática social» y se expresa en la grandiosa forma vacía de los «conceptos jurídicos indeterminados». Los equilibrios sistémicos demandan adaptabilidad, flexibilidad, temporalidad, etc. Las respuestas han de ser operativas: los resultados de las operaciones hermenéuticas son tanto más relevantes cuanto mayor sea su *«performatividad»*. «El paso del pensamiento jurídico de sistemas de conceptos a sistemas de acciones posibilita una problematización funcional de la dogmática» (Luhmann).

Las constituciones democrático-sociales -a partir de 1946- esencializan los conceptos jurídicos sobre la base de una *legalidad materialmente relacionada con lo social.* Legalidad que pone de manifiesto una permanente transmutación de valores como «forma» del sentido de la nueva y global constitucionalización de lo político.

La recomposición coordinada entre la realidad normativa y la «normalidad» del orden social, se realizará a través de una lógica deóntica que no investiga sobre la fundamentación de un sistema particular, sino que -desde el punto de vista de la estructura sistemática del poder político-, según A. R. Andersen, «somete a prueba su consistencia interna, verifica su adecuación lógica a su finalidad declarada y aísla y esclarece los presupuestos sobre los que descansa» (A. P. d'Entreves). [Es interesante hacer notar sobre el asunto que nos ocupa, que, en la «percepción» académica, todo el ámbito

de la constitucionalidad material, es observado como «sociología jurídica»; diferenciado, por tanto, de la legalidad -«teoría del derecho»-, etc. En suma, las aporías de los afanes formales se multiplican; pero, en el derecho contemporáneo, la legalidad se disocia del «trascendentalismo normativo»; se explica y desarrolla *socialmente,* con independencia de los «valores superiores» -incluso, en flagrante contradicción con ellos-; por tanto, los empeños académicos de distinguir la «buena» legitimidad, de la «menos buena» legalidad, son esfuerzos tan vacíos como confusos...].

En consecuencia, el nuevo método de análisis de la teoría política -que introduce el funcionalismo en la sistemática de la ciencia política- determinará que el objeto del desarrollo constitucional sea absorbido por la teorización funcional del poder político -como principio de autogobierno del sistema- y por la unión del sistema cultural de valores con el sistema de roles a través de la técnica del derecho como función (Bobbio).

6. Podemos distinguir dos momentos de ordenación normativa en la historia de la ciencia jurídica:

A) En primer lugar, todo el despliegue de la *organización teórica de la metafísica,* dentro de la cual, el derecho natural intenta fundamentar el trabajo teórico-práctico, es decir, la política. El derecho natural constituye, en este sentido, el eje de mediación del sujeto con la historia en el espacio de lo público.

A partir del mínimo de unidad social de los individuos -según los postulados de la economía clásica- *la subjetividad abstracta* -como órgano de la deducción teórica del derecho natural-, introduce la conciencia moral en la historia sobre las siguientes bases:

- Los límites de la regulación económica.
- El sistema epistemológico-valorativo de la filosofía.
- La fundamentación «volitiva» de una unidad política legitimadora del proceso histórico-social.

Es el ciclo de producción y reproducción de la teoría del Estado, en el cual, según Carl Schmitt, sólo se vislumbra el Estado del constitucionalismo liberal, pero cuando por azar se unifica un proceso histórico en torno a los siguientes elementos:

- La subjetividad abstracta.
- La teoría política (determinada por la existencia de un parlamento técnico).
- El desarrollo de un orden social natural.

B) En segundo lugar -desde el punto de vista de la organización social de la ciencia contemporánea-, nos encontramos con el problema interdisciplinar que supone la coexistencia de la ciencia política y la consideración metafilosófica del análisis lingüístico.

Hablamos de un sistema social cuya organización científica se basa en la existencia de un conjunto abierto de reglas predeterminadas -variables dependientes e independientes-; cuyo sentido consiste en la relacionalidad y la coordinación técnica de sus propias categorías internas; y cuya función estriba en la verificación empírica y constante del mantenimiento de las condiciones de normalidad y equilibrio social.

Es esta lógica, complejísima, la que sustenta los presupuestos del sistema funcional. Al referirse a la legitimación del saber «postmoderno», escribe Lyotard: «La pragmática social no tiene la simplicidad de las ciencias. Es un monstruo formado por la imbricación de clases de enunciados (...) heteromorfos. No hay ninguna razón para pensar que se puedan determinar metaprescripciones comunes a todos esos juegos de lenguajes y que un consenso revisable, como el que reina en un momento determinado en la comunidad científica, pueda comprender el conjunto de metaprescripciones que regulan el conjunto de enunciados que circulan en la colectividad». Desde el punto de vista jurídico, sin embargo, se establecen -ya dentro de la funcionalidad sociológica- *«vectores de dirección o sentido»* mediante los cuales la interpretación jurídica contribuye a la metamorfosis del derecho, desde su consideración primaria como instrumento de control social hasta su nueva y compleja funcionalidad como elemento de dirección social.

Esta estructura técnica de las ciencias modernas -donde la objetivación de la cultura ha pasado a dominar el concepto de naturaleza- produce un marco de circulación, cuya referencia es, exclusivamente, la de los significantes lingüísticos que facilitan la circulación. Pero como tal sistema técnico no parte de ningún principio estático que suministre postulados de valor; la circulación entre sus componentes, no se establece bajo un principio de indagación reflexiva sino tan solo entre flujos de información que organiza una compleja red telemática. Es evidente que el referido sistema no puede producir «sentido», en términos de valoración crítica, moral.

El valor de sentido se encuentra en su propia lógica relacional característica, que se especifica en su inexcusable determinación social. El «buen funcionamiento» se demuestra -en muchas ocasiones, con retórica e ideologemas *ad usum populi*- en la forma en que «el sentido» y «el valor» legitiman las operaciones jurídicas de reconocimiento ya reseñadas. Pero «el sentido» y «el valor» *se explican* no con las normas y los procedimientos jurídico-políticos, sino con

el equilibrio de los factores que garantizan la reproducción *global* del capital.

El constitucionalismo material -y la jurisprudencia constitucional- declaran a los derechos subjetivos fundamentales, efectivamente, como elementos de un «orden objetivo de valores». Sistema de valores que fundamenta aquellos derechos sobre la base de la unidad sustancial de valores -el ordenamiento social- que une los elementos subjetivos y los objetivos en una estructura que imposibilita la contradicción entre los fines individuales y las leyes generales de socialización. El papel direccional del derecho es aquí relevante, como factor de garantía dentro de la reseñada uniformidad lingüística sin que, por ello, se oscurezca la significación de la especificidad lógica del derecho. Del derecho, como sistema de signos y símbolos coactivos, que producen un tipo específico de decisión y de discurso social.

7. Hemos de destacar sobre este particular, en la última doctrina iuspublicista española, la glosa que el profesor García de Enterría despliega para la reivindicación del «nuevo» (o «auténtico») Derecho Constitucional normativo, como sustitución del «duvergerismo fármaco-político de la ciencia política».

En efecto, el conocido jurista español -que reivindica la especificidad del derecho, disociándolo, metodológicamente, de otros saberes «sociales», estructurados como «ciencias de la realidad» en general o, como sociología, en particular- se alinea decididamente en la dinámica del Derecho Constitucional «normativo». Para ello no duda en auxiliarse de la reforma constitucional francesa de 1974, que desarrolla la justicia constitucional para destacar el carácter de norma jurídica de la Constitución y, con L. Favoreu (L'apport du Conseil constitutionnel au Droit public», 1980), para hacer resaltar la reunificación -«el Derecho constitucional se *rejuridiza*»-, que significa poder sobrepasar la ciencia política, para poder llegar a la formulación del «Derecho de la Constitución».

Para Favoreu, «el objeto del Derecho Constitucional se extiende y retorna así a las fuentes: ya no es sólo un Derecho «institucional»; es también un Derecho «relacional» que, como en los orígenes, incluye las libertades y derechos fundamentales, como es el caso de otros países, tales como Estados Unidos y Alemania Federal».

Al hilo de estas argumentaciones, es menester acordar la importancia metodológica de desplazar la estéril tiranía de la ciencia política, pero en la forma y medida que nos permita descubrir *las articulaciones específicas del derecho y de las técnicas jurídicas* dentro de la unidad de significado de la constitutiva teoría del Estado. La especificidad del proceder jurídico no puede alcanzar el límite y la extensión

de su significado, si no es reconociendo sus mediaciones dentro del proceso de unidad de regulación social y política, La «realidad» jurídica -que no sólo comprende el ordenamiento-, es reconducible a la unidad regulativa de la ciencia; pero delimitando *la forma y la materia* de sus funciones.

En esta tarea de delimitación -dentro de un proceso de integración-, y teniendo en cuenta la apelación a los orígenes, es interesante recordar las observaciones de M. Hauriou, según las cuales -desde el punto de vista de los orígenes- la constitución social es previa a la constitución política, lo que viene a mostrar el modo de relación entre forma y contenido que es indicativo de la unidad entre el «ser» y el «deber ser» normativos.

Por lo mismo, pudo hablar Hauriou -con las debidas precauciones para el espíritu de la época en Francia-, del significado de la constitución política como eje de garantía de las libertades individuales -libertad y propiedad-, es decir, de la constitución social. A continuación, Hauriou señalaba la consecuencia lógica de este sentido estructural:

a) Las declaraciones de derechos son los textos constitucionales de la constitución social (del ámbito de la vida privada).

b) Los derechos individuales se convierten en instituciones constitucionales. (Précis de Droit Constitutionnel. Avertissement de la seconde édition, 1929).

Mediante estas precisiones puede establecerse que el problema, lejos de ser privativo de la recomposición unitaria del iuspublicismo, afecta a la auténtica significación de la contemporánea «teoría general del derecho». Desvelar la dimensión de este problema, pasa por resolver «une sorte de *mystère* qui demande explication»: *misterio* que consiste en comprender la correlativa conceptualización de los derechos individuales (libertades públicas), como derechos subjetivos de los individuos y como instituciones jurídicas objetivas en tanto que ideas con una realidad parcialmente independiente de las voluntades subjetivas («Précis», cit.; 2. ed., pág. 618).

Aquí aparece la ya transcrita «lógica relacional», característica del mundo contemporáneo, que establece los *«módulos» de circulación:* adaptabilidad; gobernalidad social; prevalencia del criterio de «lo razonable»; en suma, «validez empírica» de un derecho «relacional» que -más allá de las retóricas de su trascendentalismo normativo- renuncia a establecer «metaprescripciones comunes a todos esos juegos de lenguaje» (Lyotard). La «rejuridificación» señala como disfuncionales cualesquiera características que perturben la circulación y los ajustes técnicos, dentro del espacio de la constitución política material.

En consecuencia, hay que destacar las mediaciones teóricas que hacen posible la *relación orgánica de unidad* entre la «relacionalidad» y la «institucionalidad» del concepto del derecho. Clarificar, pues, las antítesis conceptuales que se hallan en la base del concepto contemporáneo de la constitución política material: las dualidades entre legalidad y legitimidad; entre la racionalidad normativa y el «empirismo de la ideología» y, en definitiva, el *«mystère»* de la separación entre la esencia y la garantía de los derechos subjetivos fundamentales.

El «misterio» de los derechos vincula la existencia individual a la institucional y recompone el «deber ser» normativo de su primigenia libertad civil, burguesa, a través de la existencia de la institución: organización jurídica que tecnifica la especificación de aquellos derechos. Esta tecnificación evidencia la disociación ya transcrita entre *la esencia* del derecho -*el contenido* inducido de la unidad de la materia social como objetivación externa-, y *la garantía* del derecho, en cuanto técnica de legitimación indeterminada; esta indeterminación se concreta en función de un contenido que se produce al margen de la subjetividad individual. [Si seguimos la metodología de A. Muralt, esta distinción entre la garantía y la esencia de los derechos fundamentales -art. 53.1, CE- recrea la propia separación que se desprende del pensamiento medievalista cartesiano entre la *«libertad de ejercicio»* y la *«libertad» de especificación* (En la cuarta Meditación Metafísica, «De lo verdadero y de lo falso»)].

Todos los elementos de estas transformaciones tienen también su referencia obligada en la crisis que, desde Weimar, afecta a la propia estructura o bloque de legalidad. Como ya se ha indicado, esta crisis determinaba las formas de conversión de las técnicas del Estado Liberal en aquellas otras propias del Estado burocrático, técnico-administrativo. Las nuevas funciones son percibidas en el iuspublicismo como la totalización normativa -jurídico constitucional-, de todo el espacio político, superando la vieja indagación de la filosofía política. Sin embargo, lo que se percibe técnicamente como *juridificación* se desconecta del proceso global de racionalización que determina el sentido de la constitución material y las reseñadas nuevas funciones que lo acompañan: constitucionalización de la gobernabilidad social de la economía y la constitucionalización administrativa de la política.

Esta interconexión forzosa -como estructura material que identifica Estado y sociedad- reproduce jurídicamente la constitución social como ya resaltara Hauriou. Los derechos subjetivos fundamentales *se integran* -como cualquier otra categoría técnico-jurídica-, en la conceptualización *normativa* de un orden de valores.

En esta estructura normativa, la fuente del derecho deriva del conjunto de fuerzas sociales que construyen, por sí mismas, las expresas manifestaciones jurídicas y la jerarquía de su existencia. Se trata, como señala Negri, de un proceso evidentemente formal, pero caracterizado sobre la base de su momento fundacional; en consecuencia, se expresa de forma constante su contenido histórico-positivo. Se trata del significado de la constitución material sobre el que escribe Negri: «la integración (la segunda), revela su cara positiva: lleva a la luz la totalidad de las relaciones sociales, las positiviza de manera concreta y, al margen de toda nostalgia por la espontaneidad, consigue unificar y configurar unitariamente el acto materialmente productivo del derecho». Aquí se evidencia el carácter evanescente de cualquier ley que, sin integrarse en el sistema jurídico, aspire a ejercitar, exclusivamente, la función de garantía de la libertad y la propiedad; también la integración del principio de distribución en la estructura político-estatal, convirtiéndose en una referencia exclusivamente ideológica.

8. La diferencia de los sistemas jurídico-políticos que hemos considerado, pone de relieve -según la feliz expresión de Forsthoff-, *«la mala pasada que se ha jugado a los derechos fundamentales»*. En efecto, éstos pasan a ser considerados ahora como derechos fundamentales *positivos:* principios positivos o positivación de valores como consecuencia de haber sido subsumidos en la técnica normativa de su consideración valorativa. Se produce, pues, la quiebra de la legalidad inmanente propia de la primera forma teórica de los derechos fundamentales.

Como indica Forsthoff, se produce una metamorfosis desde los derechos de libertad hasta el *concepto de normas obligatorias en conexión con la relación social.* Esto comporta, a su vez, un cambio en el proceso de interpretación: ahora se convierte en el mecanismo técnico-interpretativo de la relación social general.

Desde el punto de vista político, esta transformación supone la unión del principio liberal con el principio democrático (art. 1.1 CE); desde el punto de vista jurídico, supondrá la *«crisis de legalidad»*.

Esta crisis se expresará en el doble sentido que adoptará el concepto de los derechos subjetivos fundamentales. Por un lado, dentro de la estructura de la socialidad general, esta categoría jurídica ejercerá la función regulativa del ámbito de la libertad individual -con el matiz que incorpora la cláusula de la «reserva legal»-, al margen de la intervención del Estado; por otro lado, dicha función se desarrollará bajo la protección absoluta de la soberanía del Estado. Según Carl Schmitt, esta dualidad tendrá como consecuencia la desnaturalización político-legal tanto del principio liberal como el principio democrático.

Todas las transformaciones históricas que nos sirven de referencia -la crisis del Estado parlamentario-liberal y el sustancial cambio de las relaciones de producción entre 1880 y 1929; crisis económica, industrialización e imperialismo- operan, efectivamente, una crisis de la legalidad; crisis que expresa «un cambio en la función de la ley» (F. Neumann). Cambio legal que toma cuerpo en el trasvase que se efectúa desde la ley general hasta las *medidas concretas del soberano;* desde el concepto de ley formal racional hasta el concepto de *ley política*.

Toda esta situación técnica está caracterizada, precisamente, por la distinción entre la *ley formal racional* -que constituye la base de toda la *«idealidad normativa»; «ratio» versus «voluntad»*-, y la *ley política de contenido material,* que remite a la separación entre legalidad y legitimidad o, lo que es lo mismo a la época de las medidas concretas, de las «leyes medidas» -*«Massnahme-Besetze:* verdadera *«ration essendi»* del Estado administrativo-; o los «decretos-leyes» como expresión de la legitimación alargada del poder estatal.

Esta distinción capital -expresión de tantas separaciones- es puesta de manifiesto por Forsthoff, cuando afirma que «las transformaciones sociales no afectan a la libertad en cuanto tal, sino que limitan las condiciones de su ejercicio». Si tenemos en cuenta, por un lado, la disociación entre legalidad y legitimidad y, por otro, las construcciones teóricas de Hauriou y Schmitt sobre la «institucionalización de los derechos fundamentales», nos encontramos con una conceptualización de los derechos fundamentales -«el privilegio», según Forsthoff-, como un resultado de la conexión casual entre hechos sociales; en otras palabras, una objetivación social realizada, *«a posteriori»* de cualquier precondicionalidad normativa -por ejemplo, la igualdad jurídica cualificada sobre la base de hechos sociales objetivos y regulada por la naturaleza normativa del decreto-ley-. Desde el punto de vista de la teoría política, todo lo anterior halla su correspondencia en la posibilidad de distinguir entre la constitución y la realidad constitucional.

Los derechos fundamentales, como categoría jurídica, se transforman en funciones de parámetros sociales -no constitucionales-, aunque se formalizan como garantías. Según la teoría institucional -en la cual la subjetividad aparece como personificación de la idea objetiva-, «los derechos y deberes no se vinculan ya con la voluntad de personas legalmente iguales, sino más bien con hechos objetivos. Lo decisivo ahora es la posición que ocupa el hombre en la sociedad» (E Neumann). En el mundo contemporáneo -época de la constitucionalización material del trabajo y de la autovalorización social del capital como elemento de igualación formal dentro de la sociedad-, la ciencia jurídica, y la misma categoría de los derechos subjetivos

fundamentales, se subsumen en un proceso dependiente de los ritmos constitutivos del poder, identificando sus desarrollos -desde la unidad de la ciencia social- y coadyuvando en la doble tarea de la interpretación y la fijación reproductora de los límites globales del sistema.

9. Los derechos subjetivos fundamentales han perdido su idílico estatuto de derechos de autodeterminación privada e individual, para configurarse como derechos de participación en el proceso de planificación de las necesidades sociales. Como ya se ha indicado, la posición de los sujetos en la estructura social, altera sustancialmente el alcance y contenido de esa participación, disociada de la garantía del ejercicio de esos mismos derechos.

Para la ciencia del derecho -como *«scientria iuris»,* ampliamente reflexiva (Orestano)-, lo importante es ahora la *reestructuración positiva del positivismo;* la instrumentación positiva del dogma de la ley en el ámbito del Estado social de derecho. En definitiva, hablamos de *mecanismos de integración:* un sistema de producción jurídica que recompone, de forma permanente, el conflictivo equilibrio entre mandato y consenso, entre «reglas» y «hábitos» (Hart); se trata de una forma de ordenamiento jurídico que se desarrolla de manera difusa, pero expansiva, hasta recubrir la totalidad de la forma social.

En efecto, si queremos comprender, con rigor, *«la mala pasada que se ha jugado a los derechos fundamentales»* -en la citada expresión del juez Forsthoff- no se puede olvidar la presión a que fue sometida dicha categoría por las sucesivas *fases de integración* -a las que ya nos hemos referido brevemente- que transcurren desde la integración -no constituyente- de aquellos derechos en la estructura histórica del «antiguo régimen», hasta una nueva forma de «lo político» en la que la legalidad se halla directamente referida a lo social.

Significación jurídica integradora, que se observa en la transformación que se desarrolla desde los «derechos-deberes» hasta *los valores* (superiores). La concreción de estos *«valores»* se realiza a través del *principio organizativo* -división de poderes-; el *principio hermenéutico,* como forma de interpretación y de la subsiguiente homogeneización del ordenamiento, y el *principio de la soberanía* (según el criterio de la Reforma Constitucional).

Se constata, asimismo, esa función jurídica integradora para la vigente Constitución española; en la funcionalidad de los «derechos-deberes» *(valores),* con respecto a determinados axiomas *preconstitutivos* -es decir, pertenecientes a la historia político-jurídica del régimen franquista-; por ejemplo axiomas del «orden político y la paz social» (art. 10.1. CE., en relación a la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, en cuyo art. V se destaca la técnica del ejercicio

de los derechos fundamentales y su funcionalización a las adjetivaciones políticas y económicas del «orden público y la paz social».

Significación integradora, en definitiva, que es una exigencia de la unificación fundamentadora del proceso económico y sus correspondientes ajustes funcionales al «contenido esencial» de los derechos fundamentales. Dicho «contenido esencial» pasa a convertirse -en virtud del art. 53.1, CE.,- en un parámetro de base para toda la producción normativa que afecte a derechos fundamentales. En consecuencia, los *derechos subjetivos fundamentales se hallarán limitados por el propio contenido esencial de los mismos;* contenido esencial, en efecto, que nunca vendrá determinado por la existencia de la garantía de la subjetividad individual. [Verbigracia: desde el derecho de huelga hasta el derecho de propiedad sobre el suelo edificable según la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre «Reforma de Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo», modificada, posteriormente, por R. D. Legislativo 1/1992, de 26 de junio (B.O.E. 30-6-92), en donde se advierte claramente la «configuración básica de un derecho fundamental» regulado según la técnica instrumental de una forma de legalidad que caso por caso intenta afrontar con igualdad los viejos problemas que ahora se suscitan en la racionalidad jurídica entre el derecho subjetivo de la propiedad privada, el interés general del suelo por parte de los poderes públicos y las plusvalías urbanísticas afectantes a la comunidad (Introducción). En base a la técnica de la Reserva Legal del art. 53.1, C.E., se trata, por remisión delegativa, de la constitución de un modelo subjetivo cuya *esencialidad* se desvincula de la propiedad subjetiva y se afecta *esencialmente* a los fines del ordenamiento estatutario urbanístico como facultades fundamentales del *ius aedificandi* en cuanto derechos y deberes distribuidos por la legalidad del Planteamiento. En definitiva, hundimiento de la técnica jurídico-liberal, C.C., art. 348 a 350, y predominio absoluto de la técnica jurídico-administrativa cuya subjetividad esencial reside en los derechos-deberes urbanísticos: derecho a urbanizar, derecho al aprovechamiento urbanístico, derecho a edificar y, por fin, el derecho a la edificación (vid., al respecto, Rico Fernández, J. C., Rvta, Catastro, Centro de gestión catastral y cooperación tributaria, Madrid, año 11, nº. 7, 1991, págs. 38, 39)].

La estructura técnica, teórica, de estos procesos de integración producen una específica *«ideología integradora»* -desde el derecho hasta los «operadores jurídicos»-, como elementos de una lingüística, general y operativa, que trabaja sobre las nuevas realidades con los viejos supuestos del mundo jurídico liberal. En la funcionalidad lógica e ideológica de los derechos fundamentales, resulta esencial poner de manifiesto *la absoluta configuración jurídica de las instancias de mediación;* en efecto, tratándose de la constitucionalización

global del trabajo, los análisis se sustentan sobre la constante hipostasis entre los requerimientos de la relación social general y las categorías de la antigua metafísica política del liberalismo burgués. (Ordenada sobre la preexistencia, lógica y temporal, de los derechos subjetivos; el derecho de propiedad era la categoría central de la «sociedad civil»).

10. La pérdida de *contenido sustancial* de los derechos subjetivos fundamentales se encubre tras el incremento de su *virtualidad ideológica*. Las antiguas ideologías ilustradas constituyen, teóricamente, la sustancia de los derechos; desde la razón, se deduce la igualdad jurídica, técnicamente, las dimensiones empíricas del orden social, en la dirección de su conservación y reproducción.

Si hablamos de transformación del Estado de Derecho -según U. K. Preuss, siguiendo el pensamiento de Hesse-, lo hacemos evidentemente porque su definición como «sistema de recursos técnico-jurídicos que garantizan la libertad en los términos de la ley» (Forsthoff) -como sistema limitador y delimitador de los poderes públicos-, no se ajusta ya a la realidad histórico: en el derecho, sin embargo, sus categorías sobreviven como referencias privilegiadas de toda la simbólica de las garantías.

En la nueva estructura legal, los derechos fundamentales pasan a ser *la sublimación de la sustancialidad de los intereses individuales por garantizar.* (Negri). El concepto de ley asume, *de manera conjunta,* la organización de la validez y la eficacia. La validez de la ley ya no está exclusivamente referida al ordenamiento, como algo «específicamente normativo» (Kelsen). Toda la producción normativa está mediada socialmente; subsume en su circulación técnica, *«la fuerza normativa de los hechos»*(Jellinek).

La propia noción de legalidad no es funcional a la tutela de los intereses singulares contemplados en los derechos; por el contrario, formaliza esos mismos derechos a través de la intervención, activa y positiva, en la realidad social para construir directamente su orden: «normalizando» los antagonismos y diluyendo lo «excepcional» en la continua circularidad del ser social. *De la ley al derecho:*«el derecho se convierte en un subsistema del sistema social, al que se atribuye la función de despolitizar el conflicto -los conflictos de «dominio» se reducen a conflictos de «mando» (Agnoli)-, y canalizarlo por el conducto de los procedimientos jurisdiccionales (Barcellona).

El Estado social hace de *toda* la sociedad el *«medium»*de la apropiación, cambiando el objeto de la explotación en *«sujeto» de la gestión de la acumulación social.* El resultado, según Negri, será el reformismo político de una estructura jurídica ordenada sobre los principios de libertad, igualdad y sociabilidad; como *elementos ideológicos*

de la forma que desliga una socialidad caracterizada en los viejos términos iusnaturalista de la retórica constitucional.

Carl Schmitt escribía, en 1972, que los derechos subjetivos fundamentales -en su formulación política y técnico-jurídica contemporánea- eran deudores y herederos de la crisis ideológica del Estado burgués de derecho y la quiebra de las correspondientes categorías jurídicas y políticas. La crisis produjo una indeterminación lingüística, de tal alcance, que originó, no sólo el desconocimiento de la relación entre la teoría del Estado y el derecho constitucional, sino también, *la permanencia ideológica de los viejos conceptos para las nuevas realidades.*

La crisis de alcance del racionalismo occidental, se ha transformado en la crisis de la modernidad; por tanto en una crisis «permanente», larvada, que expresa el *«fraccionamiento del universal...* y el declive actual de los relatos de legitimación sean éstos tradicionales o «modernos» (Lyotard). En este clima cultural de «incredulidad con respecto a los *metarrelatos»* -de permanente «transmutación de valores», como valores de cambio- se produce la unión del lenguaje de las viejas categorías con la moderna técnica administrativa.

Aquellas venerables categorías, liberales e ilustradas, se hallaban subsumidas *formalmente* en el proceso económico; ahora, sin embargo, la estructura jurídica se encuentra subsumida *materialmente* en la producción; en la actualidad, cuando la producción se ha hecho social, todo es productivo (Negri). También, desde luego -como función importantísima-, el derecho como organización técnica, avalorativa, que garantiza el futuro en la reproducción permanente del presente. En consecuencia, el moderno concepto del derecho puede situarse en la dinámica dialéctica de *la legítima valorización de todo lo nuevo, sin partir de ningún principio de valor.*

Este proceso expresa la separación entre las realidades conceptuales de la legalidad y la legitimidad y verifica el sustancial cambio de naturaleza de los derechos subjetivos fundamentales: de artificios técnicos, para la garantía de las esferas de la libertad y la propiedad pasan -en su consideración como derechos públicos subjetivos- a ser *derechos funcionales* tutelados por el ordenamiento jurídico del Estado.

La *directa relación entre la legalidad y la socialidad* expresa esa intensa transformación de los derechos en *la separación entre la esencia y la garantía* de los mismos: el «contenido» se objetiviza socialmente paralelamente a la garantía, que permanece en el sistema de recursos jurisdiccionales. La garantía cobra una nueva dimensión funcional: la que le proporciona un contenido que no es subjetivo, sino que, por el contrario, se halla objetivado técnicamente. Este proceso se expresa con arreglo a un *orden de valores que la subjetividad individual interioriza como deberes jurídicos.*

BIBLIOGRAFÍA

Agnoli, J., «La transformación de la democracia», México, 1791.
Barcellona, P., «I soggetti e le norme», Milano, 1984.
– «Postmodernidad y Comunidad. El regreso de la vinculación social», Torino, 1992.
Bobbio, N., «Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto», Milano, 1977.
Bonnard, R., «Les droits publics subjectifs des administrés», Revue du Droit Public, París, 1932.
Capograssi, G., «La ambigüedad del Derecho contemporáneo», en VV.AA., «La crisis del Derecho», Buenos Aires, 1961.
Cesarini Sforza, W., «Idee e problemi di filosofia giuridica. V. Avventure del Diritto soggettivo», Milano, 1965.
Dabin, J., «Droits subjectifs et subjectivisme juridique», Archives de Philosophie du Droit, T. IX, París, 1964.
De Muralt, A., «Kant, le dernier occamien. Une nouvelle définition de la philosophie moderne», en Revue de Metaphisique et de Morale, nº. 1, 1975.
– «Souveraineté et Pouvoir», en «La structure de la philosophie politique moderne: d'Occam a Rousseau», Cahiers de la Revue de Théologie et de Philosophie, Ginebra, 1978.
Eisenmann, Ch., «Une nouvelle conception du droit subjectif. La théorie de M. Jean Dabin», Revue du droit public et de la science politique, París, 1954.
Favoreu, L., «L'appot du Conseil constitutionnel au Droit publuic», Rev. «Pouvoirs», nº. 13, junio, 1980.
Forsthoff, E., «Sociedad industrial y Administración pública», Madrid, 1967.
– «El Estado de la sociedad industrial», Madrid, 1975.
Gallego Anabitarte, A., «Derechos fundamentales y garantías institucionales: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial (Derecho a la educación; Autonomía local; Opinión pública), Ed. Civetas, S.A. - Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1994.
García de Enterría, E., «La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional», Madrid, 1981.
Giannini, M. S., «El Poder público. Estados y Administraciones públicas», ed., Civetas, Madrid, 1991.
Guastini, R., «Le fonti del diritto e l'interpretazioni», Giuffrè, Milano, 1993.
Hart, H. L. A., «El Estado de Derecho», Buenos Aires, 1963.
Hauriou, M., «Les principes de Droit public», París, 1910.
– «Précis de Droit constitutionnel», París, 1929 (2ª. ed.).
Jellinek, G., «Sistema dei diritti pubblici subbiettivi», Milano, 1912.
– «Teoría General del Estado», Buenos Aires, 1973.
Kant, I., «Lo bello y lo sublime», «La paz perpetua», Madrid, 1946.
– «Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres», Madrid, 1946.
– «Filosofía de la historia», México, 1981.

– «La Metafísica de las Costumbres», Madrid, 1989.
Kelsen, H., «Teoría general del derecho y del Estado», México, 1949.
Lyotard, J. F., «La condición postmoderna», Madrid, 1989.
Luhmann, N., «Sistema jurídico y dogmática jurídica», Madrid, 1983.
– «La differenziazione del diritto», s.e. Il Mulino, Bologna, 1990.
Mortati, C., «La Costituzione in censo materiale», Milano, 1940 (1ª. ed.).
Negri, A., «L'empirismo dell'ideologia. Sull'ultimo libro di Norberto Bobbio», Rvta. Critica del Diritto (Stato e conflitto di clase), Milano, 1977.
– «Marx oltre Marx», Milano, 1979.
– «Fin de siglo», Barcelona, 1992.
Neumann, F., «El Estado democrático y el estado autoritario» (Ensayo de Teoría Política y Legal), ed. Paidós, Buenos Aires, 1957.
Orestano, R., «Edificazione del Giuridico», s. è Il Mulino, saggi 354, Milano, 1989.
Passerin d'Entreves, A., «Derecho Natural», Aguilar, Madrid, 1972 (1ª. ed.).
Preuss, U. K., «El concepto de los derechos y el Estado de bienestar», en VV.AA., «Problemas de legitimación en el Estado Social», Madrid, 1991.
– «Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des Subjektiven Rechts», Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1979.
Rawls, J., «Justice et Démocratie», Edtns. du Seuil, París, 1993.
Rossi, P., «Cours de Droit Constitutionnel», Oeuvres completes, 4 vols., ed. M. P. Parée, París, 1966.
Rubio Llorente, F., «La forma del Poder. Estudios sobre la Constitución» (Rango de Ley, fuerza de Ley, valor de Ley. Sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución), C.E.C., Madrid, 1993.
Schmitt, C., «Teoría de la Constitución», Madrid, 1934.
– «Legalidad y legitimidad», Madrid, 1971.
– «Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichverfassung», en «Das Problem des Hürters der Verfassung und der verfassungsrechtlichen Garantien», Berlín, 1973.
Smend, R., «Constitución y Derecho Constitucional», C.E.C., Madrid, 1985.
Weber, M., «Orden jurídico y Orden económico», en «Economía y Sociedad», págs. 251-273, México, 1944.

DOXA 15-16 (1994)

UNA APROXIMACIÓN GARANTISTA A LAS FUENTES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Introducción

El denominado sistema de fuentes de los derechos fundamentales propone diferentes niveles de aproximación teniendo en cuenta que, en esta materia, nos encontramos ante todo un «rompecabezas de datos constitucionales»[1]. Desde estas líneas, y dada la lógica limitación espacial a la que debe responder un artículo situado junto a otros numerosos autores que tienen la oportunidad de rendir un justo homenaje al profesor Elías Díaz, intentaré hacer un esbozo del acercamiento a dicho sistema de fuentes desde una perspectiva garantista. Entiendo que puede ser una sugerente fórmula, susceptible de ser recogida a la vista de la configuración constitucional de los derechos fundamentales. En este trabajo intentaré exponer cuales son los datos del esquema garantista de los derechos fundamentales.

Para ello es ineludible el planteamiento de una serie de problemas, que los especialistas consideran cuestiones no pacíficas, y el tratamiento de algunas de las claves para un adecuado enfoque de este tema. De lograr exponer con cierto orden este conjunto de elementos y su engarce en el sistema de fuentes de los derechos fundamentales, a la vista de los textos jurídicos, dependerá el alcance y coherencia de esta aproximación garantista.

Aproximación a las fuentes desde los niveles de identificación de los derechos fundamentales

En primer lugar contamos con la Constitución como primer texto por su jerarquía normativa respecto al conjunto del Ordenamiento

[1] En expresión significativa de Lorenzo Martín-Retortillo en la obra *Régimen Constitucional de los derechos fundamentales*. En L. Martín Retortillo e I. de Otto, *Derechos fundamentales y Constitución,* Civitas, Madrid, 1988, pág. 25.

jurídico. Sobre su capacidad de vinculación el art. 9.1 de la Constitución española de 1978 (C.E. en adelante) afirma: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico». Numerosas sentencias del Tribunal Constitucional (TC en adelante) incorporan sus consecuencias bajo diferentes materias para reafirmar la capacidad de aplicabilidad directa de la C.E. de manera directa. Así la STC 21/1981, de 15 de junio reconoce al texto constitucional como «norma suprema directamente aplicable» y en STC 76/1983, de 5 de agosto la «capacidad de vincular al legislador», así como la STC 16/1982, de 28 de abril recoge la capacidad de ser «alegable directamente ante los tribunales». Sobre el valor normativo y su condición de texto directamente aplicable hay que considerar la trayectoria que en torno a la Constitución se ha mantenido sobre la materia. Además de las consideraciones generales que al principio de este trabajo hemos realizado sobre la ley y su visión decimonónica, hasta hoy llegan los ecos de interpretaciones no compatibles con las anteriores afirmaciones jurisprudenciales y del tenor del propio art. 9.1 de la C.E. Frente a ellas opiniones como la de Luis Prieto sintetizan el «iter» de dichas proyecciones: «Nuestra Constitución, aunque sin duda satisface esta función de «norma normarum», ha sabido recuperar también el verdadero significado de la idea constitucional, superando los planteamientos políticos decimonónicos, que concebían la Constitución como la norma reguladora de la vida»interna» del Estado, condición necesaria de la unidad del Ordenamiento, pero no fuente del Derecho en sentido propio». De ahí que la Constitución española quiera presentarse no sólo como fuente sobre la producción jurídica, sino como una auténtica fuente de derechos y obligaciones; norma jurídica que, además de fundamentar la unidad y validez del Ordenamiento, se integra resueltamente en él»[2].

La visión anterior supone la directa capacidad que tendrán los derechos fundamentales incluidos en la Constitución (ya veremos que con diferente alcance dentro de la gradación que aparece en los diversos niveles del Título I) y de ello depende su enorme trascendencia. Serán normas de estructura o de competencia en la terminología de Bobbio[3] o normas secundarias en la terminología de

[2] Prieto Sanchís. L., *El sistema de protección de los derechos fundamentales: El artículo 53 de la Constitución española,* Anuario de Derechos Humanos, nº. 2, Madrid, 1983, pág. 380.

[3] Bobbio, N., *Teoría General del Derecho,* edición castellana de E. Rozo Acuña, Temis, Bogotá, 1987. Reed. en Debate, Madrid, 1991. Comprende dos trabajos de Bobbio: *Teoria della Norma Giuridica,* Giappichelli, Turín, 1958; y *Teoria dell'Ordinamento Giuridico,* Giappichelli, Turín, 1960, pág. 151.

Hart[4], dado que son preceptos que «que prescriben las condiciones y los procedimientos mediante los cuales se dictan normas de conductas válidas», ya que van dirigidas a los poderes públicos. Así el artículo 53.1 de la C.E. afirma: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo 11 del presente Título vinculan a todos los poderes públicos». Si entendemos estas normas secundarias de manera que permitan la conciliación con una fórmula mixta[5], esto es, normas que puedan ser primarias[6] en determinados aspectos por ser normas de conducta directamente dirigidas a los ciudadanos además de su condición de normas secundarias -o de estructura o competencia-, podemos asumir la dimensión compleja de los preceptos que regulan los derechos fundamentales. El análisis de su entramado en el texto constitucional nos permitirá estudiar el sistema de las fuentes de los derechos fundamentales y debido a ello, nos detendremos más adelante con mayor atención. Tan sólo adelantar aquí que el denominado sistema mixto[7], caracterizado por regular los derechos

---

[4] Vid. Hart, H. L. A. *El concepto de Derecho.* Versión castellana de Genaro R. Carrio, Editora Nacional, México, 1980, pág. 99 y ss.

[5] No parece así en la definición de Bobbio. ya que el texto citado especifica previamente «aquellas normas que no prescriben la conducta que se debe o no observar, sino que prescriben las condiciones y los procedimientos mediante los cuales se dictan normas de conducta válidas». Obra citada, pág. 150.

[6] Son primarias en tanto que directamente establecen la conducta que puede ser tutelada en caso de no respetarse por los poderes públicos, y más discutidamente como veremos más adelante respecto a la *Drittwirkung* -la tutela frente a particulares-. El art.53.2 de la C.E. establece la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª. del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios «por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30».

Hay que añadir que podemos entender que también cabe el doble recurso ante la jurisdicción ordinaria y ante la constitucional para el art. 30 merced a lo establecido por la Disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que entiende que el ámbito de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona quedaba ampliado a todos los derechos y libertades reconocidos en el art. 53.2 de la C.E. Así la objeción de conciencia contaría con la protección del doble recurso ante ambas jurisdicciones además del recurso de amparo. Vid. en este sentido Prieto Sanchís. L., *Estudios sobre derechos fundamentales,* Debate, Madrid, 1990, pág. 106, nota nº. 21.

[7] Término utilizado en el sentido de G. Peces-Barba en su obra *Derechos Fundamentales,* Latina Universitaria, (1ª. ed. 1973), terc. ed. Madrid, 1980, págs. 138 y ss. Otra posible acepción, dentro de los modos de positivación de los derechos fundamentales de sistema mixto está en A. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales,* Técnos, Madrid, 1984, pág. 58, cuando se refiere a grandes principios o postulados sobre los derechos fundamentales en los preámbulos de las Constituciones y el posterior desarrollo sistematizado en el articulado del texto constitucional. También alude al sistema mixto cuando la formulación de los derechos fundamentales se hace desde cláusulas o postulados generales junto a normas casuísticas o específicas.

fundamentales a través de la doble vía de la Constitución y de leyes de desarrollo, permite hablar de normas secundarias en algunos casos que exigen su posterior desarrollo para poder convertirse en verdaderos derechos subjetivos con la tutela completa prevista para los derechos fundamentales, como es el caso de los principios rectores de la política social y económica, regulados en el Capítulo III del Título I[8].

La tercera característica, relevante para la teoría de las fuentes es que además de emanar los derechos fundamentales de normas primarias y secundarias, es que nos hallamos ante verdaderas normas de identificación de carácter material. Esto es posible merced a su vinculación material respecto a los valores propugnados en el art. 1.1 de la C.E. -libertad, justicia, igualdad y pluralismo político-, de los que suponen un desarrollo, e igualmente respecto al punto de arranque de los derechos fundamentales en el artículo 10.1 de la C.E.: «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». El Tribunal Constitucional pronto entendió los derechos fundamentales como prolongación del sistema de valores y principios. Así la STC de 15 Junio de 1981 afirma: «los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que (...) han de informar todo nuestro Ordenamiento jurídico»[9].

Peces-Barba recoge los rasgos que el Ordenamiento jurídico debe mantener para que pueda acoger un sistema de derechos fundamentales en su seno y en el segundo de los rasgos aparece «una norma básica formal y material de identificación de normas, que señale los criterios de validez de éstas como pertenencia al Ordenamiento. Desde el punto de vista jurídico esta norma es la norma fundamental y suprema del sistema jurídico. En ella además de los criterios formales sobre quién manda, órganos competentes para la producción jurídica, y como se manda, procedimientos establecidos para esa producción, se fijan los criterios materiales, que se refieren a los contenidos de las restantes normas, a sus requisitos mínimos y a sus límites. Es la respuesta a la pregunta ¿qué se manda?»[10]. Desde esta

---

[8] Su capacidad de «informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» que determina el art. 53.3, así como su posible aplicación directa en tribunales ordinarios, exige un posterior comentario que reconozca el alcance exacto de su reconocimiento, que más adelante veremos.

[9] Vid. el comentario que bajo el epígrafe «el alcance normativo de los derechos fundamentales formulados como valores y principios» hace Pérez Luño, en *Los derechos fundamentales.* Obra citada, págs. 61 y ss.

[10] *Curso de Derechos Fundamentales (II)*. En colaboración con Rafael de Asís Roig y Ángel Llamas. En preparación, Cap. II, «El sistema jurídico de los derechos fundamentales: los rasgos de su identificación», pág. 3 del original.

perspectiva los derechos fundamentales son un subsistema que mantiene los criterios de identificación material del sistema y de conformidad con Raz podemos entender «que la norma básica material concreta o identifica a las normas en dos sentidos, exigiendo criterios de dirección (guiding) o criterios de limitación (limiting). Los primeros señalan objetivos a conseguir y los segundos especifican peligros a evitar»[11]. Los derechos fundamentales desde su formulación en los textos de las colonias americanas, desde la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, en la génesis liberal que permite la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el posterior asentamiento en el Estado social y democrático de Derecho, han sido la expresión por un lado de los límites al poder, y superada la fase exclusivamente liberal y de sacralización de la ley, se han situado en sede constitucional en los ámbitos en los que se señalan precisamente los objetivos a seguir, dejándolos fuera incluso de las manos del legislador. Así responden adecuadamente a los criterios de limitación y de dirección exigidos por la norma de identificación material[12].

El primer problema para conjugar esta aproximación con una descripción de las fuentes de los derechos fundamentales, se encuentra en delimitar claramente a qué nos referimos cuando hablamos de derechos fundamentales en la Constitución.

¿Qué derechos fundamentales?

Existen varias posiciones para establecer la extensión de los derechos fundamentales. Las diversas alusiones que aparecen en la Constitución a derechos, derechos fundamentales o derechos constitucionales hacen enfrentamos una primera dificultad. El epígrafe del Título Primero se denomina «de los derechos y deberes fundamentales», el correspondiente al Capítulo II, «Derechos y libertades», con la referencia del art. 53.1; el epígrafe de la Sección Primera del Capítulo II del Título I, «de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», sobre el que se centra el art. 53.2, y la Sección II

---

[11] Raz, J., *The Concept of a Legal System. An introduction to the Theory of a Legal System,* Clarendon Press, 1ª. Ed., Oxford, 1970. Se maneja la reimpresión de 1983 correspondiente a la segunda edición de 1980. Hay versión castellana de R. Tamayo, U.N.A.M., 1986, pág.

[12] Vid. en el mismo sentido Juan José Solozábal Echavarría, *Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales,* Revista de Estudios Políticos, nº. 71, Enero-Marzo 1991, págs. 88 y s. En este artículo se repasa en diferentes niveles desde los que los derechos fundamentales funcionan como normas que cierran el sistema.

del mismo capítulo que se refiere a los «derechos y deberes de los ciudadanos», situándose las garantías y las condiciones de la suspensión en los capítulos IV y V respectivamente, toda vez que el capítulo III está dedicado a esa especial clase de preceptos denominados «principios rectores de la política social y económica». En concreto el art. 149.1. Iº. de la C.E. habla de la «regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales», sin especificar estrictamente a qué derechos y deberes se refiere, o el art. 104.1 en el que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deben «proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades» sin concretar igualmente su sede. En ocasiones sí se acompaña la expresión a su localización, como el art. 13 cuando en referencia a los extranjeros entiende: «Las libertades públicas que garantiza el presente título», o con una residencia amplia en el art. 10.1: «Relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce», o el art. 86.1 «los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I». Las concreciones de los derechos fundamentales se sitúan de manera parecida con categorías de derechos diferentes; así la C.E. en el art. 9.3 habla de «derechos individuales», de «derechos políticos» en el art. 65.5, de «derechos inviolables que son inherentes a la dignidad de la persona» en el art. 10.1, de «derechos fundamentales y libertades públicas» en el art. 81, o de «derechos humanos» en su Preámbulo. En esta pluralidad de referencias el Tribunal Constitucional ha realizado una significativa y controvertida distinción entre derechos constitucionales y derechos fundamentales, Así la sentencia 160 /87 de 27 de Octubre, recurre a dos argumentos, uno formal y otro material para dejar fuera del carácter de derecho fundamental a la objeción de conciencia. En lo que nos interesa ahora hay que destacar que el criterio formal alude a los derechos fundamentales como los comprendidos en la Sección I del Capítulo II del Título I. El TC ya había utilizado de manera indiscriminada «derechos constitucionales» y «derechos fundamentales»[13] y no parece bastarle con dicho criterio y ensaya una segunda fórmula, de carácter material, que combina con la primera al entender que es «un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema en su art. 30.2, protegido, sí, por el recurso de amparo (art. 53.2), pero cuya relación con el art. 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental. A ello obsta la consideración de que su núcleo o contenido esencial -aquí su finalidad concreta- consiste en construir un derecho a ser declarado exento del deber general de prestar el servicio militar (no simplemente

[13] En la STC de 8 de Abril de 1981 (fund. 9 y 10) relativa al Derecho de huelga.

a no prestarlo) sustituyéndolo, en su caso, por una prestación social sustitutoria»[14].
Destaca Cruz Villalón, en relación con lo anterior, dos elementos interesantes: en primer lugar que «los derechos fundamentales son una categoría dogmática del Derecho constitucional. Allí donde no hay Constitución (y habrá que ver si cualquier Constitución vale)[15] no habrá derechos fundamentales. Habrá otras cosas, con seguridad más importantes, derechos humanos, dignidad de la persona; habrá cosas parecidas, acaso igual de importantes, libertades públicas francesas, derechos públicos subjetivos alemanes; habrá, en fin, cosas distintas, como fueros o privilegios, pero no habrá derechos fundamentales[16]. En segundo lugar, y más importante respecto a nuestra labor en este punto, la identificación de los derechos fundamentales con los detallados en el Capítulo II del Título I de la C.E.[17]

Respecto a la primera afirmación creo que tiene razón Luis Prieto[18] al rechazar esta visión no respetuosa con otros fenómenos jurídicos, con caracteres de derechos fundamentales que se plasmaron en textos diferentes a una Constitución. Es el caso de la Tercera República Francesa, cuyo conjunto de Leyes Fundamentales suplieron la labor de la Constitución a estos efectos, y dotó de un cuerpo de materias con virtualidad de derechos fundamentales y una eficaz custodia de las mismas a pesar de no contar con la parte dogmática de una Constitución. A través de libertades públicas, de derechos reconocidos, e incluso de construcciones jurídicas como los «principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República»[19] merced a la cadena de validez que en el tiempo se estableció con los preámbulos de las Constituciones de 1946 y 1958, fue posible reconocer derechos fundamentales -como el derecho de asociación

---

[14] STC 160/87, de 27 de Octubre, F.3.

[15] Vid. en este sentido *Curso de Derechos Fundamentales (II).* En colaboración con Rafael de Asís Roig y Ángel Llamas. En preparación. En el cap. II, «El sistema jurídico de los derechos fundamentales: los rasgos de su identificación», pág. 2 y ss. (del cap. II) en el original, Peces-Barba parece contestar dando los rasgos del Ordenamiento jurídico y por extensión a la Constitución para observar qué tipo de texto «vale» a estos efectos. Más adelante el autor discrepa de la identificación de derechos fundamentales como necesariamente constitucionales, pág. 6 (del Cap. II) en el original.

[16] Cruz Villalón, P., *Formación y evolución de los derechos fundamentales.* Ponencia publicada en Introducción a los Derechos Fundamentales Volumen I, Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones de la Secretaría general Técnica, Madrid, 1988, pág. 162.

[17] Obra citada, pág. 161.

[18] Prieto, L., *Estudios sobre derechos fundamentales.* Obra citada, págs. 95 y ss.

[19] Vid. Peces-Barba, G., *Libertad, Poder, Socialismo.* Sobre la misma materia vid. Llamas, Á., *Los principios fundamentales reconocidos en las leyes de la República,* Revista de las Cortes Generales, núm. 15, Madrid, 1988.

en famosa sentencia del 16 de Julio de 1971 o la libertad religiosa en materia educativa- a través de la capacidad que encontró el Conseil Constitutionnel en dicha fórmula catalizadora de verdaderos derechos fundamentales.

El segundo aspecto, de más interés ahora como veíamos, es el encasillamiento de los derechos fundamentales en su correcta sede. Cruz Villalón recoge dos dimensiones de los derechos fundamentales. Un concepto restringido, atendiendo a la reserva de ley orgánica que hace el art. 81.1 de la C.E., que circunscribe los derechos fundamentales a la Sección 1ª. del Capítulo II. La sentencia sobre la LOAPA, STC 76/83 en su Fundamento jurídico 2 y la STC 160/87 sobre la Ley de Objeción de conciencia, en su Fund. jur. 3, corroboran esta visón restringida. La anfibológica utilización de la Constitución española de la categoría derechos fundamentales permite a este autor hablar de un concepto amplio, «que se aproxima más a su aparición en el epígrafe del propio Título. Puede adelantarse -añade Cruz Villalón- ya que cuantas veces aparece la expresión «derechos fundamentales» en nuestra doctrina constitucional sin conexión con el problema de la reserva de ley orgánica, el Tribunal Constitucional está operando con ese contenido más amplio de la expresión». Entre ambas concepciones la tesis sostenida finalmente atiende a los contenidos y a la fuerza o virtualidad que determinará considerar a los derechos fundamentales «en el sentido de nuestra Constitución, y con la sola reserva de sus significado más restringido en el artículo 81.1 CE, son los derechos contenidos en el capítulo II del Título I de la misma. En otras palabras, nuestros derechos fundamentales son, básicamente, los derechos y libertades que nuestra Constitución reconoce a lo largo de sus artículos 14 a 38»[20]. Desde la virtualidad o fuerza que acompaña a los derechos fundamentales los elementos definitivos serán «la tutela judicial y el respeto de su contenido esencial por el legislador. Hoy no hay derecho fundamental, que se precie de serlo, que no sea susceptible de tutela judicial y de limitar el poder legislativo. Tal vendría a ser, pues, el «contenido esencial» de los derechos como categoría»[21].

De esta manera el contenido esencial se convierte en categoría definitiva para considerar los derechos fundamentales, ya que el artículo 53.1 circunscribe el respeto al contenido esencial a «los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo». Del mismo modo, que la tutela judicial no alcance a los «principios reconocidos en el Capítulo tercero» permite llevar a Cruz Villalón a fijar en el Capítulo II la sede de los derechos fundamentales. Un tanto arbitrariamente

[20] Cruz Villalón, Obra citada, pág. 160.
[21] *Ibídem*, pág. 161.

sin embargo considerará que otras garantías, como la tutela judicial reforzada o la reserva de ley orgánica, no pasan de ser «contenido accidental» y no sustancial para la misma delimitación.

No es claro sin embargo el alcance de los principios recogidos en el Capítulo tercero, en cuanto que desprovistos, como decía nuestro autor, de tutela judicial. En primer lugar el art. 53.3 afirma: «el reconocimiento, el respeto y la protección de los derechos reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». Los jueces deben contar con ellos para las funciones de aplicación constitucional y además el Tribunal Constitucional puede apoyarse en ellos, desde el artículo 39 a 52 para declarar inconstitucional una ley. La posición en que el artículo 53.3 ha dejado a los principios del Capítulo III al establecer que «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen», conlleva una «rebaja» de su condición al aparecer necesitados del desarrollo oportuno. No obstante esta apariencia, García de Enterría afirma: «Es una expresión desgraciada, pero que claramente no puede interpretarse como una prohibición de alegación, y menos de aplicación, en el sentido que hemos visto, de tales principios por los tribunales ordinarios, interpretación que sería contradictoria con el párrafo inmediatamente anterior del mismo precepto, que hemos visto que impone -en la forma imperativa de futuro- que dichos principios «informarán la práctica judicial». Lo que, con toda claridad, pero con escasa fortuna, intenta decir el artículo es que al formular tales principios la Constitución no ha pretendido configurar verdaderos derechos fundamentales, sino principios propiamente dichos que han de orientar la acción del Estado como fines determinados de su misión; nada más[22]. Aquí curiosamente las interpretaciones de Cruz Villalón se entrecruzan con las de García de Enterría. El primero podría entender que los principios son derechos fundamentales, lo que no puede ser por su incapacidad de ser tutelados directamente, mientras que para el segundo, a pesar de su tutela efectiva por parte de Tribunales ordinarios y de la jurisdicción constitucional, no pueden ser considerados como derechos fundamentales. Efectivamente, García de Enterría da a los principios está capacidad». Cuando dice que esos principios se invocarán ante los tribunales de acuerdo con las leyes que los desarrollen, no quiere decir, aunque lo parezca, que el legislador sea absolutamente libre para interpretar y hacer aplicación de su arbitrio de tales principios; una declaración tan grave debería haber figurado para ser efectiva, como un límite a la declaración

[22] García de Enterría. E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Obra citada, pág. 69.

de inconstitucionalidad de las Leyes de desarrollo de tales principios, y esa limitación no consta en los artículos 161, 1, a), 163 y 164, antes bien la definición de la inconstitucionalidad en términos puramente formales, que incluye la infracción de todos y cualquiera de los artículos de la Constitución, sin excepción posible»[23]. La interpretación de García de Enterría incide así sobre el Tribunal Constitucional y también sobre los Tribunales ordinarios. Sobre el primero porque el TC puede declarar inconstitucional una Ley por infracción de los principios del Capítulo III, si por ejemplo la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modifica el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, no permitiese la investigación de la paternidad, frente al art. 39.2. Respecto al Juez ordinario lo anterior quiere decir que también él mantiene lo que le permite el art. 163 de la C.E., mediante la interposición de cuestión ante el Tribunal Constitucional cuando se tenga duda razonable sobre tal inconstitucionalidad respecto a los principios recogidos entre los artículos 39 y 52.

Este sentido de depuración de carácter negativo se hace más complejo si tenemos en cuenta que bajo la acepción de «principios rectores de la política social y económica» no aparecen sencillamente normas programáticas o «determinaciones de fines del Estado» (o *Staatszielbestimmmungen* de los constitucionalistas alemanes), sino además una pluralidad de derechos, garantías, instituciones jurídicas, normas secundarias que explicitan los desarrollos necesarios y la vinculación de los poderes públicos a determinadas líneas de actuación. Esto ocurre en la propia Sección 1ª. del Capítulo II, donde, a pesar de la protección especial, de la tutela judicial indubitada y la necesidad de regularse el ejercicio de los derechos y libertades por ley, cuenta con una base sobre la que descansan elementos heterogéneos. Así L. Martín-Retortillo, al hablar de la confluencia en las Constituciones de elementos orgánicos y elementos dogmáticos, estima: «Esta mezcla de elementos heterogéneos, insisto, no es ninguna novedad. Y el fenómeno se va a repetir una vez más en la sección 1ª. hay allí reglas constitucionales, sin más (por supuesto que el derecho fundamental como derecho objetivo o como institución también es regla constitucional, pero es algo más). Hay, también, principios constitucionales o principios generales del derecho, hay normas, ya sean de acción o de organización; hay criterios organizativos o principios de orden; hay garantías institucionales, en el sentidos acuñado por Carl Schmitt; garantías procesales, etc. En resumen, hay muchas cosas. Y, dada la fluidez y riqueza de los actuales ordenamientos jurídicos, hay que decir que de alguna de estas otras cosas

[23] *Ibídem*, pág. 70.

-distintas de los derechos fundamentales- pueden también derivar en ocasiones titularidades subjetivas, derechos subjetivos en algún caso»[24]. En consecuencia la labor de delimitación que realiza el TC, se ha producido en sentencias como la 83/1984, que trata sobre el art. 36 de la C.E., estimando que la reserva específica -de ley que debe respetar el contenido esencial- es bien distinta de la que respecto de los derechos y libertades se contiene en el art. 53.1 de la Constitución, y entiende que no puede oponerse el respeto a ningún contenido esencial de derechos y libertades «que en ese precepto no se proclaman»[25]. Todo ello nos permite entender la incorporación de los principios rectores de la política social y económica desde un punto de vista menos alejado del resto de los derechos y libertades en su aplicación por parte de los tribunales, dado que algunas de las características aducidas para rebajar su condición jurídica, desde el punto de vista de la identificación previa a la tutela efectiva, no parecen ser tan definitivas.

Y no sólo ocurre desde el punto de vista negativo en la posibilidad de la cuestión que permite el art. 163 de la C.E. a los Tribunales ordinarios. García de Enterría destaca el catálogo de funciones que en este aspecto son plenamente aplicables a los principios del Capítulo III: «El carácter normativo de la Constitución vincula inmediatamente a la totalidad de los jueces y Tribunales del sistema y no sólo al Tribunal Constitucional, y que esa vinculación directa incluye las siguientes necesarias aplicaciones de la norma suprema, que ha de entenderse que se incluyen entre las funciones preceptivas a que les obligan los principios de sometimiento «al imperio de la Ley» (art. 117, 1 de la Constitución) y *iura novit curia*[26].

Con este bagaje[27], el juez ordinario puede aplicar con plenitud de

---

[24] Vid. Martín-Retortillo, L., *Régimen constitucional de los mentales.* Citado, págs. 85 y s.

[25] En el mismo sentido la STC 86/1982 respecto al art. 20 de la C.E. no reconoce ningún derecho ni libertad, ni admite por tanto contenido esencial previo a la regulación de los medios de comunicación social.

[26] García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional.* Obra citada, pág. 67.

[27] Me refiero a las funciones preceptivas por todos conocidas y que García de Enterría destaca (*Ibídem,* pág. 67):

-enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de las leyes antes de su aplicación a los dos efectos que inmediatamente se precisan:

-juicio de posibilidad de inconstitucionalidad de la Ley aplicable al proceso como resultado de dicho enjuiciamiento previo, supuesto en el cual el juez o Tribunal de que se trate deberá plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional;

-juicio positivo de constitucionalidad de la Ley aplicable al proceso, como resultado del mismo enjuiciamiento previo, juicio positivo que condiciona cualquier aplicación de cualquier Ley;

competencia los «principios rectores de la política social y económica» así como cualquier precepto de la Constitución en función de la vinculación normativa de cada norma constitucional. El ejercicio de la función de aplicación constitucional comprendería a nuestros efectos para comprometer a los Tribunales ordinarios y Tribunal Constitucional igualmente cada uno de los puntos arriba citados.

Queda la posibilidad de considerar a los principios como ajenos al carácter jurídico de otros preceptos constitucionales por «necesitar además que tenga estructura lógica de norma jurídica; es decir, que consista en un mandato, una orden, prohibición o correlativa delimitación de esferas jurídicas entre sujetos, con establecimiento de recíprocas obligaciones y derechos. Intentando, pues, de nuevo resumir nuestras afirmaciones: es la estructura lógica de la norma la que, en definitiva, diferencia al Derecho de la retórica»[28]. J. L. Serrano realiza la distinción entre el carácter de derecho subjetivo -que niega a los principios a pesar de lo establecido en el art. 162 y su alegación ante el Tribunal Constitucional fundamentando un recurso de inconstitucionalidad- y el carácter normativo de un precepto constitucional, por cuanto recuerda frente a la posición de Garrido Falla, de Martínez Calcerrada, de Ruiz Vadillo o de Martínez Morán[29], su segunda condición. La clave estará para este autor en considerar que los principios rectores de la política social y económica funcionan -y aquí sigue las tesis de Kelsen- como normas jurídicas de carácter dependiente o no autónomas[30]. No vamos a extendemos más sobre otras visiones ni profundizar sobre ésta, pero sólo hacer hincapié en el carácter tutelable de los principios referidos bien siguiendo las tesis de la función asimilable a la protección determinados derechos subjetivos, por su protección judicial, por los criterios extensivos del TC, sobre los que hablaremos en el punto siguiente, o como meros preceptos constitucionales, autónomos o dependientes de libertades o derechos fundamentales, protegidos por la disposición derogatoria tercera de la C.E. y el art. 9 de la misma.

-juicio de inconstitucionalidad de Reglamentos, como previo a cualquier aplicación de los mismos, con la consecuencia de la inaplicación pura y simple de los Reglamentos que se estimen inconstitucionales (aparte de ilegales) (...);

-juicio de inconstitucionalidad de los actos jurídicos públicos (administrativos, judiciales) y privados y negación de la validez de esos actos concluya en su inconstitucionalidad;

-interpretación conforma a la Constitución de la totalidad del ordenamiento, tanto de Leyes como de Reglamentos.

[28] Garrido Falla, F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 579.

[29] Vid. Serrano, J. L., *Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica*, Revista de Estudios Políticos, nº. 56, Abril-Junio 1987, pág. 102 y nota 17.

[30] *Ibídem*, pág. 104.

La fuente de los derechos fundamentales desde la visión garantista

De lo anterior podemos sacar dos conclusiones provisionales. En primer lugar es necesario acudir a las garantías de los derechos fundamentales para poder establecer correctamente el alcance de la delimitación y la fuente de los derechos fundamentales. Cuando Peces-Barba establece el primero de los criterios de distinción por las fuentes rompe el compartimento estanco que distingue este criterio del de las garantías. Peces-Barba sintetiza: «De acuerdo con el primero [criterio de distinción por las fuentes] cabe distinguir entre los derechos del capítulo segundo, que se ven afectados por el precepto contenido en el número primero del artículo 53, y que, en consecuencia, «sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...» y aquellas otras libertades o derechos que no se hallan sometidos a esta rigurosa cláusula y que por lo tanto pueden obtener un desarrollo de otra naturaleza. A su vez, la división del capítulo segundo en dos secciones halla su justificación en el artículo 81, según el cual los derechos fundamentales y las libertades públicas forman parte del ámbito propio de la Ley Orgánica»[31]. El criterio de distinción estricto en función de las garantías será definitivo para ver el grado de «resistencia» o de fortaleza de los derechos fundamentales y su adecuada caracterización respecto a los niveles de identificación relevantes para las fuentes de los derechos fundamentales. Como consecuencia de esta tesis, Luis Prieto establece un primer eslabón en donde identifica derechos fundamentales con los derechos constitucionales: «Si renunciamos a una concepción esencialista del lenguaje, si abandonamos la vieja idea de que entre las palabras y las cosas existe algo así como un nexo metafísico, el problema se reduce sencillamente a explicar el uso que hacemos de los enunciados jurídicos. Por ello, si se advierte, no existe ningún obstáculo lógico ni empírico para decir que derechos fundamentales son todos los reconocidos por la Constitución, los que así aparecen rubricados, los que gozan de recurso de amparo, los que han de regularse por ley orgánica, etc. Inclinarnos por una u otra posibilidad depende tan sólo de la utilidad que cada una de ellas nos proporcione para una mejor comunicación. (...) Pero al menos en nuestro ordenamiento, sí creo que la mejor noción jurídica de derechos fundamentales es precisamente aquella que les identifica con los derechos constitucionales»[32]. El paso siguiente no es coherente con lo anterior puesto que los grados

---

[31] Falta el texto.

[32] Luis Prieto, *Estudios sobre derechos fundamentales*, pág. 103.

siguientes de resistencia se circunscribirán al Título Primero en su estudio, y no a todos los derechos constitucionales-fundamentales. Ni siquiera, haciendo uso de su observación de no acudir a razones metafísicas, respetando el lenguaje propio de la Constitución en alguno de los epígrafes que aluden a los derechos fundamentales, o el más amplio del Título Primero. La «distinta resistencia de los derechos constitucionales» se convierte no obstante en la gradación de la protección de los derechos no constitucionales sino del Título Primero, tesis que Luis Prieto afronta por la vía de hecho, que creo es la más adecuada, pero que no coincide con lo anteriormente mantenido. En las tesis de L. Martín-Retortillo no ocurre lo mismo. Se mantiene un criterio de identificación de los derechos fundamentales según su «cualificación» o «garantía reforzada» y por tanto restringiéndose a los derechos incluidos en la Sección 1ª. del Capítulo II. En las tesis definitivas propone la posibilidad de hablar de los derechos fundamentales en otros términos dependiendo de su ubicación concreta fuera de esta Sección pero en todo caso respetando el núcleo esencial de los que están identificados por su «garantía reforzada»[33].

En uno y otro caso nuevamente son las garantías, con independencia de los futuros problemas de interpretación o de coherencia con el «iter» de la propia exposición, lo que nos lleva a establecer el sistema de fuentes, dada la primera identificación.

Los diferentes grados de resistencia nos permite hablar de tres clases de derechos. En primer lugar los derechos y libertades comprendidos en el Capítulo II, caracterizados por lo que entiende el art. 53.1 «sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades». El art. 81.1 especifica además la necesidad de ley orgánica para el desarrollo de derechos fundamentales y de las libertades públicas». Especialmente la sección primera de este capítulo, que según el art. 53.2 engloba aquellos derechos y libertades que junto al art. 14 pueden ser alegados para recabar tutela «ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30».

A continuación estarían los derechos de la sección 2ª. del Capítulo II, en donde se encuentra una pluralidad de derechos, establecimiento de deberes, garantías de corte económico, tributario y laboral -con derechos al trabajo y a la negociación colectiva, de fundación, de propiedad y de empresa- así como derechos de corte individual

[33] *Régimen constitucional de los derechos fundamentales*. Obra citada, pág. 81.

como la objeción de conciencia. Además se recogen remisiones a la ley y finalidades de actuación para los poderes públicos, cercanos a los que están incluidos en el capítulo III con el epígrafe de «principios rectores de la política social y económica». Entre estos últimos y los derechos del capítulo I existe una última gradación, ya que aunque la Constitución no estima el «grado de resistencia» de estos derechos (11 a 13, con declaración formal de los elementos de la nacionalidad y su remisión a la ley, sin entrar en las formas de adquisición y pérdida de la nacionalidad) tampoco les niega la capacidad de ser alegados ante la jurisdicción ordinaria «de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen» (art. 53.3 de la C.E.).

Sobre este último eslabón de los derechos fundamentales caracterizados por su «fortaleza jurídica» ya hemos hablado en el punto anterior de este estudio. Es cierto que están afectados por lo indicado en la última parte del art. 53.3. Tan sólo recordar, además de la capacidad de «informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» y lo establecido por el principio de vinculación normativa de la Constitución a efectos de aplicación por los Tribunales ordinarios y Constitucional, lo indicado por la jurisprudencia constitucional. Es realmente significativa la sentencia 186/81 de 2 de Febrero en cuyo fundamento jurídico 1.B se entiende: «... entendemos que los principios generales del Derecho, incluidos en la Constitución, tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico -como afirma el art. 1.4 del título preliminar del Código Civil-, que debe ser así interpretado de acuerdo con los mismos. Pero es también claro que allí donde la oposición entre las leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo. El hecho de que nuestra norma fundamental prevea en su artículo 53.2 un sistema especial de tutela de las libertades y derechos reconocidos -entre otros en el artículo 14, que se refiere al principio de igualdad- no es sino una confirmación de carácter específico del valor aplicativo, y no meramente programático, de los principios generales plasmados en la Constitución. (...) En conclusión, en los supuestos en que exista una incompatibilidad entre los preceptos impugnados y los principios plasmados en la Constitución, procederá declararlos inconstitucionales y derogarlos por opuestos a la misma»[34]. De este modo la

[34] Vid. García Martínez, Mª. A., *Algunos aspectos de nueve años de jurisprudencia constitucional*, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, nº. 76, Madrid, 1991. Especialmente págs. 483 y ss. También sobre los principios en la elaboración jurisdiccional constitucional Rubio Llorente, F., *La jurisdicción constitucional de creación de Derecho,* Revista Española

protección

---

de Derecho Constitucional, Año 8, nº. 22. Enero-Abril 1988. Para determinados principios desde el punto de vista del Derecho comparado y su tratamiento en págs. 44 y ss. También García Canales. M., *Principios generales y principios constitucionales,* Revista de Estudios Políticos (Nueva época), Nº. 64, Abril-Junio 1989. Especialmente págs. 149 y ss. También, para un repaso más descriptivo, De Esteban, J., *Apuntes de Derecho Constitucional Español.* Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Tomo II, Principios del régimen constitucional español.

delimita dentro de este Capítulo una parte de los derechos fundamentales que en el grado más bajo de su protección sin embargo tienen, como hemos visto, una eficacia plena.

El sistema mixto

Las fuentes de los derechos fundamentales aparecen en el ordenamiento jurídico español dentro de la Constitución y bajo el que podemos denominar «sistema mixto»[35]. Los derechos fundamentales, a la luz del texto constitucional y en coherencia con lo visto anteriormente aparecen dentro del Título primero de la Constitución «De los derechos y deberes fundamentales», que comprende desde el artículo 10 al artículo 55[36]. El Título se divide en un artículo previo

[35] En denominación utilizada para las fuentes de los derechos fundamentales por Peces-Barba en *Derechos fundamentales*, Latina Universitaria, Madrid, 3ª. ed., 1980 (1ª. ed. 1973), págs. 138 y ss. en general y 162 y ss. entre otras para este tema. Pérez Luño lo utiliza, en el mismo contexto, de forma diferente al describir una Constitución que enuncia grandes principios o postulados sobre derechos fundamentales y que los concreta después en normas específicas en el propio texto constitucional. *Los Derechos Fundamentales*. Obra citada, pág. 58.

[36] Aunque no es el objeto de este trabajo recoger diferentes sistematizaciones, es necesario hacer alusión a la delimitación sistemática que realiza Pérez Luño. En la C.E. aparece a través de cinco instrumentos de positivación:

1. Valores superiores del orden jurídico-político constitucional. Son los derechos fundamentales del Preámbulo de la Constitución representando los valores básicos en sentido análogo a los que la doctrina germana considera *Grundwerte*, y que conectan con los valores de una mayoría de ciudadanos en el orden jurídico-político. Están directamente relacionados con los valores del art. 1.1 de la C.E. «como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» y aunque Pérez Luño lo añade en la segunda de las categorías que ahora veremos, parece que es más adecuado hablar en esta primera del art. 10.1 de la C.E., al extraerse de la dignidad humana los propios valores superiores y hacer partir de ella los demás principios del Título Primero «De los derechos y deberes fundamentales».

2. Principios constitucionales. Delimitan el marco político, social y, económico que va a «determinar las modalidades de ejercicio de todos los derechos fundamentales, como también una serie de postulados encaminadas a orientar la acción de los poderes públicos». La base de su operatividad está en el art. 9.2: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obs-

y está estructurado en torno a cinco capítulos. El primero «De los españoles y los extranjeros», abarca los artículos 11 a 13. El Capítulo segundo, «Derechos y Libertades», con el artículo 14 que sirve de introducción a las dos secciones siguientes: «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas» y la segunda, «De los derechos y deberes de los ciudadanos». La primera de las dos secciones comprende desde el artículo 15 al 29, y la segunda los artículos 30 a 38. El Capítulo tercero, tiene como epígrafe «De los principios rectores de la política social y económica» y sus artículos van desde el 39 al 52. El Capítulo cuarto se denomina «De las garantías de los derechos y libertades fundamentales», y cuenta con los artículos 53 y 54. El Capítulo quinto, «De la suspensión de los derechos y libertades», contiene el artículo 55.

El art. 53 establece que sólo por ley podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título Primero. A su vez, el artículo 81.1 define como leyes orgánicas «las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas...». Parece adecuado interpretar por tanto que la ley orgánica es preceptiva para los derechos y libertades contenidos en la Sección primera del Capítulo II, así como para regular la institución del Defensor del Pueblo (art. 54 C.E.), mientras que basta la ley ordinaria, que debe respetar el «contenido esencial», para el resto del Capítulo II del Título primero. Los mejores argumentos a

---

táculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». El artículo 10, tendría en la dignidad de la persona una de las bases, como decíamos, en la categoría anterior pero los principios que le siguen se vinculan con el orden político y la paz social y además aparece como vía de interpretación «la Declaración Universal de Derecho Humanos y los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10.2). Los «principios rectores de la política social y económica» del Capítulo III quedarían aquí englobados con el alcance que hemos estudiado en este trabajo.

3. Cláusulas generales. Lo forman el grupo de derechos fundamentales que acogidos en el articulado de la Constitución y positivados no como principios ni valores sino como derechos, se hallan remitidos a la legislación orgánica para la delimitación de su alcance y contenido. Así el art. 17.4, el 18.4, el 20.3, el 24.2, el 28.2, etc.

4. Normas específicas o casuísticas. Desde la Constitución se establecen una serie de derechos de forma pormenorizada que no exigen desarrollo posterior, sino que su alcance y significación reside en el propio precepto constitucional. Así el art. 14 o el art. 26.

5. Normas de tutela. Existen también las normas dirigidas a la garantía de los derechos fundamentales, como los artículos comprendidos en el Capítulo IV del Título Primero, o los artículos 161 ó 163 de la C.E.

Desde esta aproximación sistemática podemos entrar en la descripción de los datos que, para observar el sistema de fuentes, ofrece la Constitución. De manera complementaria con la base organizativa que parte para las fuentes del art. 5.3. Pérez Luño, A., *Los derechos fundamentales*. Obra citada, págs. 58 y ss.

favor de esta interpretación están a mi juicio, en la similitud de la terminología utilizada en el art. 81.1, coincidente con el epígrafe de la Sección Primera, y la incoherencia, por otro lado, que hubiera supuesto mantener la ley orgánica con carácter expansivo respecto a todo el Capítulo II, mientras el art. 53.1 afirmase que el ejercicio de los derechos y libertades del capítulo II se regulan por ley. La alternativa de haber podido incluir la especificación de ley orgánica en el art. 53.1 o incluso haber suprimido esta especificación y haber sido genérica desde el art. 81.1, excluyen otra interpretación[37]. En esta línea argumental que utiliza Luis Prieto se añade además un criterio de valoración del significado político de las leyes orgánicas por parte del Tribunal Constitucional. La STC 5/1981, de 13 de febrero entiende: «... la concepción formal de la ley orgánica podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado»[38]; o en STC 76/183, de 5 de agosto considerando las exigencias de mayorías cualificadas con «carácter excepcional»[39].

Si bien la primera parte de la línea argumental me parece adecuada para resolver las posibles interpretaciones no coincidentes, la manifestación del TC me parece un tanto ajena a su propia labor. El enjuiciamiento en función de las consecuencias en esa dimensión nos alejan del lugar que debe presidir una línea jurídica en coherencia con los argumentos técnicos. La búsqueda del carácter democrático restringiendo las posibilidades de una ley orgánica -como si sus supuestos no exigieran una mayor participación en su mayoría cualificada- parece quedar un tanto fuera de cuestión en la argumentación del TC[40]. El resultado, sin embargo incide sobre la consideración restringida del uso de la ley orgánica.

---

[37] En línea argumental con lo expuesto por Luis Prieto en *Estudios sobre derechos fundamentales,* pág. 180.

[38] Fund. jur. 21.

[39] Fund. jur. 2.

[40] No siempre la cautela respecto a los refuerzos de normas protegidas por procedimientos de mayorías cualificadas implica una posición democrática como alternativa. Recuerda en cierto sentido las opiniones de Carl Schmitt cuando atacaba a las materias reservadas con cualificación de la parte dogmática de la Constitución de Weimar (1919) en su obra *Legalität und Legitimität,* Duncker & Humblot, Munich y Leipzig, 1932. Versión castellana: *Legalidad y Legitimidad,* Aguilar, Madrid, 1971. (Apartado reservado al legislador *ratione materiae*). O respecto a la calificación de «tiranía de los valores» para la «petrificación» de valores que por su aprobación cualificada se reforzaban y se imponían a mayorías simples posteriores rompiendo la regla de las mayorías (En *Die Tyrannei der Werte.* En Skäularisation und Utopie, Ebracher Studien, Festschrift für Ernst Forsthoff, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1967. Manejado en la versión italiana *La tirannia dei valori,* Antonio Pellicani Ed., Roma, Apartado I y III). Los análisis y planeamientos del

En el texto constitucional aparecen un grupo de derechos con un desarrollo considerable; así el art. 17 sobre el derecho a la libertad y a la seguridad, en el 17.2, el art. 18 en la garantía del derecho al honor -18.1, 18.2 y 18.3-, el art. 19 sobre libertad de residencia y de circulación -19.1, el art. 20.1, 20.2 y 20.5 sobre libertad de pensamiento y de expresión, art. 21 sobre el derecho de reunión, el art. 22 sobre el derecho de asociación, el art. 23.1 sobre el derecho de participación en asuntos públicos, el art. 24 sobre la tutela efectiva de los jueces y tribunales, o el art. 25 sobre el principio de legalidad y de irretroactividad de las normas.

Las remisiones a la ley, que caracterizan esta fórmula de desarrollo del sistema mixto encuentra en el texto constitucional importantes ejemplos. El art. 17.3 sobre la asistencia letrada al detenido, desarrollado por LO 14/1983 y LO 4/1981, el art. 17.4 sobre el procedimiento de «habeas corpus» desarrollado por LO 6/1984, de 24 de mayo, el art. 18.4 sobre el uso de la informática en garantía del honor y la intimidad personal y familiar desarrollado por LO 7/1984, de 15 de octubre y LO 5/1992, de 25 de octubre, el art. 20.3, sobre la regulación de la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado, desarrollado por Ley 4/1980, de 10 de enero, por Ley 46/1983 de 26 de diciembre y ley 10/1988 de 3 de mayo (en este caso ya sobre Televisión privada), el art. 20.4 sobre los límites de los derechos y libertades del art. 20 que entran en conflicto con otros derechos fundamentales, desarrollado por LO 1/1982, de 5 de mayo, el art. 23.2 sobre la igualdad en el acceso a funciones y cargos públicos, el art. 27 sobre el derecho a la educación, desarrollado por LO 8/1985, de 3 de junio, el art. 29 sobre el derecho de petición individual o colectiva, cuya Ley 92/1960 de 22 de diciembre sigue parcialmente vigente y el art. 30.2 desarrollado por ley 48/1984, de 26 de diciembre y sobre recursos LO 14/1985, de 26 de diciembre, modificada por LO 14/1985 de 9 de diciembre.

El paso siguiente supone la conexión del sistema mixto con el contenido esencial del art. 53.1, básico en la concepción garantista, pero que exige un tratamiento pormenorizado que rebasa el marco del presente trabajo.

---

gran autor, aunque acertada en el diagnóstico político, tenía como consecuencia una propuesta de carácter antidemocrático que no hace falta, por conocida, comentar aquí.

DOXA 15-16 (1994)

LA VIDA Y LA MUERTE ANTE LA ÉTICA Y EL DERECHO, PATERNALISMO MÉDICO Y DESARROLLO CIENTÍFICO

1. La vida y la muerte ante la ética y el derecho

El desarrollo de las ciencias biológicas está planteando no sólo interrogantes muy concretos sobre el tratamiento ético y jurídico de la vida y de la muerte, sino una necesidad de volver a filosofar sobre la vida y sobre la muerte. Quizá haya un camino de ¡da y vuelta que deba ser recorrido: ir de los casos concretos a los principios e ir de los principios a los casos concretos. Nunca se sabrá cuál método es mejor. En cualquier caso, me parece positivo hacer algunas breves reflexiones sobre una filosofía de la vida y de la muerte y al mismo tiempo analizar algunos interrogantes más concretos que hoy se presentan ante la ética y el derecho a causa de ese desarrollo de las ciencias biológicas, concretamente las ciencias biosanitarias.

Ante el «espectáculo» de la «posible posibilidad» científica de crear artificialmente un individuo humano, de producir individuos idénticos o de prolongar artificial y casi indefinidamente la vida, hay una primera idea que debiera destacarse para obviar ambiciones éticas y jurídicas inútiles: la vida y la muerte son un misterio, son realidades innegables que están ahí, pero que nadie ha conseguido explicar definitivamente. Nadie ha logrado responder de manera definitiva las grandes preguntas sobre qué son, por qué son y para qué son la vida y la muerte. Estamos en presencia de esa clase de realidades que colocan a la razón humana ante lo que Karl Jaspers llamaba «situaciones-límite» *(Grenz-Situationen),* esto es, ante preguntas que no tienen respuestas definitivas, como son también el dolor o la injusticia en el mundo. Ante esta clase de preguntas, la teoría y la práctica humanas deben ser enormemente humildes.

Sin embargo, se ha pensado y se ha escrito mucho sobre la vida y sobre la muerte. No se puede vivir e incluso no se puede morir, de un modo discretamente humano, sin haber tomado una posición ante

la vida y la muerte. Frente a la vida y la muerte hay siempre -se quiera o no se quiera- toda una concepción del mundo, toda una filosofía. Como también se podría afirmar en sentido inverso lo siguiente: la filosofía se ha construido muchas veces pensando sobre la vida y sobre la muerte, esto es, los interrogantes de la vida y de la muerte han obligado al hombre a filosofar. José Ferrater Mora escribió hace ya años que el tema de la muerte era una ocasión para filosofar, para construir toda una ontología y una filosofía de la persona[1].

En cualquier caso, una reflexión sobre la vida y de la muerte no puede reducirse a nivel meramente descriptivo, sino que inevitablemente implica preguntarse sobre el «deber ser» de la vida y de la muerte. En otras palabras: la vida y la muerte no pueden desligarse de una perspectiva ética y jurídica. Más aún: cuando la vida está amenazada de manera inmediata por la enfermedad e incluso por la muerte, no bastan las respuestas científicas. Grandes interrogantes morales y jurídicos rodean al ser humano que sufre una grave enfermedad o que está en las antesalas de la muerte. Sus familiares, sus amigos y los profesionales de la medicina que le atienden también tienen que dar y darse respuestas. La moral y el derecho son interpelados de modo radical por la vida que se hunde en la enfermedad incurable, en el dolor insportable o en las mismas oscuridades de la muerte. Todas las profesiones humanas están siempre interpeladas por la moral y el derecho, pero sin duda unas en mayor medida que otras. La excepcionalidad de un trabajo que trata con la vida en situaciones tan extremas o simplemente con la muerte es incuestionable. De este modo el trabajo del personal sanitario adquiere un inevitable dramatismo, aunque esa singularidad sea al mismo tiempo su grandeza, pues puede ser ocasión para realizar otras virtudes o valores humanos. Qué debe hacerse (moral o jurídicamente) ante la vida amenazada por la enfermedad o ante la proximidad de la muerte tiene difíciles respuestas.

La complejidad ética y jurídica del trabajo del personal sanitario es, pues, evidente y se complica más aún en el contexto de una sociedad enormemente desarrollada en el plano científico y técnico. El desarrollo extraordinario de las ciencias biomédicas plantea hoy todavía más interrogantes éticos y jurídicos a las profesiones sanitarias que en otras épocas. Está claro, por ejemplo, que la medicina del siglo XIX no tenía las posibilidades científicas para prologar la vida de una persona de que hoy se dispone y, por consiguiente, el personal sanitario no tenía que hacer frente a la pregunta de hasta cuándo se puede sostener artificialmente la vida de una persona.

---

[1] J. Ferrater Mora, «Ser y muerte», en *Obras Selectas,* t. II, Madrid, Ed. Revista de Occidente, 1967, págs. 297-298.

Ahora bien, cualquiera que sean las respuestas científicas, morales o jurídicas que en el ámbito de la medicina puedan encontrarse, individual o colectivamente, me parece que el referente fundamental de toda actividad sanitaria ha de ser la vida como valor primario. Particularmente las respuestas a los problemas ético-jurídicos que puedan plantearse ante la práctica, de la medicina deberán estar conectadas con la «super-vivencia», con la continuidad en la vida. La humanidad no es un club de suicidas. En general, parece razonable apostar -en principio en el ámbito moral y jurídico- más por la vida que por la muerte, esto es, parece más razonable favorecer la vida que promover su extinción. En este sentido lleva razón Ronald Dworkin, cuando sostiene que es «una especie de vergüenza cósmica, el hecho de que la vida humana en cualquier estadio se extinga deliberadamente»[2].

Aunque esta idea me parece clara, debo indicar también que la vida, aunque es un valor primario, no es un valor absoluto. La vida tiene que merecer la pena ser vivida. La vida humana no es pura inercia vegetativa. Se necesitan condiciones objetivas de diversa naturaleza y la esperanza de que determinados proyectos pueden ser cumplidos para que la vida pueda ser tenida como un valor digno de ser conservado, por lo menos para un sujeto que es racional, autoconsciente y libre. Insisto: la vida no es un valor absoluto que existe en sí y para sí, sino que existe en relación a otros valores, a lo que el ser humano puede darles mayor importancia o prioridad, como puede ser la libertad, también valor primario y tampoco absoluto. Hay gentes que prefieren morir a vivir sin libertad. Incluso hay instituciones sociales, como los ejércitos, que están destinados a matar si es necesario para defender otros valores, como la libertad y la independencia de un pueblo. La vida y la libertad pueden, pues, contradecirse y no hay respuestas absolutas a sus contradicciones. El aborto y la eutanasia son dos casos que muestran que la vida no es un valor absoluto, aunque se basen en dos concepciones de la vida y de la muerte muy discutibles.

En cualquier caso, como decía al principio, no hay una sola respuestas moral y tampoco jurídica a qué son y cómo deben ser la vida y la muerte.

2. El paternalismo médico: un test ético-jurídico para la vida y la muerte

La importancia de estos planteamientos genéricos se agrava también

[2] R. Dworkin, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual,* Barcelona, Ed. Ariel, 1994, pág. 22.

y especialmente en el campo de la medicina, porque se está tratando con la vida y con la muerte de los demás. No es que yo me responda a mí mismo sobre lo que es o debe ser la vida y la muerte para mí. En medicina «se juega» con la vida y la muerte ajenas. Pero hay un dato objetivo y destacado en el ámbito sanitario que conviene destacar: la vida ajena ha estados sometida a un «paternalismo médico» que está siendo revisado. El mismo hecho concreto de que la medicina tenga hoy enormes posibilidades de prolongar la vida cuestiona viejos principios y plantea nuevos problemas. Así se pregunta de modo directo si esas nuevas posibilidades de prolongar la vida se dan siempre en beneficio de los pacientes.

No cabe duda de que en las sociedades contemporáneas está todavía vigente un cierto e inevitable «paternalismo legal» sobre la salud y la vida, como lo demuestran las exigencias legales sobre cinturones de seguridad, venta de drogas, vacunaciones obligatorias, políticas sanitarias de alimentos, alcohol y tabaco. Este paternalismo se basa en la idea de que un limitado incremento de la libertad lleva a producir «liberticidas». El gran crítico del paternalismo fue J. S. Mill con su famosa obra «On Liberty» (1859). El paternalismo significa negativamente coaccionar o limitar la libertad de una persona en razón de su propio bien, interés o bienestar. Positivamente el paternalismo es un modo de intervención sobre la libertad ajena para evitar el daño a otros. Quizá el gran argumento a favor de todo paternalismo en este ámbito sea que al hacerse daño a sí mismo se haga daño a otros o a un interés colectivo[3].

Pues bien, dentro de este contexto, según Heta Häyry, el paternalismo médico, esto es, el control de la vida de las gentes, presumiblemente en su propio interés, es el común denominador de la medicina y de las políticas sanitarias. El principio o el supuesto de que se parte es que «el médico sabe siempre qué es mejor», esto es, se convierte en una «autoridad epistémica» *(epistemic authority),* esto es, una autoridad científica. Sin embargo, según Häyry, la vida y la muerte, la salud y la enfermedad plantean siempre cuestiones «extraepistémicas». El patemalismo se apoya -dice Häyry- en la idea de que todo (pinchar, dar medicinas, operar, etc.) se hace «en beneficio del enfermo» de acuerdo con el código hipocrático.

No obstante, en su opinión, hay muchas ambigüedades en torno a esta cuestión[4] y sobre todo hay muchas cuestiones fundamentales de indudable naturaleza filosófica. Por ejemplo, según Häyry, hay una cuestión de fondo que es la misma concepción de la vida y la muerte.

---

[3] Heta Häyry, *The Limits of Medical Paternalism,* London. Routledge, 1991, págs. 17-20.

[4] Häyry, H., *The Limits of Medical Paternalisin, op. cit.*, pág. 2.

El paternalismo radical, está fundado en la concepción de que la vida es una cosa buena y la muerte es el fin de una cosa buena, luego es un mal. Consecuentemente es irracional desear un mal. La vida es un regalo de Dios y tiene que ser respetado desde su comienzo natural hasta su final natural. Los médicos se constituyen en jueces del bien, de la racionalidad, de la moralidad del enfermo[5].

Otra gran cuestión de fondo que replantea la crisis del paternalismo es cuál deba ser el fin de la medicina o del tratamiento médico. Habría que preguntarse si la medicina tiene fines objetivos, como pudiera ser maximizar la salud o prolongar la vida. De todos modos este tipo de problemas que se refieren a la determinación de fines y valores de una práctica humana de esta clase no puede realizarse con una metodología estrictamente científica. La determinación de los fines y valores a los que ha de servir la medicina depende -entre otras cosas- de una serie de opciones que debe realizar -también e indudablemente- el paciente, aunque no sólo el paciente. La medicina no puede venir impuesta al paciente.

Actualmente se entiende que la autodeterminación individual del paciente es un valor importante que condiciona la toma de decisiones o que exige su participación en los tratamientos médicos[6]. Todo tratamiento médico, al menos en unos niveles graves o críticos, debe estar acompañado de un cierto consentimiento del paciente, un consentimiento que debe ser «informado, voluntario y competente». Dado que lo que siempre está en juego es la vida y la muerte de una persona, el paciente como persona, en tanto que pueda, tiene algo importante que decir sobre cómo tratar su vida y su muerte. Es lógico, pues, que el «consentimiento informado» sea un elemento nuevo que cambia la ética en el tema de la prolongación de la vida frente al paternalismo hasta ahora dominante[7].

Así pues, hay un principio fundamental que limita el paternalismo, que es -sostiene Häyry- lo que se ha llamado el «consentimiento informado» *(informed consent)*. Esto es, no se puede intervenir sobre el enfermo sin su consentimiento informado, porque un consentimiento sin información implica la negación del derecho de la autonomía. Como también puede haber daño a ese derecho, si los médicos no explican bien la intervención, con el lenguaje necesario y sencillo. «Un médico no puede tratar a un paciente sin haberle explicado el riesgo y los hechos materiales que se refieren al tratamiento y sus alternativas, incluyendo el no-tratamiento y haya conseguido

---

[5] Häyry, H., *The Limits of Medical Paternalism, op. cit.*, págs. 12-14.

[6] Dan W. Brock, *Life and Death. Philosophical Essays of biomedical Ethics,* Cambridge University Press, 1993, pág. 2.

[7] Häyry, H., *The Limits of Medical Paternalism, op. cit.*, pág. 146.

el consentimiento competente, voluntario y comprensible del paciente»[8]. Uno de los problemas más graves es lo que ha de entender el paciente, esto es, qué es lo que hay que explicarle y si mucho o poco. Y para cumplir con tal exigencia hay que tener en cuenta el nivel emocional del enfermo para asimilar la información y tomar una decisión. Quizá se deba descubrir solamente aquello que el paciente espera razonablemente conocer para decidir[9].

En cualquier caso hay dos ámbitos de problemas. Uno es, según Brock, el terreno de los «hechos», en el que el médico tiene un protagonismo como para determinar «lo que está ocurriendo» o «qué puede ocurrir». La diagnosis, la prognosis, los tratamientos alternativos, así como el no-tratamiento son cuestiones científicas y de experiencia sobre las que debe pronunciarse en primer lugar el médico. Otra cosa es a qué objetivos, finalidades o valores pueden servir los distintos tratamientos que de los hechos pudieran derivarse, cuestión en la que sin duda ya tendría que intervenir el paciente. Hay un problema y es que los médicos a veces no quieran, según sus concepciones morales, seguir los deseos del enfermo y pasan la decisión a otro médico.

A pesar de las exageraciones del paternalismo médico, algunos consideran que no se deben ir al extremo de considerar al médico casi como un enemigo, sino todo lo contrario: habría que ver al médico -sostiene Brock- como un «abogado del bienestar del paciente». Además la experiencia clínica demuestra que las opiniones de los enfermos sobre el tratamiento debido son frecuentemente irracionales, aunque los enfermos no sean incompetentes. Entonces el médico tiene la responsabilidad de ayudar a una mejor elección, o hacerle ver lo irracional de su elección[10]. La complejidad de la vida y la muerte, en estas situaciones críticas como son la enfermedad y las antesalas de la muerte, exige sin duda que las decisiones sean conjuntas.

En todo caso a los médicos les preocupa obviamente las dificultades de explicar todos los riesgos posibles, la incapacidad de los enfermos para entender esa información médica necesaria, la situación emocional en que se encuentra el enfermo, etc. Pero últimamente ha aumentado su preocupación por las posibles responsabilidades legales y por la forma de protegerse contra los riesgos civiles o penales que pudieran plantearse a causa de su intervención. Y para protegerse de estas responsabilidades legales, ceden a favor del respeto de la autonomía del paciente[11].

---

[8] Häyry, H., *The Limits of Medical Paternalism, op. cit.,* pág. 144.
[9] Häyry, H., *The Limits of Medical Paternalism, op. cit.,* pág. 146.
[10] Brock, D. W., *Life and Death, op. cit.*, pág. 5.
[11] Häyry, H., *The Limits of Medical Paternalism, op. cit.,* pág. 144.

Según Brock, la crisis del paternalismo se replantea de manera especial con la eutanasia, en el que se enfrentan los derechos del paciente y los derechos/deberes del médico. En su opinión, el problema del «mantenimiento» de la vida se enmarca dentro de la injusticia de matar o de la punibilidad de disponer de la vida. Plantea sobre todo el problema de si las personas tienen «un derecho moral a no ser matadas», tesis que Brock mantiene, y si en medicina hay forma de matar compatibles con el reconocimiento y respeto de este derecho. Aquí entran en conflicto dos concepciones éticas diferentes y alternativas. Una es la concepción «consecuencialista o utilitaria», que mira al beneficio o daño de los pacientes. Y la segunda es la que considera que hay «un deber moral básico de no disponer intencionadamente de una vida inocente». Parece como si Brock estuviera admitiendo que pudiera disponerse de una vida inocente, esto es, que estaría reconociendo implícitamente la pena de muerte, esto es, la muerte del no-inocente[12]. En cualquier caso, Brock está dentro del argumento que recientemente ha mantenido Ronald Dworkin de que la vida humana tiene un valor intrínseco e incluso sagrado. El término «sagrado» se aplica también al arte y a la literatura, como algo intrínsecamente valioso[13]. Las grandes pinturas son intrínsecamente valiosas, porque son maravillosas, no porque queramos verlas o no nos gusten[14]. «Algo es *instrumentalmente importante* si su valor depende de su utilidad, de su capacidad para ayudar a las personas a obtener alguna cosa que desean. El dinero y los medicamentos, por ejemplo, son sólo instrumentalmente valiosos». «Algo es *intrínsecamente valioso,* por el contrario, si su valor es *independiente* de lo que las personas quieren, disfrutan o necesitan, o de lo que es bueno para ellas» [15].

Brock continúa su argumentación y afirma que es más importante la injusticia de matar que el principio moral de la autodeterminación. En este orden de cosas en medicina hay dos formas de «matar» a un enfermo. Una es matar cuando el enfermo ha renunciado a su derecho a no ser matado (eutanasia activa). Y otra es cuando el derecho a no ser matado es superado por consideraciones morales competentes (escasez o impotencia de los medios para mantener la vida). Sin embargo, hay quienes sostienen que no hay diferencia entre matar y dejar morir. Tal es el ejemplo que cuenta James Rachels: «Smith tiene un primo de seis años, del que heredará mucho dinero si muere. Una mañana Smith entra en el cuarto de baño y ahoga al niño.

---

[12] Brock, D. W., *Life and Death, op. cit.,* pág, 6.
[13] Dworkin, R., *El dominio de la vida, op. cit.*, pág. 98.
[14] Dworkin, R., *El dominio de la vida, op. cit.*, pág. 98.
[15] Dworkin, R., *El dominio de la vida, op. cit.*, pág. 97.

Jones tiene un primo de seis años, del que heredará mucho dinero si muere. Jones plantea matar al niño. Una mañana al entrar en el cuarto de baño, observa que el niño se ha resbalado, se ha golpeado la cabeza y ha caído en la bañera. Jones permanece allí hasta que el niño se ahoga»[16]. Brock está en contra de la tesis de que matar es en sí moralmente diferente de permitir que se muera. En la vida clínica concreta -dice Brock- el derecho del paciente (competente o incompetente) a sopesar los beneficios o cargas de los tratamientos alternativos tiene sus límites. Los médicos pueden permitir morir, pero no pueden matar (dar morfina para aliviar el dolor, pero no matar). En todo caso es difícil determinar la diferencia entre «lo permisible y lo no permisible» a la hora de disponer de la vida en medicina[17].

En España se planteó el problema jurídico de «dejar morir» o de prestar asistencia médica contra la voluntad de los interesados con motivo de una huelga de hambre protagonizada por miembros del grupo terrorista Grapo. Una decisión del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y un Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid les obligó a recibir asistencia médica y a recibir alimentación en contra de su voluntad. El Tribunal Constitucional en sus S. 120/1990 de 27 de junio, declara que la «intervención médica forzosa», por su importancia y valores que implica y por internarse en el campo de la axiología, suscita polémica doctrinal variada e irreconciliable. Pero, ateniéndose a criterios estrictamente constitucionales (FJ5), el Tribunal reconoce que hay un conflicto entre el supuesto derecho de la libertad a ocasionar incluso la propia muerte y el derecho-deber de la Administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia (FJ6). El derecho a la vida tiene, según el Tribunal Constitucional, «un contenido de protección positiva (protección de la vida sin contar con la voluntad de sus titulares STC 53/1985) que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte» (FJ7). El Tribunal Constitucional considera que «no es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente» (FJ7). No es lo mismo -añade el Tribunal Constitucional- asumir el riesgo de morir en un acto que sólo afecta al titular de esa vida, que asumir ese riesgo con el fin de conseguir que la

[16] James Rachels (1986), *The End of the Life. Euthanasia and Morality,* Oxford, New York, en Herline Pauer-Studer, «Peter Singer on Euthanasia», en *The Monist,* 1993, vol. 76, pág. 144.

[17] Brock, D. W., *Life and Death, op. cit.,* p. 6.

Administración deje de ejercer potestades que le confiere el ordenamiento jurídico (FJ7).

Un voto particular del magistrado Jesús Leguina Villa dice que si bien el derecho a la vida no puede ser confundido con un pretendido derecho a morir o a decidir sobre la propia muerte, ello no significa que no se tenga derecho a que nadie que no sea uno mismo decida e imponga coactivamente lo que haya de hacerse para conservar la salud, seguir viviendo o escapar al peligro de muerte; ni incluye el derecho a rechazar la ayuda o la asistencia sanitaria que no se desea ni se ha solicitado. También la Sentencia del Tribunal Constitucional 137/1990 de 19 de julio insiste en el argumento que el derecho a la vida (artículo 15 de la CE) tiene un contenido positivo y no incluye un derecho a la propia muerte. Cada persona puede disponer de su vida o disponer su propia muerte, pero esa disposición constituye sólo un acto que la ley no prohíbe y no un derecho subjetivo que la Administración ha de garantizar, más aun cuando en este caso -terroristas del Grapo encarcelados y en huelga de hambre- estaban en una relación especial con la Administración y en un marco legal que obliga a la Administración a velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia (FJ5).

De esta problemática quizá la conclusión más clara que puede sacarse es que nada está totalmente claro, esto es, que no hay una respuesta clara que permita caer de un modo radical ni del lado del paternalismo médico, ni tampoco del lado de una autonomía del paciente. Otra conclusión que puede obtenerse es que la vida clínica está rodeada de una peculiar paradoja. Por un lado, se puede constatar que la mayoría de las decisiones en los hospitales son bastantes normales y no requieren procedimientos especiales. Las situaciones o casos-límite no se están dando todos los días. Pero por otro lado, los profesionales de la medicina constatan que la vida médica real es más compleja y emocional que lo que pueden prever los principios morales e incluso las normas jurídicas. Häyry concluye un principio interesante, pero sin duda enormemente abstracto: «La única política general dentro de la medicina y del cuidado de la salud que es finalmente aceptable es la política de un moderado anti paternalismo, basado en el respeto de la libertad del paciente»[18].

3. Las dimensiones éticas de las ciencias biológicas

Una parte importante de los problemas éticos y jurídicos en el campo de la medicina surge a causa del avance de las ciencias biológicas,

[18] Häyry, H., *The Limits of Medical Paternalism, op. cit.,* pág. 183.

en especial la genética. Este avance ha sido en los últimos años espectacular. Estas ciencias se han introducido en niveles muy profundos sobre el origen y la manipulación de la vida. Lógicamente este desarrollo científico plantea interrogantes nuevos y en general replantea preguntas clásicas sobre la relación entre la ciencia, la ética y el derecho.

Las preocupaciones ético-jurídicas ante estos avances científicos tienen una primera fase, según Reiser, que se puede situar entre *1945-1966*. La preocupación central estaba en torno al sujeto humano. El gran principio que se concluyó es que ningún sujeto humano, más aun después del Código de Nürenberg, se sometería a experimentos científicos sin su consentimiento y siempre que el experimento no le causare daño o muerte, y siempre con la posibilidad de retirar su consentimiento.

La segunda fase transcurre en *1966-1974*, cuando se considera fundamental el compromiso social de los científicos de la biología. Es un momento en que preocupa que la investigación pueda afectar o amenazar a las poblaciones. Las instituciones democráticas podrían estar amenazadas por una élite científica. Los científicos ejercen un poder, cuyo alcance no se conocían totalmente, y además no se responsabilizaban de los efectos de su investigación (energía atómica, la bomba biológica, cambiar los sexos, modificaciones fundamentales por medio de trasplantes, manipular la memoria y los sentimientos, crear vida, etc.). Había una preocupación por las consecuencias de las ciencias biológicas y una exigencia de que los investigadores principales informaran a su equipo y a la opinión pública del azar de sus experimentos.

La tercera fase está entre *1975-1989*, cuando se replantea más críticamente los procedimientos para generar y transmitir conocimientos dentro de las ciencias biológicas. Hay una mayor apertura de la sociedad hacia el discurso ético y una mayor autoconciencia colectiva de los científicos sobre las dimensiones morales de su trabajo y sobre su responsabilidad pública. A partir de la propuesta de delinear el genoma humano, en Estados Unidos ya se ha creado una «Guide for Contracts and Grants» por el NIH *(National Institut of Health)* en 1989, donde se exige que para conseguir fondos estatales hay que presentar un «programa de principios de integridad científica» e incluso a veces de un examen de los significados éticos del trabajo científico propuesto.

Puede hablarse incluso de una última fase, a partir de 1990, cuando se produce una intensificación e institucionalización del discurso ético, sobre todo en el campo de la investigación y de la educación científica. En Estados Unidos aparecen instituciones tales como las«Institutional Review Boards» (1974) y la «Office of

Scientific Integrity» (1989), que quiere coordinar la intervención de las autoridades, de la sociedad y de los científicos para evaluar los métodos y objetivos de los proyectos científicos. Sin embargo, los científicos se quejan por las excesivas intromisiones estatales en su investigación. Bernard David de la «Harvard Medical School» escribe un artículo cuyo título refleja muy expresivamente esta preocupación: «How far should Big Brother's Hand reach?». De todos modos, debe reconocerse que dentro de las ciencias biológicas hay en general una mayor autorreflexión respecto a su responsabilidad pública y a los parámetros éticos de sus actividades[19].

Indudablemente el avance espectacular de las ciencias biológicas replantea el problema de los límites y controles de la ciencia. Hay un supuesto metodológico y ético que no suele cuestionarse excesivamente en la actualidad: cualquier ciencia natural, más o menos directamente, implica en sus métodos, en sus objetos y en sus objetivos algunas interrogantes axiológicos. En la ciencia están inevitablemente implicadas cuestiones de valor. La ciencia tiene que saber que lo que es bueno para el individuo puede ser malo para el grupo social y que lo que es bueno para el grupo social puede ser malo para el individuo[20]. Las responsabilidades éticas y sociales de los científicos se centra en «manifestar los beneficios», porque la ciencia está pagada con fondos públicos y privados sobre la base de sus posibles beneficios sociales y en «advertir de los riesgos», como hicieron Einstein y Russell, pero precisando lo que son los hechos y lo que es su opinión[21]. En cualquier caso es indispensable que el científico tenga la libertad intelectual y científica para buscar la verdad y que no se vea sometido a exigencias de utilidad impuestas por una política o una religión. El gran problema ético del futuro es el «control del hombre sobre su propia evolución biológica». Los poderes de evolución biológica están ahora en manos de los científicos. Ahí está el reto. Un importante deber suyo será ver claramente la naturaleza de las alternativas, así como informar y demandar a la sociedad y a sus dirigentes una discusión de todos los problemas que impiden el crecimiento científico o la ampliación del poder humano[22].

---

[19] Reiser, S. J., «The Ethics movements in the biological sciences: A new wave of discovery», en Ruth Ellen Bulgar, Elizabeth Hetiman y otros, *The Ethical Dimensions of Biological Sciences,* Cambridge, Cambridge University Pres., 1993, págs. 1-13.

[20] Glass, B., «The ethical basis of science», en Ruth Ellen Bulgar, Elizabeth Hetiman y otros, *The Ethical Dimensions of Biological Sciences,* Cambridge, Cambridge University Press, 1993, págs. 43-45.

[21] Glass, B.. «The ethical basis of science», *op. cit.,* págs. 43-53.

[22] Glass, B., «The ethical basis of science», *op. cit.,* págs. 53-54.

En este sentido es particularmente importante constatar los interrogantes que se plantean ante los avances logrados, y que se adivinan en un futuro no muy lejano, por la genética. La investigación del genoma humano plantea hoy y planteará graves conflictos éticos y jurídicos. Particularmente preocupante por sus efectos sociales, y no sólo individuales, será el uso y el abuso de la información genética. El genoma humano nos permitirá conocer una gran cantidad del inventario genético de los individuos, como puede ser su propensión a las enfermedades. En muchos casos, la posibilidad (en algunos casos, la certeza) de una enfermedad se producirá con años e incluso décadas antes de que se disponga de un tratamiento efectivo para la enfermedad. No cabe duda que esta nueva situación planteará especiales problemas psicológicos y éticos. El test genético puede producir unos conflictos psicológicos masivos muy fuertes, porque no todo el mundo quiere conocer la consistencia y los riesgos de su salud por medio de un mapa genético. Además el test genético puede afectar a familiares y a terceras personas distintas del que desea conocer su test genético. Además están los problemas que plantearía también la llamada *terapia genética,* incluso una terapia genética que permitiría cambiar genéticamente un individuo. En alguna medida ya se puede cambiar genéticamente a los seres humanos con la biotecnología existente.

También la información genética planteará problemas de tipo social y jurídico. Debe reflexionarse sobre el alcance de esa información genética, ya que afecta o afectará a los descendientes no nacidos que no han dado su consentimiento para su elaboración. Por ello se está hablando ya del «derecho a la autonomía de las generaciones futuras», esto es, de su derecho a dejarles decidir lo que quieren ser y lo que quieren saber sobre sí mismos, aspectos fundamentales de la dignidad humana que puede poner en entredicho la ingeniería genética[23].

A nivel social, la ocupación o selección de un puesto de trabajo se podría ver afectada por el conocimiento del mapa genético disponible para evaluar las posibilidades o tendencias a tener unas determinadas enfermedades. Se podría llegar a hacer obligatorios los tests genéticos para conseguir un puesto de trabajo *(workplace genetic testing)*.

También las compañías de seguros se mostrarían también muy interesadas en conocer esos test o mapas genéticos, porque trabajan bajo el principio de participar el riesgo. Cuando el riesgo es igualmente

[23] Lecaldano, E., «La bioetica e limiti del diritto», en *Democrazia e diritto,* 1988, vols. 4-5, dedicado a «Le nuove frontiere del diritto», pág. 40.

incierto, todos pagan igual. En estos casos, pagarían menos los que tuvieran menos riesgos[24].

Además, desde esta perspectiva socio-jurídica, la genética podría colaborar a dar una explicación de los comportamientos humanos y por tanto podría afectar a la responsabilidad ética y jurídica de los ciudadanos. Ya se ha dado establecido la relación entre el alcoholismo y la genética, como también se podrían explicar ciertos fenómenos de adicción, de enfermedades laborales, de tendencias educativas o profesionales de grupos y razas, etc. Incluso se podría plantear la cuestión de si las desigualdades económicas y educativas son causadas por desigualdades sociales y entonces la sociedad tendría la obligación de remediarlas, o bien las desigualdades son fruto de diferencias heredadas, por lo que no habría que preocuparse de las acciones propias que sean injustas[25].

Así pues, las ciencias biológicas están hoy interpelando continuamente a la ética y el derecho. Hay que reconocer que el derecho va lentamente detrás de estos avances. De todos modos hoy existe en el mundo una importante legislación (nacional e internacional), sobre la protección de embriones, sobre participación en experiencias clínicas, fecundación asistida, fecundación artificial, transferencia de embriones, bancos de semen, tráfico de órganos, etc., que han puesto un poco de control y han condicionado la investigación científica de acuerdo con los intereses y las convicciones morales mayoritarias de una sociedad política concreta o de la misma sociedad internacional. Sin embargo, la vida científica y la experiencia clínica van mucho más de prisa que lo que las convicciones sociales y sobre todo la misma legislación pueden prever y concretar[26].

Ahora bien, lo que está replanteando el avance de las ciencias biológicas es la vieja cuestión de los límites de la ciencia en relación a la ética y al derecho. Siempre que la ciencia llega a los límites donde empieza la imaginación humana, surgen los miedos y también más graves interrogantes éticos. Sobre todo surge la pregunta si la sociedad, por medio del Estado y del Derecho, debe intervenir en esta clase de investigaciones y hasta dónde debe intervenir. La respuesta no es fácil. En todo caso hay un dato que me parece incuestionable: la ciencia no opera en un vacío axiológico, porque tiene unos fines y unos valores a los que, implícita o explícitamente, sirve, y tampoco opera en un vacío económico, porque no se investiga

[24] Murray, Thomas H., «Ethical issues in human genome research.», *op. cit.*, págs. 284-288.
[25] Murray, Thomas H., «Ethical issues in human genome research.», *op. cit.*, págs. 289-292.
[26] R. Martín Mateo, *Bioética y Derecho,* Barcelona, Editorial Ariel, 1987.

-y menos a estos niveles- a partir de un patrimonio personal, sino por medio de fondos de financiación de tal envergadura que, sean o no sean de titularidad pública, deben ser controlados públicamente por instancias democráticas en razón de la importancia de sus consecuencias sociales. Por ello no debe rechazarse en principio el control o la fijación de ciertos límites a la investigación científica, si fueren necesarios, desde la legitimidad de un Estado democrático de Derecho o de un orden jurídico internacional razonablemente democrático.

Pero, por otro lado, en principio y por principio, se debe ser enormemente respetuoso con la libertad científica, expresión concreta de la libertad de pensamiento, que no debe sentirse continuamente amenazada por la sospecha o por la posibilidad de unos efectos perversos. Desgraciadamente muchos de los grandes progresos de la humanidad se han hecho desde una libertad científica que se ha tenido que enfrentar a un sistema social, jurídico y político que no estaba dispuesto a consentirle sus experiencias o sus innovaciones («aventuras») científicas.

Se debe reconocer que es muy difícil concretar unos criterios para armonizar el control democrático de la ciencia y la libertad científica, si bien hay un dato que no debe olvidarse: las ciencias se desarrollan bajo el impulso de poderes que no siempre son visibles. En este sentido, mi propuesta sobre los límites de las ciencias biológicas es «la publicidad» sobre cómo, para qué y con qué medios técnicos y financieros se «hace ciencia» y de quién son esos medios. Esa publicidad podrá servir para que órganos efectivamente representativos de los intereses generales de la humanidad y de las sociedades políticas particulares establezcan los marcos legales, y no sólo éticos, dentro de los cuales han de desarrollarse esas ciencias biológicas.

El espectacular desarrollo de las ciencias biomédicas está replanteando la contradicción entre la libertad individual (en este caso, la libertad científica) y los intereses generales de la humanidad como especie y de su contorno natural. Esta contradicción no tiene síntesis perfectas, sino salidas ambivalentes, que pretenderán servir al mismo tiempo a la protección de los intereses generales y a la misma libertad científica. En determinados momentos y casos esas leyes controlarán y restringirán la libertad científica, pero en otros momentos y casos las leyes serán más permisivas y la humanidad tendrá que correr unos riesgos si quiere ser respetuosa con la libertad científica, que no sólo es una exigencia de la dignidad humana, sino una fuente decisiva para el progreso y el bienestar de la humanidad. No todo lo que es científica y técnicamente posible puede permitirse, pero tampoco todo lo que la libertad individual

pueda imaginar o crear puede impedírse. Este es el juego duro y a veces dramático en el que están insertos los investigadores científicos y las instituciones estatales e internacionales democráticas.

DOXA 15-16 (1994)

DESDE LA «MODESTA PROPUESTA» DE J. SWIFT HASTA LAS «CASAS DE ENGORDE»

Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños

1 Es bien conocida la descripción de Jonathan Swift sobre la lamentable situación de la infancia menesterosa en la Inglaterra de comienzos del siglo XVIII:

> «Creo que todas las partes estarán de acuerdo en que este prodigioso número de niños en los brazos o en las espaldas o tras los talones de sus madres -y frecuentemente de sus padres- es, en el deplorable estado actual del reino, un muy grande agravio adicional; y, por lo tanto, cualquiera que descubra un método equitativo, barato y fácil para lograr que estos niños se conviertan en miembros útiles de la comunidad merecerá que el público le levante un monumento por haber preservado a la nación»[1].

Y también es conocida la solución propuesta:

> «Un muy bien informado americano conocido mío en Londres me ha asegurado que un niño de un año bien alimentado es una comida deliciosa, nutritiva y sana, sea guisado, asado, al horno o hervido y no tengo ninguna duda que servirá también como fricassee o como ragout»[2].
>
> «En nuestra ciudad de Dublín podrían establecerse carnicerías a tal fin en los lugares más convenientes y a los carniceros se le podría asegurar que no tendrán que esperar, aunque recomendaría más bien comprar a los niños vivos y aliñarlos

[1] Cfr. J. Swift, «A Modest Proposal» en Carl van Doren (ed.), *The Portable Swift,* Middlesex, Penguin Books, 1976, págs. 549-559, pág. 549.

[2] Ibídem, pág. 551.

calientes con el cuchillo como hacemos cuando asamos cerdos»[3].

Según Swift, la puesta en práctica de esta propuesta aliviaría la situación económica de los pobres y sería de provecho para los ricos quienes podrían gozar de nuevos manjares. Beneficio, pues para ambas partes. La comunidad, en general, saldría ganando, ya que se vería libre del peligro de futuros ladrones y vagabundos.

2. Doscientos cincuenta años más tarde, la terrible «propuesta» de Swift ha sido puesta en práctica con una eficiencia insospechada en la época en que fuera formulada. Algunos ejemplos de América Latina pueden bastar para ilustrar esta situación:

a) A partir de 1982, comenzó a hablarse en Guatemala de los llamados *huérfanos del altiplano,* es decir, niños que eran comercializados para la venta de órganos. Llegó incluso a pensarse en establecer un sistema de «embarazo por encargo»[4].

b) En enero de 1987 se descubrió en San Pedro Sula (Honduras) una *casa de engorde* en cuyas cercanías se encontraron varios cadáveres de niños, entre ellos recién nacidos, a los que se les había extirpado uno o varios órganos.

c) En el mes de marzo de 1987, en una *casa de engorde* en Guatemala se descubrió un fichero de venta de 170 niños, la mayoría de los cuales habían sido enviados al extranjero para extirparles órganos.

d) Dos semanas antes de la denuncia de CODEHUCA, el diario *El Gráfico* de Guatemala incluía el siguiente titular: *Exportaban bebés para destace,* es decir, para descuartizar, hacer piezas o pedazos.

e) En 1988, la Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos en Centroamérica (CODEHUCA) dio a conocer una nota en la que bajo el título *Cruel tráfico de niños para vender sus órganos* denunciaba que «los niños serían enviados a Estados Unidos e Israel con el objeto de vender sus órganos por 75.000 dólares a familias interesadas en transplantes para sus hijos con deficiencias»[5].

f) El 17 de octubre de 1990, en el diario *Excelsior* (Costa Rica) podía leerse la siguiente noticia: *El tráfico de niños y órganos sacude a Costa Rica. A los infantes les extraen riñones y pulmones*.

---

[3] Ibídem, pág. 553.

[4] Cfr. 3. Martín Medem, *Niños de repuesto. Tráfico de menores y comercio de órganos,* Madrid, Editorial Complutense, 1994, pág. 68.

[5] Cfr. ibídem, pág. 66.

Denuncian a un narco ligado a un «matadero» de niños en Estados Unidos[6].

g) En 1993, se descubrió en Honduras una red de *casas de engorde*.

Ya el 15 de septiembre de 1988 el Parlamento Europeo había aprobado una resolución condenando la práctica de las *casas de engorde,* llamadas también *granjas de bebés.* Swift había pensado en un sistema de «engorde» más individualizado: cada madre debía dar de mamar abundantemente a su bebé un mes antes de la venta a fin de volverlo «rechoncho y gordo para una buena mesa»[7]. La idea de *casas de engorde* o de *granjas de bebés* hubiera sido un enfoque industrial inimaginable a comienzos del siglo XVIII, que habría asegurado un abastecimiento perfecto para mayor tranquilidad de carniceros impacientes.

Esta tragedia se produce en el marco de países que celebran la consolidación de la democracia y reciben el elogio de politólogos y sociólogos por la línea de desarrollo que han sabido imponer a sus economías, con el supuestamente seguro avance hacia un mundo social más justo[8].

3. Pero no es necesario recurrir al ejemplo de las «casas de engorde» para poner de manifiesto la trágica situación de la infancia latinoamericana. Está también en el caso de los llamados *niños de la calle* o *niños del asfalto:* unos 21 millones según el informe de 1990 de la Organización Mundial de la Salud. De acuerdo con datos de la UNICEF, en México mueren cada 24 horas 500 niños menores de cinco años a causa de desnutrición y por la misma causa cada día se suman a la población 5.000 menores dañados física y mentalmente de por vida[9]. En el Brasil, según informes de Amnistía Internacional, cuatro niños mueren al día asesinados.

Desde luego, América Latina no tiene el privilegio exclusivo del tratamiento inhumano de la infancia. Como es bien sabido, niños y mujeres constituyen el grupo numéricamente más significativo de

---

[6] Cfr. ibídem, pág. 11.

[7] Cfr. J. Swift, *op. cit.*, pág. 552.

[8] El ex presidente de México, Carlos Salinas de Gortari, no obstante las protestas sociales en Chiapas y el descalabro financiero que legó a su sucesor, fue calificado de «visionario» y «excelente economista» por los diplomáticos que asistieron en Ginebra a la presentación de su programa como posible director de la Organización Mundial del Trabajo (cfr. *El País* del 20-1-1995). El hecho de que sus planes resultaran frustrados por la «anécdota» de las actividades supuestamente criminales de su hermano no altera en nada el carácter de este tipo de desarrollo que ha sido designado adecuadamente como la *«modernización bárbara»*.

[9] Cfr. Martín Medem, *op. cit.*, pág. 50.

los refugiados y perseguidos en Asia y África. En los países del Este de Europa, los niños *del asfalto* y los fenómenos de la prostitución y la mendicidad infantiles son de sobra conocidos. Y también en el resto de Europa, en naciones tradicionalmente democráticas, la crónica diaria abunda en la descripción de actos de violencia cometidos contra los niños pertenecientes a las más diversas categorías económicas y sociales. No es mi intención reiterarla aquí. Me interesa, en cambio, considerar diversas propuestas formuladas para el tratamiento de la precaria situación de la infancia y las responsabilidades éticas que ella implica. El caso de los niños puede servir, además, para formular algunas consideraciones acerca de cuáles pueden ser las condiciones necesarias para lograr una sociedad medianamente justa.

4. Un enfoque de esta cuestión consiste en equiparar la situación de los niños a la de otros grupos sociales oprimidos. Se argumenta entonces que así como, por ejemplo, se ha ido superando la discriminación humillante de las mujeres a través de movimientos de liberación, la vía para la solución de los problemas infantiles tendría que partir de la organización de grupos de liberación integrados por los propios niños.

A comienzos de los años 70 se publicaron una serie de escritos que propiciaban la liberación de los niños. Los más significativos fueron los de Daniel Farson, *Birthrights* (1974) y de John Holt, *Escape from Childhood* (1974). De lo que se trataba era de eliminar la presión de estructuras a las que se imputaba autoritarismo, es decir, la familia y la escuela. Así como el sexismo era una forma de consolidar la opresión de las mujeres y el racismo la expresión de la discriminación de la población de color, el «edanismo» *(«ageism»)* sería el medio más eficaz para privar a los niños de sus derechos. Según Holt y Farson, la inocencia y la incompetencia de los niños no seria una cualidad natural sino más bien una construcción ideológica que serviría de apoyo para negarles derechos. Se trataría de una proyección en los niños y jóvenes de las propias necesidades de los adultos[10]. La propuesta de Farson culminaba en la exigencia del derecho de autodeterminación de los niños:

> «El tema de la autodeterminación es el núcleo de la liberación de los niños. Es, en realidad, el único tema, una definición de todo el concepto. La aceptación del derecho de los niños a la autodeterminación es el fundamento de todos los derechos que corresponden a los niños»[11].

---

[10] Cfr. David Archard, *Children, Rights & Childhood,* Londres/Nueva York, Routledbe, 1993, pág. 49.

[11] Cfr. ibídem, pag. 51.

Es verdad que en algunos casos, sobre todo en las sociedades desarrolladas, la escuela y la familia pueden presentar rasgos de autoritarismo que condicionan y frustran las posibilidades de desarrollo de la personalidad infantil, pero la analogía entre la situación de los niños y la de las mujeres o la de los pueblos oprimidos es falsa. En estos dos últimos casos, de lo que se trata es de asegurar posibilidades de autodeterminación, es decir, del ejercicio autónomo de derechos por quienes están capacitados para ello. Pero, si hay, algo que caracteriza la situación de los niños es justamente la imposibilidad que ellos tienen de ejercer con éxito los derechos que les puedan corresponder como seres humanos. Por ello, su situación de dependencia es radicalmente diferente. Para decirlo con palabras de Onora O'Neill:

> «Los niños son completa e inevitablemente dependientes de aquellos que tienen poder sobre sus vidas. La de ellos no es una dependencia que haya sido creada artificialmente (aunque puede ser prolongada artificialmente); ni puede ser terminada meramente por cambios políticos o sociales...»[12].

La tesis liberacionista desconoce u oculta la verdadera condición de la dependencia infantil y aspira a superarla recurriendo a la exigencia de la igualdad ante la ley. Al pretender equiparar a los niños con los adultos, refuerza justamente la vulnerabilidad infantil dada la incapacidad básica de los niños para ejercer por sí mismos sus derechos. Si según Farson y Holt los niños son actualmente las víctimas de la ideología de los adultos, razón por la cual los más jóvenes no tendrían interés en ejercer los derechos que se les concedieran, parece extraño

> «hacer depender la posesión de estos derechos de un interés que probablemente no existirá y que sería activado sólo por el mismo uso de estos derechos. ¿Deberían los adultos obligar a los niños para que elijan tener los derechos de elección. ¿Deberían los niños no poder elegir acerca de si desean ser electores?»[13].

Conviene, creo, dejar de lado la tesis liberacionista.

5. El rechazo de la tesis liberacionista no implica necesariamente abandonar el enfoque de los derechos. Podría sostenerse que tan

---

[12] Cfr. Onora O'Neil, «Children's Rights and Children's Lives» en *Ethics* 98 (abril, 1988), págs. 445-463, pág. 461.

[13] Cfr. David Archard, *op. cit.,* pág. 51.

sólo se requiere prescindir de una interpretación voluntarista de los derechos. Elemento fundamental de la teoría voluntarista es el carácter discrecional del ejercicio de los derechos. En el caso de los bebés, por ejemplo, resulta verdaderamente absurdo hablar de discrecionalidad en el sentido de que pudieran decidir ejercer o no el derecho a ser alimentados:

> «No es el caso de que el niño o alguien que se supone que actúa en nombre del niño tenga la opción de hacer valer el deber de cuidado y alimento, opción que podría ser ejercida o no de acuerdo con una elección arbitraria. Si el niño necesita más cuidado que el que se le proporciona no hay aquí ninguna discrecionalidad que pueda ser ejercida o no, lo que hay que proporcionar es un mayor cuidado. Por supuesto, existe discrecionalidad para juzgar acerca de toda cuestión de «necesidad» pero es una discrecionalidad de un tipo no contemplado por la teoría voluntarista»[14].

En el caso de los niños, lo relevante para el otorgamiento de derechos no es el aspecto volitivo, sino el de la necesidad. No hay que olvidar que existe una diferencia importante entre necesidades y deseos. Mientras que con respecto a las necesidades básicas, o intereses vitales, uno puede equivocarse, es decir, creer que uno no necesita lo que en realidad necesita o al revés, en el caso de los deseos (si ellos están formulados en primera persona singular) uno no puede equivocarse con respecto a lo que deseo. Tiene sentido decir: necesito, pero puede ser que me equivoque y que en verdad no lo necesite; pero resulta absurdo decir: deseo *x* pero puede ser que me equivoque y que no desee *x*.

Las necesidades no dependen de la voluntad de las personas, sino de cómo es el mundo. Por ello, es falaz vincular conceptualmente necesidad con deseo. No es que necesite algo porque lo desee, sino que lo deseo porque lo necesito. Esta asimetría entre desear y necesitar se vuelve patente en el caso de los niños de corta edad. Aun cuando estemos dispuestos a aceptar que John Stuart Mill podía sostener con algún grado de plausibilidad que cada cual es el mejor juez de sus propios intereses, no hay duda que ello no cabe para el caso de los niños. Por eso es aconsejable también abandonar la tesis voluntarista y abogar por la tesis paternalista que el propio Mill aceptaba en el caso de los niños. Y también conviene rechazar la

[14] Cfr. Neil MacCormick, «Children's rights: a test-case for theories of right» en del mismo autor, *Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy,* Oxford, Clarendon Press, 1982, págs. 154-166, pág. 158.

interpretación voluntarista de los derechos y sustituirla por la tesis de la atribución de derechos sobre la base de los intereses de las personas en tanto seres autónomos.

6. Pero en el caso de los niños, el ejercicio de su autonomía está condicionado por una situación de radical vulnerabilidad. Quienes se encuentran en una situación tal no están en condiciones de negociar por sí mismos relaciones equitativas de reciprocidad de derechos y obligaciones:

> «Los seres humanos no son meramente seres racionales distintos: son también seres *vulnerables* y *necesitados* en el sentido de que su racionalidad y su mutua independencia -la base propiamente dicha de su agencia- es incompleta, mutuamente vulnerable y socialmente producida. Nuestra agencia es vulnerable en múltiples vías y lo es particularmente en ciertos estadios de nuestras vidas. A menos que los niños reciban cuidado físico y socialización adecuada, no sobrevivirán: si sobreviven, no podrán convertirse en agentes competentes: sin educación e instrucción apropiadas a su sociedad, carecerán de las capacidades para actuar que se necesitan para funcionar en el contexto específico de que disponen. Una pluralidad de seres racionales distintos que están tan necesitados no pueden, por lo tanto, actuar sobre principios de indiferencia mutua»[15].

El concepto de vulnerabilidad es doblemente relacional: con respecto a una o más personas que están mejor situadas para dañar y ayudar y con respecto a la adquisición y conservación de ciertos bienes.

Existen vulnerabilidades absolutas y relativas: en las relativas, quien se encuentra en situación de vulnerabilidad puede, si se eliminan condiciones marco de explotación o discriminación, adquirir y conservar los bienes que le importan. La o las personas vulnerables reclaman en estos casos la eliminación de la opresión. Su incapacidad es relativa.

En el caso de la vulnerabilidad absoluta no basta la eliminación de la situación de opresión, sino que se requiere la adopción de medidas de ayuda. Por ello es que los casos de vulnerabilidad absoluta son los casos claros de paternalismo justificado. Los niños son absolutamente vulnerables y ello los convierte en incapaces básicos en el sentido estricto de la palabra: no sólo no pueden

[15] Cfr. Onora O'Neill, *op. cit.*, pág. 457.

medir el alcance de muchas de sus acciones, sino que tampoco están en condiciones de satisfacer por sí mismos sus necesidades básicas.

Pero, a diferencia de otras incapacidades básicas, la de los niños es naturalmente superable con el mero transcurso del tiempo: cuando se deja de ser niño se puede pasar a la condición de capaz básico o de incapaz relativo. Hasta qué punto ello puede lograrse depende, en no poca medida, de la forma como hayan sido atendidas sus necesidades durante un determinado período de sus vidas.

7.Aun si se acepta una concepción no voluntarista de los derechos de los niños y se imponen medidas paternalistas, es aconsejable avanzar un paso más y sostener que ellas constituyen el contenido de deberes cuya vigencia es independiente de la posibilidad real de los niños de hacer valer sus derechos. Estos deberes no sólo son de naturaleza negativa, es decir, prohíben dañarlos por acción u omisión, sino también positiva, es decir, exigen la realización de medidas de ayuda. Siguiendo una propuesta de Onora O'Neill, puede afirmarse que con respecto a los niños existen los siguientes deberes:

a) El deber *universal* de no lesionarlos o abusar de ellos; vale para todos con respecto a todos los niños;

b) deberes universales *perfectos.* En ellos se especifica quién está sujeto a la obligación y quién es el destinatario de la misma;

c) deberes universales *fundamentales*«en el sentido de que no derivan de ninguna otra pretensión o relación ética más básica y no dependen de arreglos sociales o políticos específicos o de un acto previo de obligación»[16];

d) deberes u obligaciones *imperfectas,* que no tienen un correspondiente correlato en los derechos pero que, sin embargo, tienen importancia vital por lo que respecta a la calidad de vida de los niños.

La perspectiva de O'Neill tiene la ventaja de ampliar la visión ética del problema infantil al introducir un tipo de deberes que no se basan en pretensiones específicas del destinatario de las medidas de ayuda, sino que abren la vía a una consideración más adecuada de una situación de especial vulnerabilidad. Se trata de casos en los cuales, «sin violar derechos», pueden afectarse posibilidades de desenvolvimiento futuro de la personalidad:

[16] Cfr. ibídem, pág. 447.

> «La retórica de los derechos es útil principalmente para agentes que son, en gran medida, impotentes, pero que, al menos, pueden ejercer una presión, aunque no sea más que una retórica desde abajo. Los niños son más fundamental, pero menos permanentemente impotentes: su remedio es básicamente crecer. Porque este remedio no puede ser logrado rápidamente, son peculiarmente vulnerables y tienen que confiar más que otros grupos impotentes en prácticas e instituciones sociales que aseguren el cumplimiento de otras obligaciones. Las grandes desemejanzas entre la dependencia de los niños y la de otros miembros sociales oprimidos sugiere que la retórica de los derechos rara vez puede conferir más poder a los niños»[17].

8. El concepto de obligación está esencialmente vinculado con el de responsabilidad. Es la existencia de deberes la que nos permite hablar de responsabilidad moral. Somos moralmente responsables de un estado de cosas en la medida en que éste sea la consecuencia de la violación de un deber moral. Esta responsabilidad es tanto mayor cuanto mayor sea el grado de vulnerabilidad del destinatario de la obligación. En el caso de los niños cabe la pregunta que Rousseau formula en su *Emilio:*

> «¿Hay algo más débil y desdichado que un niño, algo tan totalmente a merced de quienes lo rodean, tan dependiente de su piedad, su cuidado y su afecto?»[18]

Porque ello es así, los documentos de protección a la infancia suelen no reducir la responsabilidad por los niños a sus padres o familiares, sino que la extienden a los gobiernos. Así en la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989 se obliga a los gobiernos a:

a) Garantizar en la máxima medida de lo posible la supervivencia y el desarrollo de los niños.

b) Asegurar a los niños la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar.

c) Proteger a los niños contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual.

d) Garantizar que el interés superior de los niños sea la consideración

---

[17] Cfr. ibídem, pág. 463.

[18] Cfr. Robert E. Goodin, *Protecting the Vulnerable. A Reanalysis of Our Social Responsabilities,* Chicago/Londres, The University of Chicago Press, 1985, pág. 33.

primordial en las adopciones y que, en el caso de adopción de personas que residan en otro país, no haya beneficios económicos.

e) Impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

En los países de América Latina, al igual que en muchos otros del llamado Tercer Mundo, prácticamente ninguna de estas obligaciones es asumida por los respectivos gobiernos y la situación de penuria económica de amplias capas de la población vuelve muchas veces tácticamente imposible el cumplimiento de las responsabilidades familiares con respecto a los niños. Se han creado así las situaciones óptimas para que se den las condiciones-Swift de explotación.

Una sociedad que no asegure la satisfacción de las necesidades básicas de la mayor parte de la población (los niños lo son) es una sociedad miserable. Y una sociedad estructurada de forma tal que la obtención del bienestar de parte de sus miembros es sólo posible a costa de la mayoría es injusta[19]. Las sociedades latinoamericanas y sus similares caen, pues, dentro de la clase de las sociedades miserables e injustas.

Pero estas situaciones no son el resultado de ninguna catástrofe natural, sino de un modelo de organización política y económica que aspira a reducir las funciones del Estado tan sólo a la protección y promoción de las necesidades e intereses de grupos minoritarios. El caso de los niños es por ello interesante también si se lo toma como una manifestación patente de formas de convivencia carentes de toda posible legitimidad. A este respecto quiero ahora referirme.

9. Condición necesaria para poder predicar la legitimidad de un orden político-social es la existencia de una sociedad homogénea, es decir, que una sociedad en la que todos sus miembros tienen normalmente la posibilidad de satisfacer sus necesidades básicas, sean éstas primarias o secundarias, y gozan del respeto de sus deseos legítimos.

Necesidades básicas primarias son aquellas cuya satisfacción es indispensable para asegurar la vida en cualquier sociedad. Necesidades básicas secundarias son aquellas cuya satisfacción es indispensable para vivir con dignidad en una sociedad determinada. Como se ha dicho más arriba, una sociedad que no está en condiciones de satisfacer las necesidades básicas primarias es una sociedad

[19] Tomo las definiciones de sociedad miserable y sociedad injusta de Mario Bunge. Cfr. Ernesto Garzón Valdés, «Necesidades básicas, deseos legítimos y legitimidad política en la concepción ética de Mario Bunge» en del mismo autor, *Derecho, ética y política.* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 417-435..

miserable. Una sociedad que no puede satisfacer las necesidades básicas secundarias es una sociedad indecente.

El adverbio «normalmente» referido a la satisfacción de las necesidades básicas es importante si se admite que pueden darse casos de conflicto entre la satisfacción de necesidades básicas idénticas de personas diferentes. Creo que es imposible excluir la aparición de estos casos trágicos, cuya solución ética plenamente satisfactoria es, por definición, imposible. Inferir de aquí que cuando se presenta un caso trágico la sociedad deja de ser homogénea volvería inútil el concepto de sociedad homogénea. Por otra parte, el adverbio «normalmente» permite sugerir que las sociedades que no son homogéneas presentan características de verdadera tragedia, ya que en ellas la no satisfacción de las necesidades básicas es la regla y no la excepción.

La posibilidad de satisfacción de las necesidades básicas delimita el campo de lo no negociable, de lo que en otros trabajos he llamado el «coto vedado» a la negociación. Con él deseo designar aquellos aspectos de la convivencia social que no pueden ser objeto de compromiso. La imposibilidad del compromiso no es aquí una imposibilidad fáctica, sino normativa: es la ética la que prohíbe negociar la posibilidad de la satisfacción de las necesidades básicas (salvo en los casos excepcionales de las situaciones trágicas). El cumplimiento de los deberes que implica el mantenimiento del coto vedado incluye, desde luego, el tratamiento humanamente digno de los niños, pero también de los adultos. Cuando tal no es el caso, los miembros de una sociedad se convierten en seres vulnerables, objeto de explotación por las minorías que detentan el poder. En este sentido podría decirse que una sociedad injusta es aquella que institucionaliza la vulnerabilidad de parte de sus miembros o, para mantenernos dentro del marco de este trabajo, que mantiene a parte de su población en desvalido infantilismo.

Si lo que importa para el aseguramiento de una sociedad homogénea es la superación del desvalido infantilismo, no cuesta mucho aceptar que ello requiere también la superación y/o compensación de las desigualdades accidentales o permanentes a través del cumplimiento de deberes negativos y positivos.

La sociedad homogénea es, pues, una sociedad que asegura la igualdad de sus miembros en el sentido de que los equipara como seres autónomos capaces de formular sus planes de vida dentro del marco de las posibilidades fácticas que ella ofrece. Lo único cerrado en esta sociedad es el «coto vedado»; fuera de él, lo que importa es justamente asegurar su apertura a la satisfacción de los deseos y necesidades secundarias de las personas. Toda sociedad abierta es, por ello, una sociedad tolerante pero, así como la tolerancia presupone

un cerco de intolerancia si es que no quiere convertirse en tolerancia boba, así también la sociedad abierta presupone un núcleo cerrado si no quiere estar librada a la tiranía de los pocos o de las mayorías. Una sociedad abierta sin «coto vedado» es una sociedad que, por el propio dinamismo que a ella le imponen quienes por astucia, suerte o capacidades especiales disponen de un mayor poder efectivo, termina condenando a la vulnerabilidad a buena parte de sus miembros.

Vistas así las cosas, puede también afirmarse que la aceptación del «coto vedado» equivale a fijar el punto de partida para una organización político-social que apunta al establecimiento de un Estado social. Si, además, se establece un procedimiento para la toma de decisiones negociables que asegure la participación de todos los miembros de la sociedad y el principio de la mayoría, se habrá dado un paso decisivo hacia un Estado social democrático. Con palabras de Elías Díaz podría hablarse de un avance

> «para la construcción en nuestro tiempo de una sociedad democrática y de un Estado democrático de derecho donde cada vez más plenamente se institucionalicen jurídicamente y se realicen materialmente todas las posibilidades y dimensiones del hombre real»[20].

10. Pero el caso del desvalimiento infantiles no sólo instructivo para reflexionar acerca de las posibilidades de superar la vulnerabilidad de los miembros de una sociedad.

Pienso que también tiene interés considerar ahora a nivel de la sociedad en general la perspectiva de los derechos y los deberes a la que me he referido más arriba.

La perspectiva de los derechos, al establecer la correlación entre éstos y los deberes, suele conducir a una versión contractualista de la justicia basada en relaciones de reciprocidad y de indiferencia recíproca que aspira a la satisfacción de preferencias exclusivamente individuales. Quienes no están en condiciones de articularlas o de imponerlas quedan irremediablemente marginados de las posibilidades de acceso a la satisfacción de sus necesidades.

Cuán insuficiente es esta perspectiva desde un punto de vista ético es algo que se aprecia muy claramente en el caso de los niños. En modo alguno puede hablarse aquí de una empresa colectiva en la que cada uno de sus participantes realiza prestaciones que son las que a su vez permite el goce de ciertos beneficios. La relación con los niños no admite la idea de contraprestaciones, elemento esencial de

---

[20] Cfr. Elías Díaz, *Estado de derecho y sociedad demográfica,* Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1966, pág. 127.

toda relación contractual, justamente porque no puede haber relaciones de reciprocidad cuando una de las partes es, por definición, vulnerable.

Pero no sólo para el caso de los niños resulta insuficiente el enfoque contractualista o de la reciprocidad. También lo es cuando se trata de buscar soluciones éticamente aceptables a la relación con las generaciones futuras o con otros seres vivientes que no son personas. Hablar de reciprocidad en estos casos requiere algo más que un esfuerzo de imaginación.

Quizá resulte más fecundo insistir en la perspectiva de los deberes y en la idea a ellos vinculada de responsabilidad. Ello puede llevarnos también a la aceptación de un punto de vista que considero más fecundo cuando se trata de formular diseños de comportamientos que permitan una convivencia justa. Se trata de la perspectiva de la imparcialidad, es decir, de asumir una actitud que me permita colocarme en la situación del otro, sin esperar otra contraprestación como no sea la adopción por su parte de una actitud también de imparcialidad. Sólo desde esa perspectiva es posible llegar a la formulación de principios y reglas universalizables. En el fondo, lo que exige la actitud de imparcialidad es abandonar los condicionamientos especiales del interés de cada cual para poder así convertirse en agente moral. No otra cosa es la que postulaba Kant con su idea de autonomía.

* * *

Comencé con la referencia al mundo cruel imaginado por Swift para criticar a la sociedad de su tiempo. A través de la descripción de situaciones reales y cercanas de las que solemos ser testigos mudos o impotentes, traté de formular algunas propuestas de consideración ética que me permitieron referirme al problema más general de una sociedad justa. La obtención de ese estado de cosas ha sido preocupación permanente de Elías Díaz. Ha sabido manifestarla como debe hacerlo todo intelectual honesto: formulando en innúmeros escritos propuestas de una sociedad democrática que supere la vulnerabilidad de los débiles. Y lo ha hecho también con sentido realista, sin caer en la ensoñación de la utopía. Ello explica, me parece, su interés por referirse siempre a los problemas concretos de la sociedad en la que le ha tocado vivir, rastreando en el devenir del pensamiento social español propuestas de solución afines con los condicionamientos específicos de su patria y revalorizando una historia que ofrece buenos puntos de partida para la defensa de la autonomía individual en el sentido que aquí he tratado de defender.

DOXA 15-16 (1994)

PROBLEMAS DE TEORÍA DEL DERECHO

GEOGRAFÍA DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA *

Objetivo

La invitación de Letizia Gianformaggio a participar en el V Congreso Kelseniano -Siena, mayo 1993- tuvo la virtud de obligarme a trabajar un tema que se considera importante en la tradición analítica pero que me ha dejado perplejo. En este trabajo pretendo -en primer lugar- mostrar de una forma sintética cómo la doctrina ha resaltado la importancia de las normas de competencia, y, al mismo tiempo, no ha sido capaz de avanzar en una construcción conceptual suficientemente compartida. En la introducción trataré de poner de manifiesto las inseguridades y las ambigüedades de algunos autores importantes.

En una segunda fase voy a sugerir que los autores analizados -que han tratado este tema- han intentado ofrecer un concepto unitario de normas de competencia de tal forma que todas aquellas entidades que usualmente se denominan normas de competencia tienen un conjunto de propiedades comunes. Mi posición es que se comete la falacia de la composición al tratar de imponer unas propiedades a todas las clases de normas de competencia porque se parte de un caso ejemplar muy concreto -y en el que todo el mundo está de acuerdo- y se infiere de él las propiedades que toda norma de competencia debe tener. Sostendré que las diversas doctrinas incurren en el vicio de esencialismo y argumentaré por qué conviene desterrarlo.

En una tercera fase sugeriré una vía para comprender las normas de competencia. Creo que las normas de competencia no sólo son relevantes para las instituciones aplicadoras del derecho -como afirma

* Esta investigación ha sido posible gracias a la ayuda ofrecida por la CIRIT y la DGCYT al equipo de profesores de la Universitat Pompeu Fabra. Debo agradecer especialmente a Ricardo Caracciolo y a Juan Ruiz Manero sus comentarios y críticas.

Raz- sino que también para las productoras de derecho y para otro tipo de reglas que hacen referencia a las normas. Un primer criterio de clasificación que utilizaré es el de la distinción entre normas de conducta y normas que hacen referencia a otras normas -que denominaré metarreglas-. La noción de metarreglas que Hart sugirió puede ser ampliada con un modelo que ofrezca una muestra más completa de los distintos tipos de metarreglas que denominaremos normas de competencia.

Otro buen criterio de clasificación para completar nuestra geografía será tener en cuenta cuáles son las consecuencias jurídicas del seguimiento de las normas de competencia. Los conceptos más básicos a utilizar serán el de la inexistencia, la anulabilidad y la sanción como ha sugerido Ricardo Guastini. Y convendrá señalar ya de buen principio que la anulabilidad tiene diversos grados. También cabría tener en cuenta que -en muchas ocasiones- las teorías tropiezan con problemas difíciles de resolver, como es la exigencia de la aceptación de un presupuesto muy fuerte según el cual la actividad estatal es siempre actividad jurídica y que permite -en principio- validar las decisiones de la administración como correctas jurídicamente mientras que no ocurre lo mismo con las privadas. Eso debe relacionarse con ciertos privilegios -no superados- que tiene la autoridad incluso cuando obra fuera de su competencia. En el fundamento del argumento podemos encontrar la idea de que no se puede suponer sin mas que la actividad estatal es siempre actividad jurídica. En el trasfondo del problema se encuentra la cuestión que tanto preocupó a los clásicos: ¿es posible limitar el gobierno?, ¿cuáles son las normas que todo gobierno debe respetar?

Institucionalización y reglas de competencia

Existe un amplio acuerdo en la doctrina sobre el carácter institucional del derecho. El derecho es uno de los sistemas normativos mejor organizados e institucionalizados que nos envuelve aunque conviene señalar que existen otros sistemas normativos institucionalizados que no son sistemas jurídicos[1]. Los juristas acostumbran a tratar los problemas de la institucionalización como si fueran condiciones necesarias y suficientes para poder hablar del derecho. Sin embargo, conviene ser conscientes de que el mundo normativo que nos envuelve es muy complejo y que la institucionalización es condición

[1] Tal es el caso de algunos juegos. Véase sobre este punto el trabajo de J. Raz: *Razón Práctica y Normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, capítulo 4.

necesaria pero no suficiente de la existencia del derecho. De la misma forma que los juegos no son sólo un conjunto de reglas, sino que exigen compartir el valor del juego -ganar por ejemplo- el derecho puede ser considerado como un conjunto ordenado de normas, pero que tiene ciertas pretensiones necesarias -como las de comprehensividad, autoridad suprema y la de constituir sistemas abiertos- para que se pueda predicar su existencia.

Ahora bien, ¿qué entendemos por institucionalización? Una primera aproximación intuitiva nos muestra que la institucionalización está relacionada con la organización de las actividades de los órganos del estado conforme a algunas reglas básicas. La idea de institucionalización hace referencia a la idea de organización y de orden, es decir, a la idea de que el sistema ofrece respuestas previsibles, seguras y reiterables, a la idea de que el sistema se innova a través de procedimientos establecidos. La institucionalización se realiza a través de reglas.

Raz ha insistido especialmente en el carácter institucional del derecho y ha resaltado la importancia de sus instituciones aplicadoras. El criterio que utiliza Raz no es el de la función que realizan los órganos del estado, sino el de la forma mediante la cual la ejercen. Según Raz los sistemas jurídicos no se identifican sólo por el hecho de que contiene normas que confieren potestades o facultades para pronunciar determinaciones aplicativas de carácter obligatorio. Los sistemas jurídicos tienen que contener normas que confieren tales poderes o facultades a instituciones. Raz considera que lo que caracteriza al derecho positivo es ese poder para determinar autoritariamente la solución de problemas jurídicos. Parece ser pues que para identificar un sistema jurídico es preciso hacer referencia a esa institucionalización que se realiza a través de reglas que confieren poderes o facultades. La existencia de reglas de competencia -según Raz- es necesaria para la existencia del derecho, pero de ello no cabe inferir que si identificamos una norma de competencia entonces este sistema normativo es un sistema jurídico[4].

La insistencia de Raz sobre el carácter institucional del derecho y -especialmente- sobre el papel de las normas de competencia, no representa una novedad. Las normas de competencia juegan un papel muy importante en la teoría de los sistemas normativos. Existe acuerdo en la doctrina sobre su importancia. Sin embargo, no existe acuerdo sobre su estatuto normativo ni incluso sobre su función[5], de tal forma que bien se podría afirmar que existe un acuerdo sin que se

---

[4] Véase J. Raz, *La autoridad del Derecho,* UNAM, 1982, especialmente págs. 143 y ss.

[5] Un buen resumen de la reciente historia puede verse en el trabajo de Daniel Mendonca, *Introducción al Análisis Normativo,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, que he utilizado con provecho.

sepa exactamente cuál es el contenido significativo del mismo.

Para confirmar esta idea convendría analizar la posición kelseniana. En su *Teoría General del Derecho y del Estado,* pág. 3, Kelsen sugiere que «el derecho es un orden de la conducta humana. Un orden es un conjunto de normas. El derecho no es, como a veces se dice, una norma. Es un conjunto de normas que tiene el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de sistema. Es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada. Las relaciones entre las normas de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del derecho. Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico, puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho»[6].

Kelsen sostuvo que el sistema jurídico estaba compuesto por diversos elementos y se encuentra en el origen de una literatura sumamente sugestiva que ha ido depurando las ideas base de la teoría general de los sistemas normativos. Además, afirmó que las normas de competencia son normas dependientes de las normas de conducta y eso quiere decir que aquéllas sólo tienen sentido si se establece su relación con las normas independientes -que son las que establecen sanciones. Sin embargo, algunos autores como, por ejemplo, Raz, y en mayor medida Paulson, sostienen que la norma básica kelseniana es fundamentalmente una norma de competencia y, por tanto, sugieren -especialmente Paulson- que la tesis de la dependencia de las normas de competencia debe ser matizada y que es posible sostener que «la modalidad de conferir poderes es fundamental, lo cual significa, entre otras cosas, que las otras modalidades legales se construyan a partir de aquélla»[7].

En *Reine Rechtslehre,* 1960, y después en *Allgemeine Theorie der Normen, Kelsen,* explicó las diferentes funciones que cumplen los elementos que forman parte del sistema. Señaló que las normas tienen la función de ordenar, permitir, autorizar o derogar. Bajo el término general de autorización incluyó las ideas de capacidad, competencia,

---

[6] Véase H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado,* México, UNAM, 1969.

[7] Tuve la oportunidad de escuchar la argumentación de Paulson en Siena en el V Congreso sobre la obra de H. Kelsen, y el propio Paulson me proporcionó el texto básico de la argumentación titulado «On the Systemation thesis in Kelsen's Pure Theory of Law», pág. 5. Véase también J. Raz, «La Teoría de Kelsen de la Norma Fundamental» en J. Raz; *Autoridad del Derecho, op. cit.,* pág. 163, en la cual sostiene que la norma fundamental es una disposición jurídica que confiere potestades. Sobre este punto Kelsen es muy explícito en su Reine Rechtslehre & 6d y en «Der Begriff der Rechtsordnung», I, Logique et Analyse, 1958, reprinted in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule,* vol. 2, págs. 1.395-1.400 por la que se cita.

imputación y poder jurídico. Sostuvo -además- que las diferencias entre estos conceptos no son sustanciales y que corresponden a una función normativa que atribuye a un individuo la posibilidad de crear o aplicar normas (cap. XXVI de *Allgemeine Theorie der Normen).* Según Kelsen las normas de competencia son normas que autorizan[8].

Ha sido mérito indudable de Kelsen el poner énfasis en que el derecho no es sólo norma coactiva, aunque la conceptualización de las normas de competencia es cuanto menos confusa en su teoría[9]. En todo caso, la mayoría de los autores tratan de ver en el planteamiento kelseniano un prototipo de normas de competencia como normas dependientes de las normas de conducta. Pero esta posición no es compartida puesto que hay autores que defienden que las normas de competencia poseen un estatus independiente -tal sería el caso de Hart, Bulygin o de Raz[10].

El estatuto de las reglas de competencia

A partir de Kelsen el análisis de las normas de competencia ha sido uno de los grandes temas que ha ocupado a la mejor teoría analítica contemporánea. Las aportaciones de Hart, Ross, von Wright, Raz y Alchourrón y Bulygin son un buen ejemplo. Cuando nos preguntamos sobre el estatuto de las normas de competencia nos preguntamos si son normas que permiten o prohíben una conducta determinada o si bien tienen un estatuto distinto. En el seno de esta segunda respuesta se han ofrecido muchas variables.

Existen muchos planteamientos distintos sobre las normas de competencia.

---

[8] Sobre la teoría kelseniana de las normas de competencia véase S. Paulson, *An Empowerment Theory of Legal Norms,* Ratio Iuris, I, 1988. Paulson sostiene que existen varias interpretaciones posibles en la teoría de las normas de competencia en Kelsen. Ver especialmente págs. 69 y s., en la que sugiere una doble interpretación complementaria de las normas de competencia en la cual el mandato de imponer la sanción deriva de la modalidad que confiere la competencia que es primitiva. Véase también el trabajo de R. Caracciolo, «Some observations about power conferring norms», presentado en el Congreso de Siena y todavía no publicado, en el que muestra algunas antinomias en el pensamiento kelseniano sobre las normas de competencia (se publicará en *Analisi e Diritto*).

[9] Sobre el problema de las normas de competencia en Kelsen véase el trabajo de Harris: «Kelsen's Concept of Authority», en *Law Cambridge Journal,* 1977, y la polémica entre S. Paulson y R. Vernengo, aparecida en *Ratio Iuris*, vols. 1 y 2, años 1988-89. La discusión se centra -entre otras cosas- en la forma lógica y el carácter normativo de las normas de competencia.

[10] Véase H. Hart, *The Concept of Law,* Oxford, Clarendon Press, 1961; Bulygin, *Sobre las normas de Competencia,* en Alchourrón y Bulygin, *Análisis Lógico y Lenguaje,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. J. Raz, *El concepto de Sistema Jurídico,* México, UNAM, 1986, págs. 267 s.

Algunos autores -como ya hemos visto, por ejemplo, Kelsen- reducen las normas de competencia a normas imperativas en tanto las normas de competencia forman parte de una norma jurídica completa que incluye una sanción[11].

Una posición que también asocia las normas de competencia con las normas de conducta es la seguida por Alf Ross. Este autor ha hecho referencia a algunos aspectos sumamente importantes acerca de su contenido, su forma y el sujeto. Su posición es a veces ambigua, pero en líneas generales se podría afirmar que sostiene que las normas de competencia pueden ser reducidas a normas de conducta[12]. Ross sostiene que las normas de competencia son normas de conducta formuladas indirectamente y «cada norma de competencia define un acto jurídico que indica las condiciones para el establecimiento de un acto jurídico válido. Estas condiciones pueden ser divididas en tres grupos que determinan, en primer lugar, el órgano competente para dictar el acto jurídico. En segundo lugar, el procedimiento de competencia formal. En tercer lugar, el contenido posible del acto jurídico»[13]. Uno de los problemas fundamentales que surgen es establecer las condiciones bajo las cuales se pueden reducir todas las normas de competencia a normas de conducta y Ross señala dos. La primera es que los órganos deben seguirla. Es decir, se presupone que no se salen nunca de la competencia y que los órganos del estado actúan legalmente siempre y en toda circunstancia. La segunda condición es que el órgano del estado tiene responsabilidad por su no seguimiento[14]. Como veremos estas dos condiciones no son plausibles por muchas razones. Primero, porque es

---

[11] La noción de norma jurídica sugerida por Kelsen aparece en sus Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen, Mohr, 1911, pág. 237, en donde afirma que «la norma jurídica -en su forma ideal- debe ser construida desde la perspectiva del contenido de las leyes y algunos componentes necesarios para esta construcción a menudo no se encuentran la misma ley, sino que debe ser reconstruido teniendo en cuenta diversas leyes».

[12] *On Law and Justice,* London, Steven and Sons, pág. 32.

[13] *On Law and Justice, op. cit.,* pág. 204.

[14] Véase *On Law and Justice, op. cit.,* en la cual sostiene que para que las normas de competencia puedan formularse como normas de conducta es preciso que se dé algunas de estas dos condiciones: «The construction is possible if the norms of competence have the effect of voidability. This means that the courts are ordered to apply only those rules of conduct which were created in accordance with the conditions of the norm of competence... The construction is possible also, even in the absence of any effect of avoidability, if the norm of competence have the effect of responsability. This means that the courts -perhaps a special court- are directed to order sanctions against the person responsable for excess of competence», y poco más adelante, reconoce, «If however, a norm of competence has neither of these effects, the constitution of it as an indirectly formulated norm of conduct directed to the courts is not possible».

un hecho bastante frecuente que los órganos del estado actúen fuera de su competencia y -segundo- porque en algunos casos no se atribuye responsabilidad por no seguir las reglas de competencia. Especialmente cuando la autorización del estado tiende a promover positivamente una directriz o una finalidad determinada. Obsérvese pues que la teoría de Ross concuerda con la de Kelsen en la importancia de las normas de competencia: «el derecho consiste no sólo en normas de conducta, sino también en normas de competencia, las cuales establecen el conjunto de autoridades para dictar normas de conducta y para ejercitar la fuerza en conformidad con éstas», pág. 59. Sin embargo, también es ambiguo cuando subordina las normas de competencia a las normas de conducta introduciendo condiciones excesivamente fuertes. En *Directives and Norms,* pág. 120, Ross confirma su tesis principal cuando afirma que «cualquier norma de competencia puede ser convertida en una norma de conducta mientras que a la inversa no funciona».

Pocos autores han insistido tanto sobre la importancia de las normas de competencia como Hart. Su modelo es muy sencillo pero ofrece -sin dudas- un cuadro general del derecho muy simplificado en el cual las normas secundarias ocupan un lugar muy importante. Hart fue muy consciente de que su modelo supersimplificaba las cuestiones y ofreció algunas reflexiones que pueden ser muy útiles para continuar trabajando sobre el tema. No quisiera insistir sobre este punto en demasía. Simplemente quisiera constatar que Hart también se mueve en esa dirección de ofrecer una explicación del derecho valiéndose de las normas de competencia. Hart superpone los tipos de normas -de conducta o las que confieren potestades- con las funciones que ejercen de ordenar la conducta o de servir para organizar la creación, aplicación e identificación del derecho[15]. También fue consciente de que su modelo era incompleto e hizo algunas sugerencias mostrando algunas vías para completarlo.

Hart sostuvo que el ordenamiento jurídico está compuesto por normas primarias y por normas secundarias y atribuyó una importancia excepcional a la introducción de esa distinción comparándola con la invención de la rueda[16]. Afirmó que las normas que confieren

[15] Para una crítica de la tesis de Hart véase J. Raz: *Las funciones del Derecho* en J. Raz: *la Autoridad del Derecho, op. cit.,* pág. 224, en la cual afirma que la teoría de Hart oscurece el hecho de que los sistemas jurídicos realizan dos funciones primarias muy importantes, la provisión de servicios y la resolución de disputas no reguladas. Según Raz la distinción entre normas primarias y normas secundarias está hecha para servir dos propósitos incompatibles. En algunas ocasiones es considerada como una distinción entre tipos normativos y, en otras, como distinción entre funciones sociales.

[16] Véase la pág. 41 de *The Concept of Laws, op. cit.*

potestades son distintas a las normas de conducta porque éstas llevan aparejadas sanciones mientras que las normas de competencia no son normas de conducta y, por tanto, no originan -no son los antecedentes de- las sanciones. Sugirió además que en el ordenamiento jurídico existen distintos tipos de reglas y que las unas no son dependientes de las otras[17]. El incumplimiento -o el no seguimiento- de una norma secundaria no origina una sanción, sino algún tipo de nulidad. Y Hart ha insistido como ningún otro autor en la tesis de que la nulidad no es una sanción[18]. Carece de sentido afirmar que el tribunal que se ha constituido ilegalmente será sancionado. Si tomamos en serio la sugerencia de Hart quizá podríamos afirmar que las reglas constitutivas se diferencian de las reglas regulativas en que el no seguir una regla constitutiva origina una posibilidad de nulidad, mientras que el no seguir una norma regulativa puede originar una sanción[19]. Hart es firme defensor de la tesis del estatuto independiente de las normas que confieren potestades. Ese estatuto es distinto por su objeto -porque las normas secundarias tienen como objeto otras normas- y por las consecuencias jurídicas, porque la nulidad es una consecuencia distinta a la sanción.

Otros autores -como por ejemplo Sundby- sugieren que junto a las normas de conducta existen unas disposiciones cualificatorias como una categoría independiente de normas. Las disposiciones cualificatorias son una clase de normas que determinan las acciones lingüísticas que deben ser aceptadas como actos creadores de normas[20]. Esta tesis ha tenido algunos seguidores en España, concretamente Hernández Marín utiliza esta terminología. El principal problema con el que se enfrenta esta teoría es que las consecuencias jurídicas del no seguimiento de una disposición cualificatoria no siempre son

---

[17] Raz también considera que existen diversos tipos de normas jurídicas -unas que imponen deberes y otras que confieren facultades-. Además de estas normas existen disposiciones jurídicas que no son normas como, por ejemplo, las disposiciones existenciales que son las que crean, destruyen o regulan la existencia o no existencia de entidades. Véase su *Concepto de Sistema Jurídico, op. cit.,* pág. 267. Véase sobre este punto T. Honoré: *Real Laws,* en Hacker y Raz eds., *Law, Morality and Society,* Oxford University Press, 1977, pág. 122, en donde hace una clasificación de las disposiciones no normativas.

[18] Véase su *The Concept of Law,* cap. 3, págs. 33 y s.

[19] La distinción entre normas primarias y secundarias es semejante a la distinción que Ross establece entre normas de obligación y de competencia. Hart no es muy riguroso en esta distinción y C. F. H. Trapper ha distinguido ocho distintos significados de la distinción. Véase su trabajo «Powers and Secondary Rules», en A. W. Simpson ed.,*Oxford Essays in Jurisprudence,* Oxford University Press, 1973, págs. 248 y s.

[20] Sobre este punto véase el artículo de T. Stromberg: *Norms of competence in Scandinavian Jurisprudence,* in A. Peczenick et als. eds. *Theory of Legal Science,* Institut for Scandinavian Law, Stockholm, 1984.

las mismas y es muy difícil tener un criterio sobre qué norma es cualificatoria y qué norma es a la vez una norma de conducta. Un modelo que sugiera que del no seguimiento de una disposición cualificatoria se sigue la inexistencia, tiene el problema que describe sesgadamente la realidad jurídica porque si las autoridades no siguen las disposiciones cualificatorias de ello no se desprende necesariamente la inexistencia de una norma jurídica.

Otros autores como, por ejemplo, von Wright sugieren que las normas de competencia son permisos. Esta es la posición que Alchourrón y Bulygin siguieron en Normative Systems y esta tesis ha tenido una gran influencia especialmente en los países de habla castellana. Sin embargo, Bulygin[21] en artículos recientes trata de ver las normas de competencia como reglas constitutivas y trata de diferenciarlas de las reglas regulativas. Las normas de competencia serían definiciones o reglas conceptuales y no tendrían carácter normativo. Bulygin sostiene que no se puede unificar la actividad de definir y prescribir. Una cosa es definir y otra es prescribir. Sin embargo, Bulygin no ofrece los argumentos filosóficos que justifican esa imposibilidad. También en este autor puede advertirse la inseguridad con la que nos encontramos cuando tratamos este problema al pasar de una concepción de las normas de competencia como permisos o autorizaciones a reglas conceptuales. Bulygin tampoco ha explicado de una manera convincente cuáles son las razones por las cuales ha rechazado su posición anterior[22]. Esta falta de explicación es un indicio de la idea que defiendo. Las normas de competencia son muy importantes pero no se sabe mucho sobre ellas. Incluso lo que se sabe se defiende con debilidad.

MacCormick -siguiendo a Searle- sostiene que las normas de competencia son reglas constitutivas y que, por tanto, determinan una actividad. Sin embargo, MacCormick no acierta a ofrecer un buen criterio para distinguir cuándo una regla es constitutiva y cuándo es regulativa porque afirma que toda regla constitutiva tiene algún aspecto regulativo. Si esto es cierto, entonces es muy difícil saber cuándo una regla es constitutiva o regulativa. MacCormick sostiene además que las normas de competencia son dependientes de las normas de conducta y vuelve al planteamiento de inspiración kelseniana. Existe una gran vaguedad acerca del carácter normativo de las normas de competencia en su planteamiento[23]. MacCormick también

[21] La idea de las normas de competencia como reglas conceptuales la ha mantenido Bulygin en una serie de trabajos como, por ejemplo. «Sobre la regla de reconocimiento», y «sobre las normas de competencia» publicados en su antología *Análisis Lógico y Lenguaje,* ya citado.

[22] En su trabajo sobre las normas de competencia critica las tesis que sostuvo sin citarse y sin explicar el cambio.

[23] Raz critica a Searle -y por extensión a MacCormick- su ambigüedad con buenos argumentos en *Razón Práctica y Normas, op. cit.,* págs. 123 y ss.

sostiene que las normas de competencia son invenciones de la ciencia y la teoría jurídica y que no existen como tal en el material jurídico preanalítico[24]. MacCormick me parece que se acerca a planteamientos autopoiéticos según los cuales el punto de vista del observador externo es incapaz de reconocer los aspectos más fundamentales del derecho[25]. La teoría que nos ofrece es insatisfactoria porque el criterio de distinción entre reglas constitutivas y regulativas no es claro y porque del hecho de que la invención ocupe un papel importante no se sigue que esas invenciones sean independientes de cualquier control que tenga que ver con la experiencia. Una cuestión es afirmar que existen decisiones subjetivas metodológicas y otra cosa muy distinta es que las normas de competencia sean puramente inventadas e incontroladas.

El repaso que he ofrecido de las posiciones de la doctrina creo que ofrece la posibilidad de confirmar mi primera intuición. Todos los autores analizados consideran que las normas de competencia son muy importantes para comprender los sistemas jurídicos. Son, por tanto, elementos a tener en cuenta para la construcción de una teoría del sistema normativo. Pero también el análisis efectuado muestra que no existe acuerdo y que, en principio, se ofrecen muchas respuestas a la pregunta acerca del estatuto de las normas de competencia. Para algunos son dependientes de las normas de conducta y sólo tienen sentido en relación con ellas. Tal es la interpretación mayoritaria de la teoría de Kelsen y de Ross. Pero, sin embargo, ambas teorías tienen sus puntos débiles y la teoría kelseniana puede interpretarse también como una teoría que concede un estatus independiente a las normas de competencia. Alchourrón y Bulygin han defendido la idea de que las normas de competencia son autorizaciones. Hart -por otra parte- las identifica con las que confieren potestades y con la idea de nulidad y muestra su estatuto independiente.

---

[24] He tratado este problema en *Power-conferring Rules and MacCormicks proposal,* que se publicará en Analisi e Diritto.

[25] Véase sobre este punto los planteamientos de MacCormick en su ponencia en el V Congreso sobre Kelsen, que se publicará próximamente en *Analisi e Diritto.* La actitud de MacCormick es también muy suave con los *Critica Legal Studies* y con el Feminismo. Creo que los planteamientos de Teubner le han influido y sostiene que el presupuesto que el derecho se autocrea es una prueba de la idea del derecho autopoiético y de las tesis de la circularidad sostenidas por Teubner. Teubner en su *Law as Autopiesis System,* Oxford, Blackwell, 1993, sostiene que la circularidad que hasta hace poco tiempo había sido considerada como un inaceptable modo de conocimiento se observa ahora como una práctica valiosa y productiva desde el punto de vista heurístico, pág. 9, pero no ofrece los argumentos epistemológicos que justifican este cambio.

Esencialismo y normas de competencia

El siguiente paso de mi argumento será explicar la razón por la cual existe tanta confusión: quisiera sugerir que una de las razones por las cuales existe tanta confusión es porque se presupone que todo lo que se denomina usualmente «normas de competencia» corresponde a una estructura unitaria que tiene unas propiedades comunes. Cuando se nos sugiere que las normas de competencia son definiciones se nos ofrecen buenos ejemplos que corroboran la tesis, pero también existen algunas normas de competencia que dan instrucciones, que hacen referencia a plazos o que señalan la competencia material o el marco de actuación y todo esto no cabe en nuestro concepto tal y como ha sido definido. Lo mismo ocurre cuando asociamos las normas que confieren poderes a la nulidad. Existen casos en los que, sin duda, se produce -o se puede producir- la nulidad, pero cuando se incumplen algunas normas a veces estas normas son normas de conducta y a veces estas normas de conducta pueden originar sanciones, pero a veces no, como ya veremos más adelante. También nos podemos encontrar casos en los cuales la norma no existe o se produce una apariencia de norma. Quisiera afirmar, por tanto, que en la tradición analítica todavía pervive una fuerte dosis de esencialismo cuyos defectos puso de manifiesto magistralmente Carlos Nino[26].

Parece quizá un camino más interesante evitar el esencialismo y ofrecer una clasificación de las distintas normas de competencia sin el prejuicio de que todas deben tener las mismas propiedades y luego analizar las consecuencias jurídicas de su no seguimiento o de su infracción en su caso -si es que las normas de competencia se pueden infringir.

Una propuesta de clasificación. Normas sobre la producción, la aplicación y el conflicto

Ricardo Guastini, en un artículo todavía inédito[27], ha sugerido una clasificación entre las normas de competencia que me parece útil. Vamos a tratar las normas de competencia como metarreglas, es decir, como reglas que tienen como objeto normas. Desde esta perspectiva podemos preguntarnos qué tipos de metarreglas podemos

[26] Véase C. Nino, *Derecho Moral y Política,* Barcelona, Ariel, 1994, págs. 23 y ss.

[27] Cito de una vez por todas este excelente trabajo de Ricardo Guastini titulado *Invalidity* -que se publicará en un libro homenaje a Ernesto Garzón Valdés-, que he seguido muy de cerca en algunos de sus argumentos.

encontrar en un ordenamiento jurídico desarrollado. La única propiedad común que atribuimos a las metarreglas es que tienen como objeto otras normas o reglas y no suponemos ni que son autorizaciones o definiciones o normas de conducta, pero que lo pueden ser. Ese puede ser una buen inicio para -sin animo de ser exclusivo- ofrecer un modelo que sirva para orientarnos y que permita avanzar en el conocimiento, construcción y clasificación de las normas de competencia.

Guastini trata de no ser reduccionista y para conseguir este objetivo establece una distinción entre las normas de competencia que sirven a la producción del derecho y normas de competencia que sirven para la aplicación del derecho. Asimismo, sugiere una tercera categoría de normas de competencia que denomina normas sobre los conflictos. Frente a la tesis reduccionista kelseniana según la cual todas las normas de competencia son autorizaciones y todas pertenecen al mismo género, creo que es interesante apreciar las diferencias que existen entre las diversas normas de competencia. Porque nada asegura que estos tipos de normas de competencia se corresponda con una tipología unitaria.

Normas sobre la producción

Denominaremos normas sobre la producción todas aquellas metarreglas que tengan como objeto la creación de las normas jurídicas. En general la teoría ha prestado más atención a las normas de competencia sobre la aplicación que a las que tienen como objeto la producción. Cabría también señalar que existen diferencias sustanciales en el régimen jurídico según estas normas sobre la producción traten de regular la creación de constituciones, leyes, reglamentos o normas de derecho privado.

Las normas sobre la producción de normas se pueden clasificar según los siguientes criterios: normas que confieren poderes, normas que regulan procedimientos, normas que regulan las materias y normas que regulan los contenidos concretos de las normas a producir.

Conviene tener en cuenta que las normas que sirven para producir normas no tienen todas las mismas características, y las consecuencias que se siguen de su no seguimiento no son siempre las mismas. Hay algunas normas que confieren *poderes* para dictar normas jurídicas, pero esas normas pueden tener como destinatarios la constitución de un órgano del estado, o bien, la autorización a un particular o a una entidad jurídica para la creación de normas. Por ejemplo, un particular puede estar habilitado por una ley para producir nuevas normas que se integran en el ordenamiento. Si se extralimita en el

ejercicio del poder puede ocurrir que no exista la nueva norma, o bien, sea susceptible de nulidad o que este particular realice un acto condición de una sanción. La teoría tiende a sostener -como ya vimos en Ross- que si la norma que confiere poderes no es seguida entonces no se produce una nueva norma. Como veremos esta tesis es equivocada porque existen normas que no se han dictado conforme a los criterios preestablecidos de otorgamiento de poderes y, sin embargo, forman parte del derecho positivo vigente.

Pero éste no es el único tipo de normas de competencia sobre la producción de normas. En el marco de la producción de normas el órgano habilitado para el ejercicio del poder, en muchas ocasiones, no es libre de ejercitarlo como le indique su leal saber y entender. El derecho prescribe qué *procedimientos* pautados deben seguirse para la creación de normas jurídicas válidas. En algunos casos, no todos, nos encontramos con normas de conducta que van dirigidas a los particulares o a los órganos del estado. Al ser normas de conducta llevan aparejadas sanciones o pueden llevarlas aunque a medida que nos acercamos a la cúspide del poder es más difícil controlar su ejercicio mediante sanciones[28]. En otros casos nos encontramos con normas de conducta pero que no llevan aparejadas sanciones[29]. Obsérvese que son normas sobre cómo se crean normas y tienen como objeto otras normas y, por tanto, son metarreglas según nuestra definición.

Las normas de competencia hacen referencia a la *finalidad* que debe perseguirse. El derecho no acostumbra a ofrecer una autorización general ilimitada. La idea de competencia supone la limitación de la misma. Las constituciones y las leyes determinan el contenido material y la finalidad básica de la competencia que otorga. La finalidad puede ser establecida de forma muy genérica -como, por ejemplo, en el derecho privado la capacidad general de contratación- o de una forma más estricta la que se da normalmente en el derecho público. Por ejemplo, un gobernador civil o un alcalde tienen limitadas estrictamente sus competencias. No tienen una competencia general sobre cualquier cosa. La idea de la competencia está siempre relacionada con unos límites. Si se traspasan estos límites nos encontramos con la desviación de poder y con el no seguimiento de la regla de competencia.

También las normas de competencia de las constituciones modernas

---

[28] La teoría de la autolimitación de Jellinek trató de resolver este problema sugiriendo que el poder jurídico debería autolimitarse, pero no hay ninguna garantía jurídica que permita afirmar que todo poder estatal es poder jurídico y que no se puede dar ningún abuso de poder.

[29] Véase sobre las normas sin sanción el trabajo de N. Bobbio, *Contribución a la Teoría del Derecho,* Valencia, Fernando Torres, 1980.

regulan el *contenido de la legislación futura*. Conviene resaltar la diferencia entre este tipo de norma y la anterior. La anterior hace referencia a cuál ha de ser el contenido y la finalidad de la norma. En el caso de la norma de competencia que ahora nos ocupa el elemento fundamental es el mandato para la creación de nueva legislación para el futuro. Es distinta la competencia que tiene un gobernador civil para garantizar el orden público que la norma constitucional o legislativa que establece un nuevo programa social contra el paro. Estas normas no autorizan sino que ordenan al legislativo a la administración una conducta determinada.

El análisis anterior muestra que en los ordenamientos positivos existen metarreglas. Estas metarreglas no tienen una estructura unitaria. En algunos casos son normas que autorizan la creación de normas, pero en otros son normas que imponen la obligación. Obligan a determinado órgano del estado a seguir una conducta determinada. También cabe destacar que su régimen jurídico no es unitario porque, en ciertos casos, su no seguimiento puede provocar la anulación, pero, ni la anulación es automática ni tampoco todas las normas de competencia que no se siguen provocan la inexistencia de la norma producida, puesto que pueden existir normas que pertenezcan a un ordenamiento y que, sin embargo, no se hayan dictado respetando las normas de producción de normas. Probablemente, estos ejemplos muestran que la doctrina ha sido excesivamente reduccionista y, por tanto, ha sido incapaz de apreciar la gran variedad de normas de competencia. También quisiera argumentar que las analogías entre el derecho y los juegos pueden conducir a confusiones. Si se juega con cinco alfiles se deja de jugar al ajedrez, pero si no se sigue una regla constitutiva, es posible que se continúe jugando al derecho -aunque sea ilegal-. A nadie puede sorprender hoy el abuso de derecho como ejemplo de juego no equitativo del derecho que produce resultados y consecuencias jurídicas. En el juego jurídico las trampas, muchas veces, no anulan el juego, sino que se continúa jugando al mismo juego.

Normas de competencia de aplicación de normas

Pero las normas de competencia son metarreglas que no sólo se ocupan de la producción de las normas nuevas, sino que también podemos descubrir -en el material preanalítico[30]- metarreglas que

[30] Una opinión en contra puede verse en MacCormick en su ponencia de Siena según la cual la teoría crea las normas de competencia con independencia del material preanalítico

tienen como objeto la aplicación de las normas[31]. Así como en el parágrafo anterior nuestra preocupación era analizar las normas que tienen como objetivo la innovación del ordenamiento jurídico, ahora nos interesa ver quién, cuándo y cómo debe aplicar las normas jurídicas. Los grandes clásicos se preocuparon de este tema mostrando quiénes son los destinatarios de las normas jurídicas, es decir, a quién se dirigen, si a todos los ciudadanos, a algunos o bien a los jueces. También existen ciertas reglas que determinan los límites espaciales y temporales de la aplicación de las normas. Una de las características de los sistemas normativos jurídicos es que existen una gran cantidad de normas que determinan las instituciones aplicadoras del derecho y esas metanormas son muy variadas. Solamente quisiera recordar la importancia y la variedad de normas sobre la aplicación. Normalmente la doctrina ha tenido como modelo de metarregla este tipo de normas[32].

Normas sobre resolución de conflictos

Por último, existen otras metanormas que tienen como objetivo resolver los conflictos entre normas. Los criterios tradicionales de jerarquía, especialidad y cronológico no son nada más que reglas que se incorporan a los ordenamientos jurídicos para resolver los conflictos entre normas. No interesa señalar aquí si esos metacriterios son completos o incompletos. Interesa destacar que en los ordenamientos jurídicos existen procedimientos para resolver los conflictos normativos y que los más canonizados en la actualidad son los citados aunque podrían darse otros procedimientos para resolver un

[31] La importancia de las normas sobre aplicación de normas no puede ser infravalorada. Véase, por ejemplo, el papel que confiere a este tipo de normas J. Raz en *La Institucionalización del Derecho,* en *La autoridad del Derecho,* pág. 143, en la que sostiene que los sistemas jurídicos no son identificados sólo por el hecho de que contienen normas que confieren poderes o facultades para procurar determinaciones aplicativas de carácter obligatorio. Los sistemas jurídicos tienen que contener normas que confieren tales poderes o facultades a instituciones (órganos centralizados que concentran en sus manos la autoridad de pronunciar determinaciones aplicativas de carácter obligatorio). Raz considera que estas instituciones aplicadoras son las necesarias para la existencia de un sistema normativo jurídico. Los sistemas jurídicos según Raz, deben tener normas que establezcan instituciones primarias, estas instituciones primarias deben tener el deber de aplicar las disposiciones y la institución primaria debe ser limitada. Además, Raz exige que el sistema sea comprehensivo, supremo y abierto para que pueda ser considerado un sistema normativo. Raz reconoce la existencia de otras normas de competencia que deja fuera del análisis.

[32] Véase sobre este punto C. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Sociales,* Buenos Aires, Astrea, 1974.

conflicto de normas[33]. Cabría incluir aquí también algunas reglas sobre la derogación en tanto puede ser pensada como una metanorma que tiene como objeto la validez de la norma objeto, aunque no existe acuerdo sobre este punto y me desviaría de mi principal ocupación tratarlo aquí. En todo caso, es posible que una contradicción entre normas de diversas jerarquía conlleve -o pueda conllevar- la derogación de una norma. La importancia de estas metarreglas para el uso del derecho ha sido reconocida en muchas ocasiones. La jerarquía del ordenamiento jurídico descansa en el sistema de garantía de recursos y las posibilidades de anulación de las decisiones desviantes de la estructura jerárquica. Algunas metanormas son necesarias para el cumplimiento de esta función. La norma que habilita a la discreción judicial también es una metarregla.

La posición de las metarreglas

Las metarreglas ocupan un lugar privilegiado en la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico. No se trata sólo de analizar la importante función que ejercen en los sistemas normativos creando la posibilidad de la adaptación del sistema a las nuevas necesidades y, además, garantizando la estabilidad del sistema. Las normas de competencia son muy importantes por la posición jerárquica que ocupan en los ordenamientos jurídicos. Las metarreglas son lógicamente superiores en jerarquía en relación a las reglas objeto. Guastini sostiene que entre unas y otras existe la misma relación que entre el metalenguaje y el lenguaje objeto. La posición depende, por tanto, de la estructura lógica del lenguaje legal[34]. Pero la cuestión que debe resolverse es la jerarquía entre las metarreglas.

Y eso tiene que ver con los valores que defienden los abogados. Y éstos acostumbran a distinguir una buena reconstrucción de una mala siempre y cuando exista coherencia entre la norma y el principio o conjunto de principios institucionales vigentes en una sociedad.

---

[33] Por ejemplo, se podría mantener que una norma que tiene mucha antigüedad debería prevalecer sobre una nueva norma porque la norma antigua puede ser una seña de identidad importante de la sociedad mientras que la nueva puede destruir aspectos fundamentales que siempre esta sociedad ha mantenido. El argumento de la tradición es, en muchas ocasiones, una razón excluyente o una razón que invierte la carga de la prueba. Si quieres separarte de la tradición debes mostrar por qué tu nueva propuesta es mejor. Si no lo consigues entonces debes seguir la tradición.

[34] Véase R. Guastini, *op. cit*. Véase N. Bobbio, *Norma primaria y norma secundaria en su Contribución a la Teoría del Derecho, op. cit*. En este trabajo insiste sobre la posición de las normas secundarias en la jerarquía del ordenamiento jurídico.

Eso quiere decir que el criterio de juicio sobre una regla depende de su capacidad de adaptación al principio, o bien, en la manera que puede evitar la contradicción o inconsistencia con el mismo.

Consecuencias del no seguimiento de las normas de competencia

Guastini sugiere que se puede distinguir entre inexistencia, invalidez y sanción. El no seguimiento de una norma de competencia puede originar una de estas tres consecuencias.

Empecemos por el primer caso. ¿Qué ocurre cuando falta poder? Me parece que una respuesta inmediata es que una norma dictada por alguien que carece de autoridad o de competencia para dictarla debería ser considerada como no existente. Y ésa parece ser la tendencia general en la doctrina[35]. Sin embargo, eso no se adecua a los hechos porque es muy frecuente que existan normas dictadas por autoridades incompetentes y que, sin embargo, pertenezcan al ordenamiento jurídico[36]. Si aceptamos este criterio, una sentencia ilegal no es una sentencia y una ley inconstitucional no es una ley. Toda la discusión entre autorización formal y material puede traerse a colación para mostrar que ya, desde Kelsen, se juzga al derecho irregular como posible y que una irregularidad de este tipo no da origen inmediato a la no existencia. También vimos cómo Ross exigía una primera condición que imposibilitaba la existencia del derecho irregular[37]. Raz también exige que las instituciones aplicadoras del derecho deben tener la obligación de aplicar las disposiciones jurídicas. Una autoridad es incompetente si no respeta la disposición jurídica que le prohíbe ejercer competencia fuera de los límites de la suya. Sin embargo, pueden producirse consecuencias jurídicas mediante la actividad de autoridades incompetentes. Eso invalida la tesis

---

[35] La exigencia de la obligatoriedad del derecho por los autorizados por el mismo es una doctrina aceptada por muchos autores *prima facie*. Después cuando se analiza más de cerca existen muchas vacilaciones.

[36] Sobre el problema del derecho irregular véase la posición de J. Ruiz Manero en su trabajo *Jurisdicción y Normas,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

[37] Sobre este punto es iluminador el excelente trabajo de Stanley Paulson, *Material and Formal Authoritation in Kelsen's Pure Theory,*Cambridge Law Journal 1980 (reprint in M. Jory; *Legal Positivism*), en donde demuestra con argumentos poderosos cómo la cláusula alternativa y la autorización formal son fórmulas que permiten la existencia de normas que se han dictado ilegalmente. Paulson sostiene que la autorización formal juega un papel fundamental en la racionalización de los defectos en las normas jurídicas o «errores en el derecho» y sostiene que la doctrina de la alternativa no conduce al realismo como ha sostenido Juan Ruiz Manero. Véase sobre la doctrina de la alternativa mi trabajo *Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica,* Barcelona, Ariel, 1977, y la discusión Manero-Bulygin.

básica de que si no se respeta la norma de competencia de atribución de poder entonces la norma no existe. Se debe analizar caso por caso y mostrar cuáles son los criterios que se utilizan para diferenciar la consecuencia «inexistencia» de los diversos grados de nulidad.

En el caso de que se viole el procedimiento parece que la respuesta debería ser que la norma producida no existe porque su existencia está en función de que haya sido creada por la autoridad competente y conforme al procedimiento preestablecido. Sin embargo, la consecuencia de la inexistencia no se produce siempre porque muchas veces se tiene en cuenta y se prioriza la finalidad sobre el seguimiento de las reglas de competencia. Parece que en ciertos casos -como, por ejemplo, en el derecho privado- si no se siguen los procedimientos preestablecidos para que un documento sea considerado un testamento entonces no existe como tal. Sin embargo, eso no es tan automático en el derecho público en el cual las autoridades pueden no respetar los procedimientos y esperar que los costes del litigio sean tan fuertes que nadie esté dispuesto a batallar contra la administración que actúa violando procedimientos. El régimen jurídico es muy distinto y, por tanto, las consecuencias jurídicas son suficientemente importantes como para que se establezca una distinción relevante. En algunos países -como España- además la administración es inembargable y eso hace posible que a pesar de que la administración tenga una sentencia en contra no se pueda ejecutar y se esté a merced de la buena voluntad de la administración. Pero la buena voluntad no es una garantía jurídica.

El tercer caso de no seguimiento de una norma de competencia es la falta de competencia material. Ello ocurre cuando la autoridad se extralimita y va más allá del contenido concreto para lo cual ha sido habilitada. Por ejemplo, cuando la autoridad tiene competencia para la regulación del tráfico y realiza funciones de policía judicial que no le corresponden.

El cuarto caso de no seguimiento de una norma de competencia se da cuando se infringe un mandato establecido por una norma de superior jerarquía. Por ejemplo, si se prohíbe tratar cierta materia reservada y lo hace. Sin embargo, es preciso realizar una distinción porque las normas superiores muchas veces establecen obligaciones positivas a los gobiernos y estas obligaciones positivas no son exigibles jurídicamente. Los legisladores no tienen obligaciones fuertes de legislar.

Por último, cabe hablar de vicio de la regla de competencia cuando ésta no respeta los valores superiores establecidos como principios jurídicos básicos institucionales.

Conclusiones

La tipología de normas de competencia y las consecuencias jurídicas que se pueden desprender de los casos en los cuales se presentan vicios en las normas de competencia nos pueden llevar a las siguientes conclusiones.

Primero: Las normas de competencia constituyen un conjunto de metarreglas. Tienen como objeto otras normas y no tienen un estatuto jurídico unitario. Con estatuto jurídico unitario quiero decir que no todas las normas de competencia son definiciones, o autorizaciones, o normas de conducta. Lo único que tienen en común todas las normas de competencia es su objeto: otras normas.

Segundo: En el seno de lo que hemos denominado normas de competencia existen algunas que son autorizaciones, pero no toda norma de competencia puede ser reducida a una autorización. Otras normas de competencia establecen procedimientos y en este sentido son normas de conducta. Al juez x no se le permite seguir el procedimiento de mayor cuantía en ciertos casos, sino que se le exige, y en caso contrario puede incurrir en responsabilidad. Existen también normas de competencia que hacen referencia al significado de los términos jurídicos y que no pueden ser tratadas como si fueran normas de conducta[38]. Por último, las normas de competencia pueden ser vistas como reglas de hacer técnico[39].

Tercero: Las consecuencias jurídicas que se siguen por el no seguimiento de una norma de competencia pueden ser muy variadas. En algunos casos se produce la inexistencia. Por ejemplo, si un particular dicta una constitución o si un conjunto de personas dicta una constitución sin que exista la mínima posibilidad de que sea considerada como tal, entonces no existe la norma. Pero la distinción entre anulabilidad e inexistencia no se puede dibujar de una forma estricta. En realidad existen muchas normas que han sido creadas por autoridades incompetentes o sin seguir los procedimientos o los contenidos adecuados y forman parte del ordenamiento jurídico. El estado de derecho carece de un procedimiento jurídico que garantice la legalidad de la actuación de las autoridades que estatuye. Una posibilidad de resolver este problema es suponer que la autoridad actúa siempre legalmente, pero si estamos interesados en describir el derecho positivo entonces este supuesto exige no considerar como jurídico algo -las decisiones irregulares- que forma parte del derecho.

---

[38] Tratar a las normas de competencia como definiciones tiene sus problemas porque la función de una definición es el significado mientras que las normas tienen otras pretensiones.

[39] Así lo han sostenido Atienza y Ruiz Manero en su trabajo *Sulle regola que conferiscono poteri,* Analisi e Diritto, 1994.

Quizá la única acotación que me parece razonable en este punto es señalar el carácter excepcional de la decisión irregular[40] y que, en ningún caso, eso puede suponer una habilitación positiva por parte de la Constitución para que el juez haga lo que quiera, es decir, seguir el derecho o no seguirlo y decidir por sí mismo. Creo que un límite importante está constituido por la crítica pública. Es cierto que no existe ninguna fórmula que permita protegemos contra decisiones equivocadas del poder, pero una sociedad que posee una comunidad crítica permite disciplinar la labor de las máximas autoridades. Este límite tiene su fundamento en la bondad del argumento y todo buen constitucionalista conoce algunos argumentos desgraciados de su tribunal constitucional[41]. Me parece que una cosa es describir cómo es el derecho y otra muy distinta defender cómo debe actuar el juez.

El carácter privilegiado de la autoridad se manifiesta por la tendencia a considerar que su actividad siempre es legal mientras que los ciudadanos acostumbran a estar bajo sospecha. Las diferencias entre los regímenes de derecho público y derecho privado son una buena muestra de esta tesis.

Cuarto: No es cierto que la nulidad es la consecuencia de no seguir las normas de competencia como sugiere Hart, porque hay normas de competencia que son normas de conducta. Una visión que identifique normas de competencia con nulidad es excesivamente estrecha. Tampoco me parece adecuada la tesis de Guastini según la cual las normas constitutivas que no se siguen producen la inexistencia, mientras que las normas regulativas producen nulidad o sanción. Y para poder mantener esta tesis debería aclararse la distinción entre normas regulativas y constitutivas. Creo que muchas normas constitutivas son también regulativas y, por tanto, la distinción es ambigua[42].

Quinto: La distinción entre inexistencia, anulabilidad y sanción tiene un carácter gradual. Es muy posible que si en un juicio no se sigue ningún procedimiento se considere inexistente. Pero si sólo

---

[40] Véase sobre este punto S. Paulson, *Material and Formal, op. cit.,* concluding remark, págs. 192 y s.

[41] Dworkin ha sido el aran defensor -en los últimos tiempos- de los buenos argumentos como sistema de control último del poder judicial o de la autoridad de última instancia frente al escepticismo o al realismo extremo. Véase su *Law's Empire* y su reciente *Life's Dominion,* págs. 145 y s., London, Harper & Collins, 1993, en la que afirma que «We seek genuine constraints in the only place where can be found: in good argument», y poco más adelante afirma «the main engines for disciplining judges are intellectual rather than political or legal».

[42] Véase para una crítica de la distinción de Searle, Sauer, *Playing by Rules, op. cit.,* pág. 7, en la que se argumenta la distinción entre reglas constitutivas y regulativas es iluminadora en cierto sentido, pero en otro es confusa porque muchas reglas constitutivas tienen su aspecto regulativo, y Raz, *Razón Práctica y Normas, op. cit.*

existe un defecto de forma entonces ya pasamos a la categoría de la anulabilidad con efectos ex nunc o ex tunc. En cuanto al incumplimiento de una metarregla que es una norma de conducta tampoco es muy claro que la sanción se produzca, puesto que es difícil castigar al poder y exigirle responsabilidades. Normalmente se presupone que no se puede cometer ilegalidad desde el poder y se responsabiliza al individuo, pero el propio poder puede ser responsable de su actividad.

Sexto: La tesis de que las normas de competencia que confieren poderes o las definiciones son inviolables y que, por tanto, si no se siguen producen necesariamente inexistencia es falsa, porque pueden pertenecer al ordenamiento jurídico normas que se han dictado fuera del cauce de las normas de competencia.

DOXA 15-16 (1994)

DE LA JURISPRUDENCIA A LA LEGISLACIÓN

1. El desinterés del jurista por el proceso legislativo

Quienes hemos tenido la suerte -y la seguimos teniendo- de trabajar con Elías Díaz sabemos que una de sus preocupaciones más reiteradas es la de cómo conseguir *una concepción totalizadora, y crítica del fenómeno jurídico.* Fue esta la idea clave de su libro *Filosofía y Sociología del Derecho,* sobre la que desde 1971 no ha dejado de insistir[1].

Una concepción totalizadora del fenómeno jurídico no sólo supone -como nos ha enseñado Elías Díaz- partir del respeto metodológico a la norma para, acto seguido, examinarla críticamente con el concurso de la sociología y la filosofía del derecho. Una concepción totalizadora del derecho debe examinar, además, con mayor atención lo que hay *antes* de la norma; esto es, *el proceso de su creación*.

La formación tradicional del jurista ha desdeñado, hasta cierto punto, el estudio del proceso normativo: su punto de partida ha sido siempre la norma promulgada. Y así, cuando ha tenido que estudiar la gestación de la norma, desde lo que Hart denominaría «punto de vista interno», no ha ofrecido una visión unitaria del proceso -diseccionadas sus partes entre el derecho constitucional y el derecho administrativo- ni se ha fijado en aspectos capitales de la génesis de la norma como qué es lo que determina el ejercicio de la iniciativa legislativa o la potestad reglamentaria, cómo se han de analizar las causas del problema a resolver, cuáles son los objetivos perseguidos, cómo conseguir que la norma alcance la racionalidad lingüística,

[1] Elías Díaz, *Filosofía y Sociología del Derecho,* Taurus, Madrid, 1971. En *Legitimidad crítica y pluralismo ideológico,* publicado en los Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº. 15, 1975, y en *Legalidad y legitimidad en el socialismo democrático* (Civitas, Madrid, 1977) reitera lo que es la idea directriz de esta concepción.

lógico-formal, pragmática, teleológica y ética a que se refiere, entre otros, Manuel Atienza[2]. Los planes de estudio han abandonado estas cuestiones a otras disciplinas -o a ninguna- pese a ser cuestiones que afectan a la calidad de las normas, a su efectividad, a su eficacia y a su eficiencia. Y, tal vez por ello, en algún sentido, a su justicia.

Pero tampoco el «punto de vista externo» del derecho que supone la sociología se ha ocupado suficientemente de la producción normativa. Cuando el profesor Renato Treves[3] analiza los campos en que se centra la investigación empírica de la sociología se pone de relieve cómo el de la producción normativa no es precisamente el más cultivado. Aunque tal vez sea un tanto exagerado afirmar que la sociología de la legislación puede caminar por senderos prácticamente vírgenes[4], es cierto que parece preferir las investigaciones sobre aplicación y no aplicación de normas, comportamiento de los operadores jurídicos (jueces y abogados) o comparaciones entre sistemas. Las investigaciones directamente aplicables a los problemas prácticos a los que se enfrenta un legislador son realmente excepcionales.

Por lo que se refiere a la teoría general del derecho, sus cultivadores han tenido que recorrer otros dominios como el de la teoría de la norma y la teoría del ordenamiento. Ha cobrado, igualmente, una pujanza excepcional el estudio de los problemas de la argumentación y aplicación del derecho. Pero, preocupada la teoría del derecho por lo que hacen los jueces, no se ha ocupado suficientemente de lo que hacen los legisladores.

Tan sólo la filosofía del derecho ha tratado siempre de mantener vivo el espíritu crítico ante las normas vigentes y hacer de la justicia el paradigma de la legislación. Pero no es ciertamente suficiente porque, como señala Albert Calsamiglia[5] la moral no puede ser el único criterio para legislar.

Y así, juristas, sociólogos y filósofos del derecho han dejado a un lado el estudio del momento de la producción normativa, de la relación -como dice Gregorio Peces-Barba[6]- del poder y del derecho, de la concepción y nacimiento de la norma, el momento «impuro», pero capital, donde la política se convierte en derecho.

---

[2] Manuel Atienza, *Lenguaje, lógica jurídica y teoría de las normas,* en *Técnica normativa de las Comunidades Autónomas,* Comunidad de Madrid, 1991.

[3] Renato Treves, *La sociología del derecho. -Orígenes, investigaciones y problemas,* Ariel Derecho, 1988, págs. 166 y ss.

[4] Pierre Gubentif, *«A produçao do direito. Critica de um conceito na frontera entre sociologia do direito e ciencia de legislaçao»* en la revista *Legislaçao* nº. 7, abril-junio 1993.

[5] Albert Calsamiglia, *¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?* Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 13, 1993.

[6] Gregorio Peces-Barba, *Introducción a la filosofía del derecho,* Editorial Debate, 2ª reimpresión 1988, págs. 29 y ss.

No siempre fue así.

El interés teórico por la legislación en los países anglosajones es ya muy antiguo y data, cuando menos, del pasado siglo.

El peculiar procedimiento de redacción de las normas en el sistema anglosajón ha dado lugar históricamente a una institucionalizacion muy consolidada del procedimiento: desde 1869 el *Office of Parliamentary Counsel,* órgano al que se encomienda la redacción de los proyectos de ley, ha desarrollado y consolidado unas técnicas de redacción normativa que se han extendido por todos los países de cultura anglosajona.

Este interés práctico por las técnicas de legislación ha estado acompañado por una no menos significativa preoupación de la doctrina por estos temas. Baste referirnos a las obras de Bentham, Dicey, Austin, Llewellyn o R. Pound. Es Austin quien en *The Province of Jurisprudence determined and the uses of the study of Jurisprudence*[7] diferencia la Ciencia de la *Jurisprudencia* (que se ocupa de las leyes positivas sin considerar su bondad o maldad) de aquella rama de la Ciencia de la Ética que denomina Ciencia de la *Legislación* y que trata de determinar los principios sobre los que deben elaborarse las normas si quieren merecer la aprobación; esto es, cómo deberían ser las leyes o cómo serían si fueran buenas leyes, o cómo serían si se adecuaran a una determinada medida. A este tipo de estudios Austin los denominaba *Ciencia de la Legislación* o simplemente *Legislación*.

Pero, tambien en el Continente la doctrina se ocupó en otro tiempo de la Legislación. Las obras de Monstesquieu, Beccaría, Rousseau, Ihering... etc., o, ya en nuestro siglo -en un tono menor-, Geny, Ripert, Capitan o Carbonier son buena prueba de que el interés por la legislación ha existido siempre, si bien ha adolecido de una cierta desconexión y discontinuidad.

¿Cuál es, entonces, la razón de que haya en la actualidad tantos «intérpretes» y tan pocos «proyectistas» de normas? ¿Porqué se ha ido «desvaneciendo» aquella ciencia de la legislación?

Coincido con la apreciación de Sabino Cassese[8] en el sentido de que la concepción hoy en día dominante según la cual la ciencia del derecho comienza a partir de la ley, y no antes, trae causa del principio de la soberanía del Parlamento (cultura anglosajona) y de la hegemonía del positivismo jurídico (tanto en el continente como en Inglaterra).

Como es sabido fue un suizo admirador del sistema británico, De Lolme, quien trató de sintetizar la esencia del modelo anglosajón

---

[7] Weidenfeld and Nicolson, 4ª. impresión, London, 1971.

[8] *«Introduzione allo studio della normazione»,* Riv. Trim. Dir. pubbl. 2/1992, págs. 307 y ss.

con la afirmación de que el Parlamento puede hacerlo todo, excepto convertir a un hombre en una mujer. Por su parte Albert Venn Dicey[9] desarrolló en 1885 la teoría de la soberanía legislativa del Parlamento. Pese al «error» de dicha teoría («olvidaba» que en el derecho inglés la norma era entonces de formación jurisprudencial fundamentalmente y que, por otra parte, en la estructura inglesa el órgano clave era, y sigue siendo, el Gabinete) la idea de la omnipotencia del Parlamento se convirtió en un auténtico mito jurídico. Mito que, si, entre otras ventajas, sirvió para modernizar el sistema y anclar al juez a la ley, esto es a la soberanía popular, hizo del jurista un exégeta de la misma: las técnicas de redacción *detallada* de las normas en la cultura anglosajona tienen como objetivo afirmar continuamente la primacía de la voluntad del legislador y la reducción al máximo del arbitrio en la interpretación y aplicación del derecho.

Pero también en el Continente durante el siglo XIX la ciencia del Derecho se desarrolló como ciencia positiva que hace de la ley la piedra angular del sistema. Era el final de un largo proceso, en el que el pluralismo jurídico de la Edad Media, del que nos habla A. J. Arnaud[10], es sustituido por una concepción -exigida por el Estado Moderno- donde el derecho se reduce a derecho estatal. Dos palabras del legislador -sentenciaría Kirschmann- dan al traste con bibliotecas enteras.

Es lógico que, en este contexto, la ciencia del derecho público[11] se habituara al respeto hacia el dato legislativo, «excluyendo del propio ámbito la legislación, y por tanto, huyendo también de la posibilidad de interferir en la obra del legislador incluso con su actividad interpretativa».

2. El creciente interés por la Teoría de la Legislación

Pero los tiempos han cambiado.

Cada vez es más difícil reducir el derecho a derecho estatal: la internacionalización de la vida económica, política y social hace que los Estados nacionales *importen* cada vez más normas y que el porcentaje de normas que se aplican a sus ciudadanos y que se han producido más allá de sus fronteras sea mayor que las normas de «producción nacional».

---

[9] *Lectures on the relations between law and public opinion in England during the nineteenth century,* Reedición en New Brunswick, 1981.

[10] *Legal pluralism in the light of normativist approach to Law,* The Amsterdam Law Program, 1994. Así como *La Critique de la Raison Juridique*, I. -*Où va la Sociologie du droit* (L.G.D.J. París, 1981, págs. 23 y ss.)

[11] Sabino Cassese, *op. cit.,* pág. 309.

En segundo lugar, la doctrina de la soberanía del Parlamento, tal y como ha sido teorizada tradicionalmente, se compadece mal con la aparición y desarrollo de otras poderosísimas fuentes normativas.

En tercer lugar, el tránsito del Estado liberal al Estado Social: la maduración de los programas de inversiones públicas y de prestación de servicios permite constatar que no siempre el legislador alcanza los objetivos perseguidos, lo que obliga a una evaluación cada vez más refinada de los proyectos.

La creciente insatisfacción de los ciudadanos, en cuarto lugar, ante la «inflación» legislativa o la oscuridad de las normas y la inseguridad que su defectuosa redacción provoca obligan a la doctrina -y a los propios legisladores- a estudiar la eficacia de otras técnicas no normativas de control y de cambio social más eficaces y a articular procedimientos de redacción más respetuosos con los derechos de los ciudadanos.

Me atrevería a sugerir, en quinto lugar, que el proceso de construcción comunitario no es ajeno a esta necesidad crecientemente sentida de reflexión sobre nuestros mecanismos de hacer derecho. En efecto, el cada vez más estrecho contacto de sistemas jurídicos, como el anglosajón y el continental, fruto de la convivencia de ambos sistemas en el seno de la Unión Europea, está produciendo unos problemas inéditos para los que los procedimientos tradicionales de legislación y la Ciencia tradicional del derecho carece de respuesta. El derecho comunitario -casi la mitad de las normas que se aplican a nuestros nacionales son de origen comunitario- es el fruto de un mestizaje de técnicas en el que se mezclan procedimientos de la cultura anglosajona con los procedimientos más peculiares del continente. Todo ello está produciendo una cierta simbiosis, o cuando menos, un evidente acercamiento entre las técnicas, los procedimientos y los puntos de interés de los juristas continentales y británicos. Y, aunque los juristas británicos se preocupan y protestan por la invasión continental del modo de hacer derecho, tampoco les faltan razones a los nacionalistas franceses -pongamos por ejemplo- para ponerse en guardia frente al influjo sobre la Unión Europea de las técnicas británicas. El relativamente reciente interés del Continente por los problemas de técnica legislativa se ve acrecentado así por la incidencia británica y la lógica importación al Continente de los estudios que los británicos dedican a la Legislación.

Luzius Mader[12] resume todo este ambiente en dos causas que explican este nuevo interés por la producción de normas:

«Por una parte, el creciente interés por la legislación refleja en mi

[12] Luzius Makder, *La legislation: objet d'une science en devenir?,* en *La science de la legislation,* en Travaux du Centre de Philosophie du Droit, PUF, París, 1988.

opinión la transformación profunda tanto del papel del Estado en la sociedad como el papel del derecho -y particularmente de la ley- en tanto que medio de acción o de instrumento de regulación estatal. La legislación se ha convertido en una actividad problemática: prolífica, lenta, liberticida e ineficaz; así es como la consideran muchos ciudadanos. Y esto es lo que ha llevado a los juristas a interrogarse sobre la creación de las normas legales, sobre su puesta en aplicación y sobre sus efectos».

Por otra parte, el nuevo interés por el fenómeno legislativo es también debido a la influencia de cambios que se han operado en otras ciencias sociales, en particular en sociología jurídica, ciencias políticas y administrativas que (ibídem) «ponen de relieve la flagrante falta de conocimientos sobre aspectos importantes del fenómeno legislativo así como el carácter ampliamente artesanal de la fabricación de las leyes. Han contribuido aquéllas así a crear... las condiciones para el aliciente de una verdadera ciencia de la legislación».

Estos son algunos de los factores que explican porqué la ciencia jurídica que durante siglos ha sido Jurisprudencia, en la acepción de Austin, vuelve a ocuparse de la Legislación, a interesarse por la creación de las normas y la relación de estas con la realidad social.

3. La institucionalización de los estudios de Legislación

El interés por la legislación no es, como hemos señalado, de hoy. La nómina de teóricos del derecho que se han ocupado en otros tiempos de los problemas de la Legislación es abundante. Pero lo que caracterizaba hasta hace poco este tipo de estudios era su desconexión, asistematicidad y discontinuidad.

Si la existencia del *Office of Parliamentary Counsel* en Inglaterra ha hecho posible, desde el pasado siglo, la existencia de unos artesanos de la legislación y, en su entorno, de una reflexión sobre métodos y técnicas de legislar, en el Continente el auténtico cambio de rumbo en la materia se produce en torno a los 70.

Es en la década de los 70 cuando han madurado ya los programas sociales que se inician en la postguerra y se comienza a percibir que los frutos de los mismos no tenían ni la incidencia que habían augurado sus promotores ni los efectos negativos con que habían amenazado sus detractores. La experiencia permitía, y obligaba a evaluar los resultados de las normas: los efectos queridos pero no producidos y los no queridos pero producidos.

Es entonces cuando se produce la decisiva obra de Peter Noll[13] *«Gesetzsgebung»* de 1973 que ha dado origen al surgimiento de una

[13] Peter Noll, *Gesetzsgelunglehre*, Rowoohlt, Hamburg, 1973.

impresionante literatura, de aportaciones individuales y colectivas, a la aparición de revistas especializadas en numerosos países como Legislation d'aujourd'hui en Suiza, en Alemania Zeitschrift für Gesetsgebung, Zeitschrift für Rechtspolitik, Kritische Vierteljahrssrift für Gesetzgebung und Rechtwissensschaft, en Portugal la revista Legislaçao, Statute Law Review en Ingaterra, ect.

En el plano europeo, comienzan a aparecer organismos e instituciones dedicados a los estudios de legislación.

Existe ya una Asociación Europea de Legislación, creada a raíz de la Conferencia sobre Legislación en los países europeos, celebrada en los días 11 a 13 de diciembre de 1991 en Alemania. También hay que citar el Servicio de la Gestión Pública de la OCDE (París).

En Inglaterra, se dedican a estos estudios el Royal Institute of Public Administration (RIPA) de Londres, el Office of Parliamentary Counsel, el Civil Service College, la Statute Law Society así como el Instituto de Criminología de la Universidad de Cambridge, el Centro de Criminología y de Estudios filosóficos y sociológicos del derecho de la Universidad de Edimburgo, y los centros socio-legales de las Universidades de Sheffield y de Oxford[14].

En Bélgica[15], como instituciones que se ocupan del tema hay que citar el Centrum voor Rechtssociologie de la Universitaire Faculteiten Sint-Ignatius de Antwerpen, así como la Facultad de Derecho, de Economía y de Ciencias Sociales de la Universidad de Lieja.

En Holanda[16] la preocupación por la calidad de las leyes ha llevado a atribuir al Ministerio de Justicia el objetivo de cuidar de la calidad de las leyes (con la creación en su seno en 1987 del Committee for the Review of Legislative Projects así como la General Legislation Policy Division) con un doble cometido: el desarrollo de una política general en materia de legislación (con la elaboración de unas Directions for Legislation y el Legislative Procedure Handbook) y el análisis, caso a caso, de la calidad de las leyes.

En Francia, los estudios de técnica legislativa se realizan en la Ecole National d'Administration (ENA).

En Alemania[17], existe la Hochschule für Verwaltungswissenschaften (HFW) Speyer, la Gessellschaft für Rechts und Politik, y la Gessellschaft für Förderung der

---

[14] Keith Patchett *«La science et la legislation en Grand-Bretagne»* en *«La science de la legislation», op. cit.*

[15] Philippe Gerard, *«La science de la legislation en Belgique. Bilan et perspective»* en *«La science de la Legislation», op. cit.*

[16] J. H. van Kreveld, *«The role of the Ministry of Justice in the Dutch legislative process».* Texto mecanografiado.

[17] Valentin Petev: *«Reflexions sur la science de la legislation en Allemagne Federale»* en *«La science de la legislation», op. cit.*

Entbürokratisierung.

En Italia, se ha creado un Observatorio legislativo Interregional[18]. Desde 1988 el Instituto para la Documentación y los Estudios legislativos (ISLE) organizó una Escuela de Ciencia y Técnica de la Legislación que viene dando cursos[19]. La preocupación por la proliferación de leyes, su rápida reforma, su fragmentación y estratificación, sus ambigüedades y su defectuoso lenguaje, con la consiguiente quiebra de la certeza jurídica, se plasmó incluso en la ley nº. 400 de 25 de agosto de 1988 cuyo articulo 23 preveía la constitución de un Departamento central para la coordinación de la iniciativa y de la actividad normativa del Gobierno[20].

El interés sobre estos temas en Canadá y en Australia ha dado lugar a importantes trabajos al respecto tanto en sede parlamentaria como en la Administración y la Universidad.

Por lo que se refiere a España, no se debe olvidar la labor de la Comisión General de Codificación, único órgano especializado de producción normativa. En cuanto a los estudios de técnica legislativa

---

[18] Forman parte de este Observatorio representantes de los Gobiernos regionales, ambas Cámaras, Presidencia del Consejo, el Instituto para la Documentación Jurídica del Consejo Nacional de Investigación, el Instituto de Estudios sobre las Regiones, con la contribución del Instituto para la Documentación y los estudios legislativos.

Este Observatorio consiguió elaborar en 1992 unas Reglas y sugerencias para la redacción de las leyes referidas a:

- lenguaje normativo: extensión de los periodos y modos de los verbos, elección y utilización de los términos, definiciones, homogeneidad terminológica, etc.;
- reglas de redacción de las leyes respecto al uso de abreviaturas, citas, signos de puntuación, etc.;
- estructura del acto normativo: elementos del texto, partes, título, homogeneidad terminológica entre texto y título, división del texto, párrafos, subdivisiones...
- reglas para las remisiones y reformas.

[19] Mario D'Antonio, *«A crise da legislaçao em Italia: as orientaçoes corretivas publicas e privadas para una melhor elaboraçao técnica das leis»*, en *Legislaçao* nº. 7, abril-junio 1993.

[20] El texto de la ley dice así: «El Departamento indica al Presidente del Consejo de Ministros y a los Ministros interesados a través de informes periódicos las incongruencias y antinomias normativas referidas a los diversos sectores legislativos; señala la necesidad de proceder a la codificación de materias enteras o a la redacción de textos únicos. Tales informes serán enviados por la Presidencia del Consejo de Ministros a la Presidencia de la Cámara de Diputados y a la Presidencia del Senado de la República».

Esta ley fue desarrollada por el Decreto del Presidente de la República de 19 de junio de 1989 precisando las competencias y encargando al nuevo Departamento la tarea de «proceder a la revisión técnico-formal de los proyectos de redacción de las leyes y demás actos normativos». Pero según Mario d'Antonio (ibid.) el Decreto en cuestión ha encontrado graves dificultades de implementación por lo que sus resultados no deben ser demasiado alentadores.

son, lógicamente, muy jóvenes y no han hecho sino comenzar. De vez en cuando se organizan cursos (Centro de Estudios Constitucionales) y seminarios (Congreso de los Diputados y Asambleas y Comunidades Autónomas). Se han publicado algunos importantes trabajos (como los del Grupo GRETEL) y comienza a disponerse de una bibliografía básica sobre la materia[21]. Todavía, sin embargo, las Universidades no incluyen estudios de logística en sus curricucula y, en cuanto a las medidas institucionales adoptadas[22], no son más que el inicio de un proceso que debe continuarse. Es de esperar -como señala Nicolás López Calera[23]- que «una vez pasada esta etapa política de transcribir y consolidación democrática en la cual lo que está en juego son los aspectos fundamentales de un orden social y jurídico avanzado, se desarrollen con fuerzas las preocupaciones propias de la ciencia de la legislación que están surgiendo con timidez».

4. ¿Qué puede aportar el estudio de la teoría de la Legislación?

De entre los objetivos que debería perseguir la renovación de los estudios sobre legislación, destaco los siguientes:

A) Reforzar el principio democrático

Se trata de reivindicar que la ley, en cuanto decisión del órgano representativo, es y tiene que ser el criterio relevante a la hora de determinar el modelo de conducta debido y de decidir controversias concretas. Algo que se ha puesto en cuestión tanto práctica como teóricamente.

---

[21] A los trabajos del Grupo Gretel como su *Curso de técnica legislativa* publicado por el CESCO en 1989, hay que añadir *La calidad de los leyes* (Colección informes y documentos del Parlamento Vasco), *La Técnica normativa de las Comunidades Autónomas* (Comunidad de Madrid, 1991). *La técnica legislativa a debate* (Corona/Pau/Tudela, Tecnos, Madrid, 1994), etc.

[22] *Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno* (Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de diciembre de 1989), *Cuestionario de Evaluación que deberá acompañarse a los proyectos normativos que se elevan al Consejo de Ministros* (Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de enero de 1990), *Directrices sobre la forma y la estructura de los anteproyectos de ley* (Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de octubre de 1991), a los que deben añadirse la Ley Procedimiento Administrativo, la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, algunas leyes de Presupuestos y la normativa de desarrollo.

[23] Nicolás López Cabeza, La *science de la Legislation en Espagne. Realisations et necesité,* en *La Science de la legislation, op. cit.,* pág. 79.

En efecto, la inflación normativa, la incomprensibilidad del tenor de la norma, la baja calidad de ésta, el cambio del contexto social en que se ha de aplicar, junto con la pérdida de protagonismo y prestigio de las instituciones parlamentarias son factores que se aducen para justificar que el juez abandone, con excesiva precipitación, el texto normativo para buscar, fuera del mismo, el criterio para resolver el problema en cuestión.

Buena parte de la teoría del derecho del presente siglo ha dedicado sus mejores esfuerzos a poner de relieve la imposibilidad de que la regla del derecho pueda dar respuesta a todas las situaciones concretas a que se enfrentará el aplicador de la norma.

Que no es posible que el legislador prevea en sus mínimos detalles todas las situaciones reales a que se enfrentará el aplicador de una norma se debe -como señala H. L. A. Hart[24]- a nuestra relativa ignorancia de los hechos a la relativa indeterminación de propósitos del legislador y a las propias limitaciones del lenguaje. El formalismo jurídico, navegando por el «paraíso de los conceptos», no percibió la inevitable «textura abierta» de las normas que hace que, en la práctica, la interpretación en determinados supuestos es una elección entre alternativas abiertas.

Pero una cosa es afirmar dicha textura abierta de las normas y otra muy distinta el *escepticisino ante las reglas* que desde principios de siglo y a partir de la escuela del derecho libre[25] parece haber ido dominando el método y, por tanto, incluso la propia teoría de las fuentes.

Pero como dice H. L. A. Hart, «Formalismo y escepticismo ante las reglas son el Escila y el Caribdis de la teoría jurídica; son grandes exageraciones que resultan saludables cuando se corrigen entre sí»[26].

Y tengo la impresión de que el escepticismo ante las reglas es en estos momentos el escollo que conviene corregir. Que con excesiva frecuencia el aplicador del derecho no se mueve en las zonas marginales en las que el legislador le delega competencias normativas (facultándole para una elección informada entre alternativas abiertas) sino que trata simplemente de crear la norma, destilándola a partir

---

[24] *El concepto de Derecho,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, pág. 160.

[25] Alf Ross, *Hacia una ciencia realista del Derecho,* (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, pág. 166): la escuela del derecho libre «... a expensas del legislador hace resaltar la importancia de otras varias fuentes, que expresan las consideraciones de propósitos libremente seguidos (por ejemplo, consideraciones independientes del texto legal), tal como la justicia, la equidad, la idea del derecho, el derecho natural, el derecho como recurso sociológico, el sentido de la justicia, el equilibrio de intereses, etc.»

[26] Hart, *op. cit.,* pág. 183.

de los más heterogéneos componentes que su imaginación aporta y entre los que, eso sí, figura la ley.

Un Estado de Derecho no puede aceptar, sin poner en peligro sus propios fundamentos, que las leyes sean un simple criterio, junto con otros criterios, para decidir el caso controvertido: *La ley ha de ser el criterio relevante.* Así se deduce de ese principio metajurídico, de ese ideal ético-político que es el *imperio de la ley,* que, como señala Francisco Laporta[27] «tiene efectivamente como objetivo establecer en su ámbito las condiciones de posibilidad de la autonomía individual» que... «sólo es posible en un contexto social *regulado,* es decir, sometido a normas. Un contexto social asaltado inesperadamente por decisiones súbitas e imponderables minimiza las posibilidades de la autonomía del individuo para hacer planes de vida. Los juristas liberales tienden al normativismo; los juristas antiliberales tienden al decisionismo». Este principio del imperio de la ley, resume Francisco Laporta, supone que «el ordenamiento jurídico debe vertebrarse en torno a un conjunto de *normas* emitidas por una *autoridad reconocida, genelares, prospectivas, estables, claras y ciertas*».

Y esa es una de las aportaciones de la ciencia de la legislación: ayudar a que se dicten aquellas normas que sean necesarias y sólo las necesarias y a obtener leyes más claras, eficientes y eficaces.

La defensa, en suma, del *imperio de la ley,* en un Estado democrático de derecho, obliga a articular las técnicas que eviten, al máximo posible, aquellas situaciones que «justifican» eludir el texto normativo; técnicas que hagan que la ley por su claridad, certeza, precisión, estabilidad, eficiencia, etc., pueda realmente ser el criterio relevante para determinar la conduta debida de ciudadanos y aplicadores del derecho.

B) Facilitar la interpretación

Hay una evidente relación entre la doctrina de las fuentes del derecho y la teoría del método[28]. Para la teoría positivista -que hace de la ley la fuente principal del derecho- la interpretación consiste en establecer, por métodos lógicos, la voluntad del legislador. Para la Escuela del derecho libre -que rechaza reducir el derecho a la ley- la interpretación supone «pensar plenamente» la ley en armonía con el principio inmanente del derecho.

---

[27] Francisco Laporta, *El imperio de la ley: un marco analítico.* Texto mecanografiado.

[28] Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Temas Eudeba, Buenos Aires, 1970, pág. 149.

Si el principio del imperio de la ley de un Estado de Derecho impide el escepticismo ante las reglas y obliga a hacer de la ley el criterio relevante de decisión, como hemos indicado, es preciso señalar que *no cabe una teoría de la interpretación seria si se prescinde del estudio riguroso del proceso legislativo* o en palabras de Elías Díaz, no cabe *magistratura democrática sin Legislatura democrática*. Dicho utilizando la terminología de Austin, no cabe Jurisprudencia sin Legislación. Y ello, al menos, en un doble sentido:

1. *Es necesario dar un mayor peso a los antecedentes legislativos en la interpretación y aplicación de las normas.*

Es cierto que, como reflejo de la metodología positivista imperante, se ha ido históricamente imponiendo la teoría de la interpretación objetiva (que centra su consideración en la llamada voluntad de la ley) sobre la subjetiva (que trata de indagar los propósitos del legislador).

Las razones que se han alegado para ello estriban en que ceñirse a la voluntad del legislador: a) ancla la interpretación a un pasado que muy poco tiene, a veces, que ver con los problemas de la sociedad presente, mientras la interpretación objetiva ofrece esa flexibilidad que permite mantener con vida el texto, y b) evita el problema de determinar si los órganos colegiados tienen voluntad y, en su caso, si esta es identificable.

Uno de los elementos que diferencia a la interpretación subjetiva de la objetiva (se trata de dos estilos más que de dos métodos) es el papel asignado a los antecedentes de la ley. Si lo que se trata de descubrir es, como pretende la interpretación subjetiva, el significado que intentó expresar el legislador, el estudio de los antecedentes legislativos es esencial. La interpretación objetiva al tratar, por su parte, de llegar a conocer el significado de la ley tal y como está comunicado en el texto, no precisa conocer dichos antecedentes. El artículo 3.1 de nuestro Código Civil, según el prof. Luis Diez Picazo[29] «se orienta significativamente hacia la dirección objetiva».

Pero me atrevería a sugerir que el principio democrático exige a la doctrina un replanteamiento del problema; a dar un mayor protagonismo a la voluntad de un legislador que ha sido legitimado por la voluntad de los ciudadanos para imponer pautas de comportamiento obligado.

---

[29] *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, Tecnos 1990, pág. 186

Por ello el artículo 3.1 de nuestro Código Civil se debe interpretar, a su vez, de acuerdo con nuestra nueva realidad democrática: que es necesario *indagar la voluntad del legislador* y hace de la misma, allí donde ésta sea identificable, el criterio prioritario de interpretación de las normas. El estudio de las palabras utilizadas, del contexto, de los *antecedentes históricos y legislativos* así como de la realidad social en que han de ser aplicados no pueden ser más que un instrumento para alcanzar el primer objetivo de la interpretación en el Estado de Derecho: conocer la voluntad del legislador. Y sólo la imposibilidad de conocer, en el caso concreto, aquella voluntad puede justificar que ésta no sea el criterio prevalente.

Es cierto que se ha cuestionado la posibilidad de que los órganos colegiados puedan tener una voluntad o que, aun aceptando que ésta exista, sea posible conocerla. Ciertamente se trata de una convención que la ciencia del derecho aplica a todas las personas jurídicas (sociedades, asociaciones, partidos, etc.).

Como son convenciones las principales premisas sobre las que se asienta la democracia: son convenciones absolutamente imprescindibles para la salvaguardia de las libertades. Que el Parlamento tiene voluntad es otra convención indispensable para el correcto funcionamiento del sistema, que puede, y debe incidir, en el método o estilo de interpretación.

Claro está que, aún aceptada la relevancia de la voluntad del legislador en la tarea interpretativa, surgirá el problema de cómo compatibilizar la voluntad del legislador histórico con un legislador actual que puede representar intereses y perspectivas diferentes. El problema no ha sido nunca, ni lo es hoy en día, fácil de resolver, pero incluso en este supuesto el estudio del proceso normativo, de la estructura y funcionamiento de las instituciones normativas ofrecerá al intérprete asideros más seguros y fiables que el puro decisionismo judicial o la construcción de una lógica del derecho pretendidamente aséptica, al margen de la ciencia política. En suma, y como señala Pablo Salvador Coderch[30]. «En el camino hacia las ciencias sociales no hay que ver ni temer disolución del derecho en política, sino no hay que ver ni temer disolución del derecho en política, sino avance a una mejor, pero nunca acabada explicación de los problemas que siempre han ocupado al intérprete doctrinal...».

Es preciso, pues, corregir la orientación fundamentalmente objetiva con que la doctrina ha interpretado el artículo 3.1 del Código Civil sin, por ello, refugiarse en el activismo judicial que convierte las preferencias de los jueces en el criterio relevante a la hora de interpretar las normas y, para ello, es precios dar mayor relevancia al

[30] Pablo Salvador Coderdi, *Interpretación judicial y decisión política*, Anuario de Derecho Civil, tomo XLV, fascículo IV, octubre-diciembre, 1992, pág. 1598.

estudio de la voluntad del legislativo. Y algo de esto es lo que, al parecer, se insinúa ya en España. Pese a las reticencias de la doctrina respecto a la búsqueda de la voluntad del legislador[31] y como expresión de la realidad democrática, la interpretación objetiva ha tenido que ir haciendo concesiones a la teoría subjetiva:

- Se citan los trabajos parlamentarios e incluso normas que todavía no han entrado en vigor[32].
- Se usan las Exposiciones de motivos y, cada vez más, las disposiciones directivas.
- Y el propio Tribunal Constitucional fundamenta a veces sus decisiones en los trabajos parlamentarios[33].

---

[31] Antonio Cuerda, *El legislador y el derecho penal. Una orientación a los orígenes.* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, pp. 88 y ss.

[32] Vide: Aulis Aarnio *«Lo racional como razonable»* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, págs. 123 y siguientes) a propósito del valor de los trabajos parlamentarios como fuente.

Asimismo, la Sentencia de la Sala 3ª. del T. Supremo de 1-12-1992, ante la solicitud de indemnización de un Magistrado, por el adelanto de la edad de jubilación provocado por el legislador ordinario dice así en su Fundamento 8º. «Por último, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ... *no vigente pero orientativo de la voluntad del legislador al regular por primera vez esta materia,* limita la indemnización a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos en un triple aspecto: 1º. -que no tengan el deber jurídico de soportarlo, 2º. -que se establezca en los propios actos legislativos y 3º. -que la indemnización tendrá lugar en los términos que se especifiquen en los propios actos ...», por lo que concluye que no ha lugar a la indemnización solicitada).

Por su parte, la Sentencia 5-10-92 de la Audiencia Provincial de Madrid. secc. 2ª. dice lo siguiente: «El artículo 2-3º. de la Ley Orgánica 8/1984 condena claramente «al que rehusare cumplir la prestación social sustitutoria» y tanto en su letra, como en su espíritu está supeditando el deber moral o de conciencia al cumplimiento de aquella obligación legal. *De los trabajos Preliminares de la Ley, debates parlamentarios y conjunto de antecedentes, no puede menos que concluirse que el legislador se planteó, discutió y tuvo presente toda la problemática suscitada acerca de la posibilidad apuntada por algunos sectores parlamentarios de implantar un ejército profesional y voluntario.* El legislador, sin dejar de prever las consecuencias, optó por imponer un servicio militar obligatorio... La consecuencia ineludible, desde esta perspectiva jurisdiccional, es que cuando la ley efectúa la valoración de bienes en conflicto no le es dable al Juzgador alterar el orden de valores en ella impuestos, máxime teniendo en cuenta que nos encontramos en un estado social y democrático de derecho, con un principio de separación de poderes, en el que aquella alteración de valores por parte del Juzgador implicaría una extralimitación de la tarea interpretativa de la ley para entrar de lleno en una función normativa que no le es propia».

[33] Sentencia 2/1981 de 30 de enero: el principio non bis in idem, no expresamente recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, tiene carácter constitucional porque «*lo entendieron los parlamentarios en la Comisión De Asuntos Constitucionales y Libertades públicas del Congreso de los Diputados*... íntima-

Para que esta reorientación, o al menos reequilibrio, de la doctrina sea efectiva, la teoría de la legislación ha de ocuparse con mayor detenimiento del proceso legislativo y, por consiguiente, de los problemas de técnica legislativa.

2. Es preciso prevenir, en la medida de lo posible, los fallos del proceso legislativo que dificultarán la interpretación de la normas.

Las dificultades más importantes de la interpretación de las normas se producen en el propio proceso legislativo. William Twining and David Miers[34], al estudiar los problemas que surgen en la interpretación proponen al intérprete un modelo de *Checklist* para detectar dónde y cómo se han producido las condiciones generadoras de las dudas. Porque los problemas a que se enfrentará el intérprete han sido ordinariamente provocados:

a) En la *fase previa a la redacción de la norma,* por una aprehensión errónea, incompleta o inadecuada del contexto y de los hechos, por una categorización inapropiada del problema a resolver por el legislador, por la falta de objetivos políticos claros, o por ser éstos contradictorios o inconsistentes, porque se ha pretendido resolver con una norma lo que hubiera requerido otro tipo de instrumentos de gestión, o porque el sistema institucional vigente dificulta o imposibilita la correcta solución.

b) *En la fase de redacción de la norma,* provocando dudas en torno a la intención del legislador (sentido de las palabras, ámbito que se quiso cubrir, efectos deseados, consecuencias pretendidas, razones para dictar la norma), o sobre la relación de la norma con el resto del sistema, o de otro sistema, o por la elección de unos medios inadecuados para implementar los objetivos, o debido a una redacción defectuosa (por la organización del texto, la elección de palabras y términos inapropiados, la existencia de lagunas, oscuridad intencional, inconsistencia interna, etc.) por una delegación deliberada de potestades normativas (uso de términos vagos, conceptos indeterminados), por urgencias indebidas en la tramitación de las normas, etc.

---

mente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas principalmente en el art. 25 de la Constitución», como se puso de relieve en la intervención de Pérez Llorca con ocasión del articulo 9.3, anunciando su disposición a tratarlo en el artículo 25. Pero en el articulo 25... se les olvidó a los constituyentes.

[34] *How to do things with rules*, Weidenfeld and Nicolson, 2ª. ed. Londres.

c) En la fase de decisión gubernamental, el Gobierno puede generar zonas de dudas en las normas cuando descuida el cumplimiento de determinados requisitos procedimentales de los que puede depender la propia validez de la norma; o cuando para edulcorar determinadas medidas que pueden recibir un rechazo parlamentario o social utiliza una terminología ambigua, o cuando recurre sin necesidad al uso de conceptos indeterminados, etc.

d) *En la fase parlamentaria de aprobación* de una norma, las necesidades de lograr determinadas mayorías o alcanzar un consenso pueden dar lugar a cambios en la redacción que provoquen más ambigüedad, que disminuyan la claridad del primitivo texto, que generen antinomias o lagunas mediante enmiendas, de última hora o poco meditadas, que alteren la lógica del texto.

e) *En la fase de publicación de las normas,* se pueden generar un conjunto de dudas suscitadas por erratas que se producen no sólo a lo largo del proceso legislativo (son muchas manos las que reescriben muchas veces las sucesivas versiones de un proyecto), sino en la misma fase de publicación (las erratas de imprenta).

Es, pues, ahí -en el proceso legislativo- donde se producen algunas de las causas de oscuridad de las normas y de los problemas que ha de resolver posteriormente el intérprete. *Y no parece razonable que la teoría del derecho renuncie a intervenir en esta fase ayudando al legislador a una elaboración más cuidadosa de las normas, evitando preventivamente aquellos errores que, de otro modo, tendrán que resolver posteriormente los jueces.*

De la misma forma que la mejor política sanitaria es la preventiva, la mejor política interpretativa es una buena política legislativa.

C) Mejorar la formación de los juristas

Por último, hay que referirse a los aspectos pedagógicos porque el olvido de los problemas derivados del proceso legislativo supone una *mutilación en la formación de unos juristas* que, en algunos supuestos, no sólo se dedicarán a interpretar normas sino también a producirlas: aquello que van a producir es, curiosamente, lo que no se les ha enseñado a hacer.

El manifiesto *«Pour une nouvelle génération de légistes»*[35] que se hizo en 1979 en Bélgica solicitando la creación de un Instituto Belga de Legística se fundamenta en esta constatación: «La actual formación

[35] *Journal des tribunaux,* 17 de noviembre de 1979.

jurídica está esencialmente reducida a la aplicación del derecho, es decir, a la apreciación de los comportamientos sociales (pasados o futuros) en su relación con la reglas ya existentes; es una equivocación que permanezca oculta en la formación jurídica la otra cara del derecho, que se refiere a la invención de reglas aptas para orientar los comportamientos sociales en el sentido querido por el poder político». Por eso, afirma Fleiner-Gerster[36] «la formación legislativa no debería ya limitarse a formar buenos jueces y buenos abogados si no que se debería igualmente enseñar *el arte de hacer buenas leyes*». Claro está que, como sugieren C. E. Alchourrón y E. Bulygin[37] «no hay especialistas o técnicos en la legislación por la sencilla razón de que no hay centros académicos que la preparen y no los hay porque no existe un cuerpo de doctrina, es decir una teoría que estudie sistemática y metódicamente los problemas que plantea la legislación y el modo de resolverselo».

4. El contenido de una disciplina sobre la Legislación

¿Cómo hacer buenas leyes?

Se han propuesto diferentes modelos de racionalización del proceso legislativo entre los que citaríamos los de Peter Noll, J. Wroblewsky[38], Mario Losano[39], Martin Casals[40] o Manuel Atienza.

En casi todos ellos se echa en falta, por una parte, una más clara diferenciación entre la *planificación* normativa y la *redacción* del anteproyecto de norma. La mayoría de los modelos obvian el momento de la planificación donde no es infrecuente que quiebre la «racionalidad» del proyecto normativo antes incluso de iniciarse su redacción: es en la fase donde, detectado un problema, una defectuosa evaluación de sus causas y unas erráticas instrucciones al redactor puede marcar con la irracionalidad los ulteriores trámites del proceso. Si se falla en este cometido, de poco servirán al respecto los restantes criterios de racionalidad: estaremos en presencia de una mala ley.

---

[36] Fleiner-Gerster, *Informe introductorio* al 12º. Coloquio sobre *Principios y Métodos de elaboración de Normas* celebrado en Friburgo en octubre de 1982, *op. cit.,* pág. 18.

[37] *Análisis lógico y derecho,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág.410.

[38] *A model of rational Law-Making*, ARSP, t. I, XV/2, 1979; *Rational Law-Maker and Interpretative Choices*, RIFI, IV-I, XII, I, 1985.

[39] *Analisi empirica e analisi delle procedure giuridiche, en Societá, norme e valori. Studi in onore di Renato Treves,* Ed. de U. Scarpelli y V. Tomeo, Giuffré, Milano, 1984.

[40] *Curso de Técnica Legislativa*, CESCO, Madrid, 1989.

Por otra parte, es absolutamente necesario, de acuerdo con Bennion[41] diferenciar entre la fase de redacción y la fase de validación (gubernamental y parlamentaria) de la norma. Ni el Gobierno ni el Parlamento redactan normalmente los proyectos del ley. Los redactan expertos y los debaten y aprueban los órganos políticos competentes.

Ello nos llevaría a sistematizar el complejo proceso legislativo en las siguientes fases: planificación de la intervención, redacción del proyecto, validación gubernamental del mismo, aprobación por las Cámaras, publicación y evaluación del impacto.

Planificación normativa:

Es una fase donde se producen los *impulsos normativos,* previa a la iniciativa legislativa o reglamentaria en la que juegan un papel capital los ciudadanos, grupos de interés, grupos de presión, medios de comunicación, partidos políticos, Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal de Cuentas, etc., que demandan la promulgación de una norma.

Es también la fase donde el Gobierno, y en menor medida los partidos, seleccionan las demandas mediante los programas electorales y/o de gobierno.

Es la fase en la que, en el proceso normal, el Gobierno encomienda el análisis de las causas del problema, examina las alternativas no normativas a su disposición y finalmente, y en el supuesto de que recurra a la producción de una norma, fija los objetivos de la misma dando instrucciones al respecto al experto que redactará el anteproyecto.

Redacción del proyecto:

Se trata del momento de redacción de la norma por parte del experto encargado y en el que las técnicas legislativas pueden suponer una clara mejora de la calidad de las normas. Es el momento donde, de una forma especial, se ha de cuidar la racionalidad lingüística, pragmática, sistemática y teleológica.

Esta fase termina con la entrega del anteproyecto al responsable político que comprobará si se han cumplido las instrucciones y alcanzado los objetivos propuestos.

---

[41] Francis Bennion, Statute Law, Oyez, 1980

Validación gubernamental:

Es la fase en la que los órganos gubernamentales competentes (las Comisiones Delegadas, la Comisión de Secretarios de Estado y de Subsecretarios así como, finalmente, el Consejo de Ministros) examinan el borrador de norma y, en su caso, aprueban su remisión a las Cámaras.

Aprobación parlamentaria:

Se trata de la fase capital desde la perspectiva de la legitimación de la norma, en la que las Cámaras debaten el proyecto de ley y le dan su forma definitiva.

Evaluación del impacto:

Convertido el proyecto en norma, se ha de proceder a evaluar su impacto, su eficacia y efectividad, examen que permite, a su vez, volver a iniciar el proceso normativo.

En todo este proceso normativo participan, como hemos podido ver, numerosos sujetos: ciudadanos u organismos que piden la intervención de los poderes públicos ante un problema; expertos que analizan el problema, sus causas y las posibles alternativas; responsables políticos que deciden intervenir y establecen unos objetivos; profesionales que redactan un borrador; Gobierno que aprueba el anteproyecto y Cámaras que debaten su contenido y deciden el texto definitivo de la ley. ¿Es posible racionalizar todo este proceso? ¿Puede, y debe, todo este complejo mecanismo ser estudiado por una disciplina autónoma?

Si a partir de P. Noll la legislación, en el Continente, se convirtió en objeto autónomo de conocimiento y estudio, la disciplina que se abre paso se caracteriza por la heterogeneidad de los campos de investigación y de métodos (tomados en prestamo a otras ciencias, hecho que, por otra parte, convierte a la teoría de la legislación en una disciplina profundamente ecléctica) que precisa el concurso de la teoría oeneral del derecho, del derecho administrativo, del derecho constitucional, del derecho parlamentario, de la sociología del derecho, de la lingüística, de la economía política... y un largo etcétera.

Por qué -se pregunta Luzius Mader[42]- reunir forzosamente los

[42] *Op. cit.* p. 16.

diferentes campos de investigación y las diferentes perspectivas de investigación bajo una misma etiqueta: La explicación más plausible es que la combinación de todas las perspectivas señaladas nos permitirá no sólo una mejor comprensión del proceso de gestación de las normas, sino una mayor calidad formal y material de las mismas y, con ello, una mejor interpretación de aquellas.

La polémica sobre si es esta una ciencia o no es un debate poco útil[43]. En todo caso, es cierto que este tipo de estudios oscila entre lo que Jerzy Wroblewsky[44] denomina *enfoque minimalista* y el *enfoque maximalista:*

a) «La *ciencia minimalista* de la legislación está constituida por las evaluaciones y las normas instrumentales. Se hace la elección de medios jurídicos para alcanzar unos fines presupuestos que no se discuten... El campo de la ciencia de la legislación se reduce a una técnica».

b) La *perspectiva maximalista* hace de los valores, de los fines que se persiguen el objeto de estudio: trata de determinar también los fines y evalúa los medios teniendo en cuenta los valores de los mismos. En este enfoque, la ciencia de la legislación -si lo que se trata es de determinar el contenido de las leyes- aparece como política legislativa o como ética.

Hoy en día prima el primer enfoque que hace de los estudios de legislación una disciplina más pragmática que busca la racionalidad instrumental[45] de la norma como realización de una voluntad política; esa racionalidad lingüística, sistemática, pragmática y teleológica que postula Manuel Atienza para el proceso legislativo[46].

Sea o no la «racionalidad» el término más adecuado al respecto lo que diferencia los enfoques minimalista y maximalista de este

---

[43] Pero la consideración de estos estudios como ciencia, la posibilidad hoy en día de una Ciencia de la Legislación es puesta en cuestión por ejemplo por Jean-François PERRIN *«Possibilites et limites d'une science de la legislation»* en *«La science de la legislation»,* París, 1988, PUF, aun cuando abogue claramente por la profundización de estos estudios interdisciplinares sobre la legislación y elaboración de normas... «pero sin empeñarse (ibídem, pág. 34) en encontrar una denominación global para el conjunto de estas actividades de investigación». Tal vez con los años, piensa Perrin, se podrá elaborar por inducción una teoría de la legislación que trate de la coordinación necesaria entre los diferentes saberes en este campo.

[44] Conclusiones a *La science de la legislation: op. cit.,* pág. 105 y ss.

[45] Philippe Gerard, *«La science de la legislation en Belgique. Bilan et Perspectives», op. cit.*

[46] *Teoría y Técnica de la Legislación,* en *Theoría* 1987-88; *Lenguaje, lógica jurídica y teoría de las normas,* en *Técnica normativa de las Comunidades Autónomas* (Comunidad de Madrid, 1991); *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico,* Ariel, 1993, págs. 182 y ss.

tipo de estudios es la inclusión (como defiende Atienza) o no (como mantiene Wroblewsky y con él la mayoría) de la racionalidad ética dentro de los cometidos de la llamada ciencia de la legislación.

El enfoque minimalista puede, ciertamente, conseguir, al menos, lo que Lon Fuller denomina[47] «moralidad interna de la ley» evitando adentrarse por aquellos caminos que conducen al naufragio de la norma y, entre los que destaca L. Fuller, el fracaso en darlas a conocer, el abuso de las normas retroactivas, la incomprensibilidad de la norma, la promulgación de normas contradictorias, la norma que exige lo imposible, los continuos cambios en la norma y el fracaso entre el texto de la norma y su administración. Es cierto que la ciencia de la legislación puede ayudar a evitar estos desvaríos. Lo cual no garantiza la justicia de la norma; pero también es cierto que sin el respeto de toda una serie de condicionantes técnicos no es posible realizar aquella.

Pero parecería grave renunciar a preguntarse por la justicia de las normas. Quienes consideramos que el derecho ha de respetar determinados valores y límites, no calificaríamos como buena una ley técnicamente perfecta pero al servicio de fines ilegítimos e injustos. El trabajo del jurista -insiste con toda razón Elías Díaz[48]- no puede ni debe reducirse a una labor de interpretación lógico-formal ni de aplicación mecánica de las normas sino que ha de entenderlas en su contexto social e histórico y someterlas a una reelaboración crítica. Pues bien, con mucho mayor motivo el «proyectista» de normas y todos los que participan en las distintas fases normativas no pueden desconocer la perspectiva de la legitimidad, eficaz y crítica, de las normas.

Quienes hemos tenido la suerte -y la seguimos teniendo- de trabajar con Elías Díaz sabemos que su concepción totalizadora y crítica del fenómeno jurídico impide concebir una ciencia de la legislación sin una ética porque, como diría Fernando de los Ríos, no cabe una ciencia sin conciencia.

---

[47] *The morality of Law,* Yale University Press, New Haven and London, 1963. págs. 33 y ss.
[48] *Legalidad y legitimidad en el socialismo democrático, op. cit.,* pág. 61.

DOXA 15-16 (1994)

BUENOS Y MALOS. SOBRE EL VALOR EPISTÉMICO DE LAS ACTITUDES MORALES Y DE LAS PRUDENCIALES

1. Introducción

Mi primer contacto con la filosofía del Derecho académica fue a través de un iusnaturalista profesor de Derecho Natural de cuyo nombre no quiero acordarme. El segundo, que además resultó ser decisivo en mi biografía, fue a través de las clases de Manuel Atienza y del libro de Elías Díaz *Sociología y Filosofía del Derecho*. De las clases del primero y del libro del segundo aprendí muchas cosas, pero una de las que más hondo caló en mí -no se si por simple reacción- fue la de las potencialidades del positivismo conceptual frente a otras formas de aproximación al Derecho, principalmente frente al iusnaturalismo. Las tesis centrales de aquel positivismo que entonces estudié se resumían en lo siguiente: a) El Derecho es una institución social, lo que implica que el único Derecho que existe es el positivo, el dado, el socialmente vigente. Y b) la conexión entre el Derecho y la moral es contingente, no necesaria. Las virtudes de dicho enfoque venían dadas por lo siguiente: a) Permitía eludir cualquier tentación metafísica, pues el conocimiento del Derecho, como el de cualquier otra institución social, se resolvía dando cuenta de la conducta y de las creencias de los miembros de la sociedad en cuestión. Y b) al distinguir netamente entre el Derecho que es y el que debe ser, mantenía intacta la capacidad crítica del individuo que reconocía algo como Derecho.

Más adelante, una vez acabada la licenciatura, cuando empezaba a formarme como profesor de filosofía del Derecho, profundicé algo más en la cuestión y, aunque incorporé un sinfín de matices y detalles, esas enseñanzas permanecieron en mí prácticamente inalteradas. Durante algunos años formaron parte no de lo que se discute, sino de aquello a partir de lo que se discute. Pero hoy, esa actitud sólo puede mantenerse al precio de ignorar buena parte de la mejor

filosofía del Derecho. En efecto, en los últimos años el positivismo «tipo Hart» ha sufrido un auténtico aluvión de críticas: unas como consecuencia de lo que podríamos llamar el desarrollo de algunos elementos presentes en la propia teoría de Hart (principalmente a partir del desarrollo del punto de vista interno y la reelaboración de la teoría desde el modelo del aceptante); otras fruto de un ataque frontal a algunos de sus postulados. Aquí, aunque de forma muy libre, me van a interesar las primeras.

En este trabajo me propongo apuntar algunas ideas muy simples a propósito de la cuestión de la conexión entre Derecho y moral. Para ello, en primer lugar, trataré de esbozar dos teorías del Derecho simétricas pero opuestas con el fin de extraer de ahí algunas conclusiones. En segundo lugar, introduciré un breve excurso sobre el papel que las fuentes del Derecho desempeñan en el razonamiento jurídico justificatorio, lo cual tratará de constituir una breve exposición sobre la racionalidad jurídica. Advierto ya de antemano que me propongo circular por los vericuetos de la teoría del Derecho de forma muy libre y, tal vez, poco rigurosa. A ver qué sale.

2. Dos teorías del Derecho simétricas, opuestas y parciales

Cuando se abordan *in toto* las relaciones entre Derecho y sociedad es común afirmar, al menos desde la tradición conflictualista, que el Derecho desempeña tanto una función ideológica como una función represiva[1]. En correspondencia con lo anterior, cuando se da el salto y se trata de explicar la conducta del sujeto que se adapta a los requerimientos del Derecho se acude o bien a la aceptación ideológica (o consenso) o bien a la presión coactiva, de donde se extraen conclusiones a propósito de la noción de vinculatoriedad, fuerza vinculante u obligatoriedad del Derecho. Si traducimos lo anterior en términos de razones para la acción, nos encontramos con que explicamos la conducta del sujeto por apelación o bien a razones morales o bien a razones prudenciales. En otras palabras, en nuestras explicaciones las que podríamos llamar razones jurídicas quedan reducidas a unas u otras razones. Ello, sin embargo, no puede sorprender demasiado porque si aceptamos que en los dominios que aquí nos interesan la clasificación de las razones para actuar en morales y prudenciales es exhaustiva, entonces hubiera resultado muy raro que

[1] Es obvio que las expresiones «ideología» y «represión» tienen la carga crítica característica del conflictualismo. Sin embargo, en el contexto del presente trabajo me interesa prescindir de dicha carga y, en consecuencia, uso respectivamente esas expresiones en el sentido de consenso y coacción.

las razones jurídicas no hubieran encajado en alguna de ellas. Hasta aquí todo resulta pacífico y no parece haber demasiados problemas. Las dificultades surgen cuando se aborda la «superpregunta» de la teoría del Derecho: qué es esencial al Derecho.

Imaginemos a dos hipotéticos teóricos del Derecho. Para responder a la «superpregunta» ambos recurren al método más fiable que conocen: la observación. Así, observan la realidad social y tratan de obtener datos que les permitan resolver la cuestión. De la observación de la conducta y de las creencias de la gente cada uno de ellos obtiene unos resultados. A partir de ellos tratará de reconstruir los conceptos jurídicos básicos y finalmente abordará la cuestión de las conexiones conceptuales o conexiones necesarias.

3. Una observación de la realidad y una teoría del Derecho

El primero de nuestros hipotéticos teóricos resume así sus observaciones: «Es obvio que el Derecho respalda el cumplimiento de sus normas mediante el recurso a la fuerza o la coacción; pero ello es accesorio, no definitorio del mismo. Hay infinidad de situaciones sociales que no identificamos como Derecho en las que requerimientos de conducta aparecen respaldados por amenazas. Lo fundamental es percatarse de que en toda sociedad que cuenta con un orden jurídico hay gente que cumple voluntariamente las normas jurídicas (es decir, no como resultado de las amenazas). Si se observan con detenimiento las creencias de esa gente y se analiza el lenguaje en que las expresan es fácil percatarse de que esas personas muestran una actitud normativa consistente en el aprecio de las normas jurídicas en sí mismas consideradas. Eso quiere decir que para ellos esas normas jurídicas están dotadas de un valor moral. Naturalmente no todos los miembros del grupo social muestran (o tienen que mostrar) esa actitud, pero sí algunos. Especialmente aquellos que detentan mayor poder normativo, esto es, los «funcionarios». Allí donde esa actitud no se detecte no estaremos ante un orden jurídico: será un régimen de pura coacción. En consecuencia, la clave de lo jurídico se encuentra en dicha actitud y la tarea principal del teórico del Derecho consiste en distinguir al Derecho de las situaciones de coacción desnuda».

Nuestro teórico, que, por cierto, está dotado de una gran capacidad analítica, aborda a continuación la tarea de reconstruir los conceptos básicos del Derecho de forma coherente con lo que ha sido el núcleo central de sus observaciones. Para ello decide crear un modelo teórico de participante, al que va a llamar «hombre bueno», cuyas características serán las siguientes: 1. es un sujeto que cumple

voluntariamente las normas; 2. lo hace porque tiene hacia ellas una actitud normativa consistente en apreciarlas en sí mismas. Los conceptos jurídicos en manos del hombre bueno adquieren, en consecuencia, una genuina dimensión normativa o práctica. Por ejemplo, a través de él los juicios de validez dejan de ser juicios de deber relativos a un orden, para pasar a ser juicios sobre lo que debe ser; la obligación jurídica queda desvinculada de la coacción o las amenazas; y las autoridades no son sólo sujetos a los que otros reconocen poder normativo sino sujetos que realmente lo tienen, a los que se debe obedecer. En definitiva, resume nuestro teórico, para el hombre bueno las llamadas razones jurídicas se resuelven en razones morales. Ello, por cierto -añadirá- tiene su reflejo en el análisis del razonamiento jurídico justificatorio. En efecto, para que el razonamiento jurídico opere como un razonamiento práctico hay que presuponer una premisa implícita de aceptación de las razones jurídicas, esto es, algo parecido a una premisa que diga que lo establecido por el Derecho debe ser. O dicho en otras palabras, una premisa que transforme las llamadas razones jurídicas en razones morales. Ello es así porque lo que justifica al sujeto que se conforma a los requerimientos del Derecho no es el hecho de que alguien haya dictado una norma, sino mas bien la creencia en la legitimidad de la misma.

Ahora bien, como ya se ha dicho, el modelo del hombre bueno es el resultado de la observación de la conducta y las creencias de los miembros del grupo. Nuestro observador ha privilegiado a un determinado tipo de conductas y creencias frente a otros tipos que también han sido objeto de observación. Al adoptar este modelo no nos está diciendo que todos sean hombres buenos, sino que lo definitorio del Derecho es la presencia de ese tipo de actitudes, esto es, personas que creen en la legitimidad del orden jurídico y que obran en consecuencia con esa creencia. Si no detectásemos sujetos así no estaríamos ante un orden jurídico. Pero, naturalmente -nos dirá- pueden darse otros tipos de actitudes y de sujetos. En particular, nuestro teórico del Derecho hace la siguiente clasificación no exhaustiva de modelos accesorios, no definitorios: a) El hombre malo: es un calculador preocupado por alcanzar sus propios objetivos dentro del orden jurídico; el Derecho le suministra razones prudenciales y, en consecuencia, actúa motivado por él. b) El delincuente: cree en la legitimidad del Derecho pero carece de la voluntad necesaria para cumplir con sus requerimientos; o bien, carece de creencias morales y se limita a perseguir sus objetivos al margen del Derecho. c) El desobediente: cree en la legitimidad del Derecho, pero incumple una determinada norma porque la considera ilegítima; y d) El rebelde: niega toda legitimidad al orden jurídico.

A partir de todo ello, nuestro observador aborda la cuestión de

las conexiones necesarias, En primer lugar constata una trivialidad: como cuestión de hecho suele darse una correspondencia entre Derecho y moral positiva. Pero no se queda ahí. Así, dirá que desde una perspectiva conceptual se da una conexión necesaria entre Derecho y moral: si lo característico del Derecho es la presencia de actitudes normativas como las representadas por el hombre bueno, entonces no se puede dar cuenta del Derecho sin dar cuenta de las genuinas creencias morales de esos sujetos. La tesis de la conexión conceptual entre Derecho y moral es un corolario que se presenta como necesario al haber enfocado el Derecho a través de la lente del hombre bueno. Nuestro teórico del Derecho se percata de que la tesis de la conexión conceptual puede formularse en diversos grados, pero decide aplazar para otra ocasión el esclarecimiento de dicha cuestión. Las conexiones que se podrían establecer mirando el Derecho a través de los modelos no definitorios serán obviamente contingentes.

4. Otra observación de la realidad y otra teoría del Derecho

Imaginemos que el segundo teórico del Derecho lee el texto en el que el primero ha reflejado las ideas antes expuestas. Al finalizar la lectura comenta a su ayudante: «Nuestro querido colega ha realizado un considerable esfuerzo y creo que ha salido victorioso en su tarea de dar cuenta de los conceptos básicos del Derecho de forma coherente con sus observaciones; pero todo ese esfuerzo ha sido inútil: ha tomado la apariencia por la realidad». Al cabo de unos segundos, añade con voz maledicente: «En realidad, lo único que ha hecho es tomar al tonto por bueno y al listo por malo». A continuación, se encamina hacia el ordenador dispuesto a invertir la teoría de su colega, a asentarla con los pies en el suelo.

Resume de esta manera el resultado de sus observaciones: «Es manifiesto que el Derecho y algunos operadores jurídicos utilizan un lenguaje muy parecido al de la moral, pero ello es completamente accesorio. Dar demasiada importancia a ese lenguaje normativo es confundir la apariencia con la realidad. Es posible que algunos sujetos muestren actitudes morales hacia el Derecho, pero lo relevante es que, a pesar de todo ello, el Derecho, a diferencia de la moral, respalda coactivamente sus requerimientos de conducta. Ello no quiere decir que la única estrategia motivadora del Derecho sean las amenazas; a veces recurre también a la motivación positiva. Lo importante es darse cuenta de que el Derecho suministra razones prudenciales para actuar. La clave de lo jurídico se encuentra, pues, en la noción de fuerza o coacción, y en el razonamiento prudencial vinculado

a ella. Allí donde los requerimientos de conducta no estén respaldados por la fuerza no podrá hablarse de Derecho. En consecuencia, y debido a la confusión a la que puede llevar el lenguaje moralizante del Derecho, la tarea principal del teórico del Derecho radica en distinguir el Derecho de la moral».

Como este teórico se ha propuesto invertir la teoría del Derecho de su colega, sigue un esquema de razonamiento semejante. Así, privilegia como modelo teórico a través del cual habrá que mirar el Derecho el del «hombre malo», es decir, un calculador racional preocupado por alcanzar sus objetivos dentro del orden jurídico de la forma menos costosa para él. Sus características son las siguientes: 1. adapta su conducta a los requerimientos del Derecho; y 2. lo hace porque éste le motiva prudencialmente. En manos del hombre malo, los conceptos jurídicos adquieren una genuina dimensión prudencial. Por ejemplo, las normas jurídicas pasan a ser instrumentos para la predicción de las consecuencias jurídicas de las conductas; la obligación jurídica queda vinculada a la probabilidad de una sanción en caso de incumplimiento; y las autoridades jurídicas serán sujetos con capacidad para imponer sanciones, etc. Esta dimensión prudencial del Derecho tiene por cierto -dirá nuestro teórico- su reflejo en el análisis del razonamiento jurídico justificatorio. En efecto, para que el razonamiento jurídico opere como un razonamiento prudencial hay que presuponer una premisa implícita de aceptación de las razones jurídicas; esto es, algo parecido a una premisa que diga que lo establecido por el Derecho «tiene que ser». O dicho en otras palabras, una premisa que transforme las razones jurídicas en razones prudenciales. Ello es así porque lo que justifica prudencialmente al sujeto que se conforma a los requerimientos del Derecho no es el hecho de que alguien haya dictado una norma, sino más bien la creencia de que si no la cumple sus intereses se verán afectados negativamente.

Ahora bien, el modelo del hombre malo es el resultado de la observación de la conducta y las creencias de la gente. Nuestro observador lo ha privilegiado frente a otros tipos de actitudes y de sujetos. Al adoptar este modelo no nos está diciendo que todos los miembros de la sociedad sean hombres malos, sino que lo definitorio del Derecho es la presencia de este tipo de sujetos, esto es, gente que cree en la capacidad del Derecho para afectar sus intereses y que obra en consecuencia con esa creencia. Si no hubiera sujetos así, ello querría decir que el orden observado no suministraría razones prudenciales y que, en consecuencia, no sería un orden jurídico. Sería tal vez un orden moral, pero no jurídico. Coherentemente con lo anterior y siguiendo a su colega, nuestro teórico del Derecho hace una clasificación no exhaustiva de modelos accesorios que pueden

observarse dentro de un orden jurídico. Distingue los siguientes tipos: a) El hombre bueno: es un sujeto que cree en el lenguaje moralizante del Derecho y que conforma su conducta a los requerimientos del Derecho de forma semejante a como la conforma a los de la moral. b) El delincuente: cree que la sanción con la que se le amenaza efectivamente constituye la privación de un bien relevante, pero ello no le motiva porque duda de la capacidad del Derecho en una circunstancia determinada para hacerla efectiva. c) El desobediente: cree en la capacidad general del Derecho para afectar sus intereses, pero rechaza una determinada norma como motivadora de su conducta porque la sanción con que se le amenaza no constituye la privación de un bien en absoluto o, si lo constituye, es un bien que puede calificarse de menor. d) El rebelde: niega toda capacidad del Derecho para afectar negativamente sus intereses; en este último tipo encajaría, por ejemplo, aquél que hiciera un llamamiento a la desobediencia en base a que «no se tiene nada que perder y un mundo por ganar».

Desde ahí, nuestro teórico del Derecho enfrenta la cuestión de las conexiones necesarias. En primer lugar constata una trivialidad: como cuestión de hecho suele darse una correspondencia entre el Derecho y la prudencia positiva, entendida esta última como conjunto de creencias prudenciales efectivamente existentes en una sociedad. Ello es bastante claro -nos dirá- porque un orden que pretendiendo guiar la conducta en base a razones prudenciales estuviera en clara oposición a la prudencia positiva se vería abocado al fracaso. En una sociedad de ateos la amenaza de la excomunión resulta realmente poco motivadora. Pero irá más lejos y nos dirá que desde una perspectiva conceptual se da una conexión necesaria entre Derecho y prudencia: si lo característico del Derecho es el razonamiento prudencial derivado de la amenaza con la privación de bienes, entonces no se puede dar cuenta del Derecho sin dar cuenta de las genuinas creencias prudenciales de esos sujetos. La tesis de la conexión necesaria entre Derecho y prudencia es un corolario que se considera necesario al haber privilegiado al hombre malo; esto es, al haber mirado al Derecho a través de ese peculiar sujeto. Las conexiones que podrían observarse si se mirara al Derecho a través de los modelos por él considerados accesorios, no definitorios, serán, obviamente, contingentes.

5. Las críticas cruzadas y las simetrías

No es difícil imaginar las críticas que uno y otro teórico se dirigirían mutuamente. El primero de ellos probablemente diría que la

teoría del Derecho del segundo es burdamente parcial. Para rechazarla le bastaría con mostrar que con el concepto de Derecho que de ella se obtiene no es posible distinguir a aquellos órdenes sociales que usualmente calificamos como Derecho de cualquier otra situación de coacción realmente existente, dotada de cierta organización y continuidad (por ejemplo, una banda mafiosa). En otras palabras, en su opinión esta teoría del Derecho suministra una imagen distorsionada que priva al Derecho de algo esencial al mismo: la dimensión que lo vincula con la racionalidad práctica.

Por su parte, el teórico del hombre malo acusaría a su colega de igual parcialidad. A él le bastaría para rechazar su concepto de Derecho con mostrar que con él no se podría distinguir entre los órdenes jurídicos existentes y la moral positiva. Y le acusaría de haber dado una imagen angelical del Derecho, tan próxima a la moral positiva, que enmascara toda la dimensión de poder, fuerza y coacción que le parece esencial al mismo.

No creo necesario insistir en las críticas que se dirigirían mutuamente. Me interesa por el contrario mostrar todas las simetrías que hasta ahora he tratado de poner de manifiesto (y alguna más que ha quedado implícita). El siguiente cuadro puede servir de resumen de las mismas:

	Primer teórico	*Segundo teórico*
Aspectos del D.º como fenómeno social en que se centra.	Fusión ideológica, consenso.	Función represiva, coacción.
Razones jurídicas.	Razones morales.	Razones prudenciales.
Participante o modelo privilegiado.	Hombre bueno.	Hombre malo.
Modelos marginados.	Junto a otros, el hombre malo.	Junto a otros, el hombre bueno.
Pretensión de las autoridades.	Pretensión de legitimidad.	Pretensión de eficacia.
Premisas implícitas en el razonamiento jurídico.	Premisa que convierta el razonamiento jurídico en uno moral.	Premisa que convierta el razonamiento jurídico en uno prudencial.
Conexión empírica.	Derecho y moral positiva.	Derecho y prudencia positiva.
Conexión conceptual.	Derecho y moral.	Derecho y prudencia.
Imagen del D.º	Próxima a la moralidad positiva.	Próxima a la coacción desnuda.
Distorsión que genera.	Enmascara la dimensión de poder y coacción del D.º	Enmascara la dimensión práctica del D.º

6. Las críticas que no pueden dirigirse

Ninguno de ellos puede reprochar al otro el que se haya limitado a observar conducta social externa. Ambos han tratado de dar cuenta de creencias de la gente. No en vano ambos han operado con el modelo del hombre bueno y con el del hombre malo. Y referirse a ellos presupone, entre otras cosas, distinguir entre conducta simplemente conforme con los requerimientos del Derecho y conducta guiada por el Derecho. Luego ninguno de ellos puede acusar al otro de haber realizado una observación pobre, poco explicativa y superficial. El objetivo de ambos ha sido dar cuenta de las creencias de un participante del sistema.

Tampoco pueden acusarse de haberse comprometido de forma tal que la crítica al Derecho existente se haya vuelto imposible. Para el primero (que, recordemos, llegó a la conclusión de la conexión conceptual necesaria entre Derecho y moral) la crítica del Derecho positivo es siempre posible porque la tesis que él ha sostenido es relativa a las creencias de otros. Considerar la existencia de hombres buenos como el criterio conceptual que nos permitirá distinguir al Derecho de otros fenómenos sociales puramente coactivos no significa elevar al hombre bueno a la categoría de medida objetiva de lo justo. Tampoco se ha comprometido críticamente el teórico que llegó a la conclusión de la conexión necesaria entre Derecho y prudencia. No se olvide que en este dominio la oposición entre el Derecho que es y el que debe ser también funciona. No es difícil observar que una constante de la discusión jurídica es la revisión de los instrumentos de motivación. Pues bien, el hombre malo es portador de ciertas creencias prudenciales pero no es ni mucho menos la medida de la prudencia esclarecida. Que el hombre bueno y el hombre malo estén comprometidos no compromete a los observadores que los han privilegiado. En el fondo, así formuladas, las tesis de las conexiones necesarias son casi triviales. Además, naturalmente, nada impide que tanto el teórico del hombre bueno como el del hombre malo puedan formular críticas al Derecho positivo desde los dominios por ellos no considerados definitorios. El teórico del hombre malo puede formular críticas morales al Derecho positivo y el del hombre bueno críticas prudenciales.

Finalmente, tampoco pueden reprocharse el que no se hayan dado cuenta de que un sujeto puede usar un código de conducta de forma distinta al uso que se deriva de su aceptación colectiva y que conforma su naturaleza. Por ejemplo, es obvio que un sujeto puede usar prudencialmente un código de moralidad positiva sin que ello altere la naturaleza moral de dicho código; o, a la inversa, que un sujeto puede elevar a la categoría de moral un código puramente prudencial (la conducta ritualista, por cierto, tiene bastante que ver

con ello). Dicha posibilidad no puede negarse porque, por decirlo de algún modo, es consustancial al fenómeno de la positividad. Pues bien, nuestros teóricos han sido perfectamente conscientes de ello y así han privilegiado al sujeto cuya aceptación conforma la naturaleza del código. Junto a él han definido tipos accesorios que no alteran dicha naturaleza.

7. Una opinión y una hipótesis

En mi opinión, los dos teóricos aciertan claramente al menos en una cosa: en la crítica que cada uno de ellos dirige a la imagen del Derecho que se sigue de la teoría del otro. En efecto, me parece obvio que tanto la imagen angelical como la de la coación desnuda son parciales y distorsionadoras.

Pero tratemos de comprometernos algo más. Imaginemos que ambos teóricos aciertan parcialmente en la cuestión de las conexiones que han puesto de manifiesto. Es decir, imaginemos que el Derecho mantiene una conexión necesaria con la moral y con la prudencia. Ello supone considerar que los órdenes jurídicos cuentan con dos tipos de participantes: los morales y los prudenciales (el hombre bueno y el hombre malo). No se trata, por consiguiente, de repetir lo que ya han hecho nuestros teóricos: ellos definían un único participante -el hombre bueno o el hombre malo- en correspondencia con la naturaleza normativa o prudencial del Derecho; de forma que los otros sujetos, los que usaban el código de manera distinta a la que se seguía de su naturaleza, no eran participantes y, en consecuencia, tenían un carácter accesorio. La hipótesis, por el contrario, consiste en que los órdenes que llamamos jurídicos cuentan con dos tipos de participantes: los normativos y los prudenciales. La intuición en la que se basa esta hipótesis es la siguiente: un orden de conducta que no contase con participantes del tipo del hombre bueno sería un régimen de pura coacción; y un orden en el que no los hubiera del tipo del hombre malo sería un orden que no suministraría razones prudenciales y, en consecuencia, estaría muy alejado de los órdenes que usualmente llamamos jurídicos.

Pero vayamos por partes y tratemos primero de explorar la plausibilidad de la hipótesis en relación con lo que para cada uno de nuestros teóricos era trivial: me refiero a las conexiones empíricas. La hipótesis presupone que de hecho se da una correspondencia entre Derecho y moral positiva, por un lado, y entre Derecho y prudencia positiva, por otro. Entonces surge de forma prácticamente inadvertida una pregunta que podría formularse en términos cuasicuantitativos: ¿cuál de esas dos conexiones es de hecho más importante? En este punto, y en relación con las conexiones empíricas, tal

vez pudiera formularse una ley universal: en los órdenes jurídicos la importancia fáctica de la dimensión normativa y de la prudencial depende del grado de cohesión social. En otras palabras, a menor grado de conflicto social, mayor peso de la aceptación ideológica (y del razonamiento normativo vinculado a ella) y menor protagonismo del recurso a la fuerza (y del razonamiento prudencial vinculado a ella). Y a la inversa, a mayor grado de conflicto social, menor peso de la aceptación ideológica (y del razonamiento normativo) y mayor de la coacción (y del razonamiento prudencial).

Pero nuestros autores no sostienen sólo una tesis empírica, sino también una tesis conceptual. La plausibilidad de la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral, por un lado, y Derecho y prudencia, por otro, puede mostrarse sencillamente a partir de la radicalización de nuestra presunta ley universal. En efecto, si observamos una comunidad fuertemente integrada en la que la aceptación ideológica de las normas de conducta es tan intensa que lleva, por ejemplo, a fenómenos tales como que la desviación se resuelve mediante el autocastigo, difícilmente diríamos que dicha comunidad cuenta con un orden jurídico. Y de igual modo, si la comunidad observada presentase un nivel de conflicto tal que hubieran quedado alienados los elementos de consenso, difícilmente diríamos que en esa comunidad rige un orden jurídico.

Para la aceptación de la hipótesis nos quedarían muchas cosas por explicar. Dos me parecen especialmente importantes y, por razones de espacio, a ellas me voy a limitar: la primera es cómo repercute esa doble naturaleza (normativa y prudencial) del Derecho en el razonamiento jurídico justificatorio; y la segunda, desde qué dimensión deben reconstruirse los conceptos jurídicos básicos. Para tratar de apuntar una vía de respuesta a estas preguntas voy a referirme a las fuentes del Derecho.

8. Las fuentes del Derecho

La expresión «fuentes del Derecho», incluso tomada exclusivamente en su sentido formal, está preñada de ambigüedades. Kelsen, quien, por cierto, propuso abandonar dicha expresión debido a su carácter equívoco, destacó dos significados posibles de «fuentes del Derecho». El primero es el de modos o métodos de producción de Derecho, y que aquí, con el ánimo de ser algo más concretos, especificaremos en actos o hechos de los que depende la creación de normas jurídicas. El segundo es el de normas superiores en relación con las normas inferiores cuya producción regulan, y que aquí llamaremos normas sobre la producción jurídica. Lo que ocurre es que, en

cierto sentido, ambos conceptos de fuentes del Derecho se implican recíprocamente, pues si hay actos o hechos productores de Derecho es porque hay normas jurídicas que los califican como tales y si hay normas sobre la producción jurídica es para regular los hechos o actos productores de Derecho. Por ello, me parece que una buena definición de fuentes del Derecho puede ser la siguiente: fuentes del Derecho son los hechos o actos de los que, en virtud de las reglas sobre la producción jurídica, depende la creación o la existencia de las normas jurídicas.

Ahora bien, en el lenguaje jurídico las expresiones que se utilizan para designar a los hechos o a los actos jurídicos presentan una genuina ambigüedad proceso/producto. Si ello es así, es fácil darse cuenta de que las expresiones que utilizamos para referirnos a los diferentes actos o hechos productores de Derecho presentan esa misma ambigüedad proceso/producto. Así, por ejemplo, la expresión «legislación» sirve tanto para referirse al acto de legislar, esto es, al acto de crear un determinado tipo de norma jurídica (proceso), como al resultado (producto) de realizar dicho acto, esto es, a la ley. Para romper esta ambigüedad, conviene distinguir entre fuentes-proceso y fuentes-producto.

Pues bien, a pesar de las dificultades que comporta el concepto de «fuentes del Derecho», me parece difícil que pueda negarse que éstas cumplen una función de certeza y una función justificatoria. La primera, simplificando mucho, podría decirse que opera del siguiente modo: las fuentes-proceso, que constituyen algo parecido al pedigree de las fuentes-producto, permiten determinar con relativa precisión las normas jurídicas y, en consecuencia, los derechos, deberes, poderes, etc., de los individuos; por ello permiten también predecir las consecuencias jurídicas de las conductas.

La función justificatoria opera de la siguiente manera. Si admitimos que el razonamiento jurídico justificatorio típico consta de una premisa normativa (una norma jurídica), una premisa fáctica (un enunciado empírico) y una conclusión normativa (una norma particular), podríamos decir que las fuentes del Derecho sirven, entre otras cosas, para la justificación externa de la premisa normativa. Es decir, mostrando que ella tiene su origen en una fuente se justifica dicha premisa. Si ello es así, no es difícil aceptar que una de las funciones de las fuentes del Derecho es la de cerrar el razonamiento jurídico justificatorio.

¿Qué quiere decir todo ello? Sencillamente que desde los criterios del orden son irrelevantes las razones por las cuales los sujetos aceptan o usan una determinada premisa normativa. Ello no implica que estemos inaugurando las razones jurídicas como una nueva categoría de razones para actuar distinta de las morales o de las prudenciales.

El sujeto, como no podría ser de otra manera, seguirá obrando por razones morales o prudenciales. Lo que trato de decir es que el Derecho, de acuerdo con la doble naturaleza de nuestra hipótesis, es un orden, compatible con ambos tipos de razones y que ello se muestra claramente en el hecho de que éste rebaja un grado o un escalón sus exigencias justificatorias en relación con lo que sería un razonamiento práctico o prudencial acabado. El razonamiento jurídico justificatorio no exige la adhesión normativa interna ni el reconocimiento de la eficacia de sus amenazas. Y ello, sostiene la hipótesis, es válido para cualquier sujeto normativo: tanto para los funcionarios que ocupan las más altas magistraturas como para el último de los ciudadanos cuyo poder normativo no va más allá de la capacidad para firmar contratos. El uso de las fuentes del Derecho justifica jurídicamente las decisiones de los magistrados del Tribunal Supremo independientemente de si recurren a ellas porque lo consideran un deber moral, como si lo hacen porque quieren evitar el rechazo social que generaría el que no las tuvieran en cuenta. En eso, la situación de los magistrados es idéntica a la del ciudadano que paga sus impuestos: su conducta está justificada jurídicamente con independencia de que lo haga porque «Hacienda somos todos» o porque quiere evitar la sanción. En todos esos casos se usa el Derecho para justificar conductas y se usa, según la hipótesis, de forma conforme a las razones que él pretende suministrar. Naturalmente, de las fuentes a la regla de reconocimiento hay un paso y no se ve muy bien por qué lo que puede valer para las primeras no pudiera valer para la segunda. En otras palabras, respecto de la regla de reconocimiento habrá también dos tipos de aceptantes: los morales y los prudenciales.

La hipótesis de la doble naturaleza en la existencia social del Derecho se manifiesta, pues, básicamente en que éste rebaja en un grado sus exigencias justificatorias en relación con lo que son los razonamientos prácticos y prudenciales acabados. Otra forma de decir lo mismo es la siguiente: desde las exigencias justificatorias del orden jurídico tanto las razones morales como las prudenciales por las cuales un sujeto pueda usar una norma jurídica pertenecen al contexto de descubrimiento, esto es, son irrelevantes en términos jurídico-justificatorios.

Finalmente, si la hipótesis fuera cierta, tal vez permitiría explicar dos fenómenos persistentes de la reflexión jurídica. Primero, el que convivan sin que pueda hablarse de superación dos reconstrucciones plausibles de los conceptos jurídicos básicos: una normativa y otra prudencial. Segundo, el empeño que los juristas han mostrado por reivindicar un método propio: ese empeño tal vez no sea más que pretender hacer la correspondiente rebaja en un grado en su discurso: emitir juicios según o desde un orden jurídico, sin más.

DOXA 15-16 (1994)

EL DERECHO Y LA FUERZA

Hay más violencia en un jardín inglés que en la peor de las calles de una gran ciudad.
(P. D. James, *Intrigas y deseos*)

¿Ha habido alguna época de la Historia en que las gentes no se hayan sentido desdichadas? En verdad, todas las épocas se han considerado sin ventura, náufragas y perdidas... La nuestra no podría escapar a ese apocalíptico destino.
(Jorge Millas, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social,* Nº. 2, Valparaíso, 1984)

I
Sobre Elías Díaz y «Doxa»

Pocas cosas pueden ser más gratas para mí que colaborar en un homenaje a Elías Díaz. Después de hacer mi doctorado en la Universidad Complutense de Madrid en los inciertos años españoles de 1975 y 1976, tuve luego oportunidad de volver a España, en diversas oportunidades, durante los que fueron por su parte los difíciles años chilenos que corrieron hasta 1990. En uno de esos viajes conocí a Elías Díaz y desde ese mismo momento he mantenido con él un modo de relación que yo me atrevo a calificar con una hermosa palabra: amistad.

Durante casi veinte años, en consecuencia, he recibido de él, como muchos otros dentro y fuera de España, inspiración, guía y estímulo para perseverar en mi trabajo académico en el campo de la Filosofía del Derecho, y -lo que es ciertamente más importante-, para mantener en pie una preocupación a la vez teórica y práctica por los demás de la democracia y los derechos humanos.

En cuanto a «Doxa», cuyo décimo aniversario coincide con su número de homenaje a Elías Díaz, es para mí hace ya tiempo la mejor publicación periódica en lengua castellana en temas de Filosofía y Teoría del Derecho. Tuve el privilegio de colaborar con sus primer número y ese privilegio se repite ahora al cabo de un decenio. Espero simplemente que esta colaboración perdure por mucho tiempo más.

II
Sobre epígrafes

Los dos epígrafes que hacen cabeza de este artículo han sido escogidos por las mismas e invariables razones que se tiene siempre para preferir una u otra de estas sentencias: dicen bien y concisamente algo que a uno le habría gustado poder decir de la misma forma, y anticipan, resumiéndolas y confiriéndoles así mayor eficacia, algunas ideas centrales que se desearía transmitir como resultado de lo que se apresta a escribir.

La primera de tales citas está tomada de la que posiblemente sea la mejor de las novelas de la reputada autora inglesa de obras policiales. En cuanto a la segunda, pertenece al riguroso perspicaz filósofo chileno, a quien debemos en nuestro medio -amén de otras contribuciones de importancia- un espléndido ensayo sobre el tema de la violencia y de las máscaras que ésta adopta para aparecer revestida de buenas intenciones.

La cita de la novelista sugiere una visión algo naturalista de la violencia, esto es, su percepción como un simple y viejo dato que se halla presente, desde siempre, tanto en la naturaleza como en la sociedad. Millas no habría estado muy de acuerdo con este enfoque, porque pensaba que la historia no sólo tiene una dimensión fáctica, sino también ética, lo cual quiere decir que el hombre no presencia y expone únicamente la historia, sino que también, en alguna medida, la hace; y porque, además, en lo que a la vida humana concierne, a diferencia de lo que pasa con la vida simplemente animal, la violencia se da «en el contexto de una conciencia que es capaz de juzgarla y controlarla».

En cuanto a la sentencia del filósofo acerca de las desgracias de nuestro tiempo, ella insinúa que en otras épocas el hombre ha sido ciertamente más desdichado que en la hora presente, lo cual puede parecer un aserto trivial, pero que invita a que procuremos echar sobre el tema de nuestros pesares -y entre éstos sobre la violencia- una mirada en la que la inmediatez del primer plano pueda ser sustituida por la holgura de una visión más panorámica.

Y para concluir con estas explicaciones sobre epígrafes, los dos escogidos nos gustan también porque, hallándose muy lejos de aprobar la violencia de nuestros días, sitúan el asunto en una cierta perspectiva, en parte desdramatizándolo, y favorecen así no una indiferencia frente al mismo, sino una actitud más racional y alejada todo lo que sea posible de la tan desmesurada como frecuente hipocondría social con que el tema suele ser analizado y expuesto por algunos líderes de opinión pública.

III
Sobre palabras

Acerca del tema de la violencia, y específicamente de la fuerza, sólo puedo escribir con alguna propiedad a partir de la única formación que reconozco: la que habilita para ocuparse del derecho con fines de estudio y de enseñanza (eludo deliberadamente el empleo de la palabra «jurista», que, al menos en mis oídos, suena siempre, y de modo inevitable, algo presuntuosa).

Soy consciente, sin embargo, de que la obligada adopción del punto de vista del hombre sólo familiarizado con el derecho y la teoría jurídica, estrecha bastante el marco de los análisis que seguirán a continuación en este artículo, en el que procuraré describir las diferencias y relaciones entre derecho y fuerza y el modo como el primero, precisamente para que no reine la segunda, monopoliza el uso de ésta al interior de la sociedad, aunque con un éxito sólo relativo, puesto que la fuerza no desaparece por obra del derecho.

Pero antes de pasar a la parte siguiente, conviene detenerse un instante en el uso que daremos aquí a la palabra «violencia».

Hannah Arendt, en un texto ya clásico sobre el tema, constata que cualquier observador de la historia y de la política debe «reconocer a la fuerza el enorme papel que ha desempeñado la violencia en los asuntos humanos», motivo por el cual -insiste la autora- resulta «difícil explicarse por qué la violencia ha merecido tan poca consideración especial».

A esa misma pensadora se debe uno de los pocos intentos sistemáticos por distinguir entre algunas palabras claves de las ciencias políticas -tales como «poder», «poderío», «fuerza», «autoridad» y «violencia»-, que si bien designan fenómenos distintos o no exactamente coincidentes, son utilizadas comúnmente, sin embargo, como expresiones equivalentes.

Por mi parte, no intentaré siquiera enunciar, ni tampoco analizar y menos aún profundizar, las distinciones propuestas por Hannah Arendt sobre el particular, puesto que semejante tarea sobrepasa los límites del presente trabajo.

Sólo avanzaré, de la mano del uso común de las palabras, pero también del «Diccionario de Política» de Bobbio, Matteucci y Pasquino, el sentido en que utilizaremos aquí las palabras «violencia» y «fuerza», quedándonos en definitiva con la segunda de tales palabras, aunque empleándola, claro, en una acepción equivalente a la de la primera.

En general, se entiende por «violencia» la acción de violentar,

esto es, de obrar con fuerza de modo de vencer la resistencia de una persona. Por su parte, obrar con «fuerza» importa obligar a uno a que dé asenso a una cosa, o a que la haga. Es así, entonces, como la palabra «violencia» se equipara a la expresión «fuerza», destacándose además ese sentido «instrumental» que posee la violencia y que ha sido muy bien destacado también por Hannah Arendt.

Precisando todavía un poco más, podríamos decir que violencia significa dar muerte o infligir sufrimiento, esto es, privar a alguien de un bien (la vida, la libertad, la propiedad), procediendo para ello en forma intencional y forzada, o sea, queriendo que esa privación se produzca y valiéndose para ello de la fuerza física: una acepción posiblemente restringida de la palabra, que, a la vez que permite equipararla a la expresión «fuerza» (en el sentido físico del término), sirve también mejor que otros de sus posibles sentidos al planteamiento que haremos a continuación acerca de las relaciones entre derecho y fuerza.

Hablaremos en adelante, pues, de «derecho y fuerza», y no de «derecho y violencia», porque, además de lo ya dicho, resulta también el modo que se corresponde mejor con el uso más habitual de estas palabras en la literatura jurídica que se ha ocupado del tema.

En consecuencia, la noción con la que trabajaremos se conecta con la de poder político. Así, si se parte de una idea muy amplia de poder, como la de Robert Dahl, en el sentido de entender por éste «una relación de influencia entre actores» en la que cada uno de ellos «induce a los otros a que actúen de un modo en el que de otra forma no actuarían», pueden luego admitirse, con Bobbio, tres tipos principales de poder social, a saber, económico, ideológico y político, y entender luego el poder político como «el poder cuyo medio específico es la fuerza, o sea, aquel poder en que el instrumento decisivo para imponer la propia voluntad es la fuerza». De este modo, y siempre de la mano de Bobbio, «el poder político poco a poco se identifica con el ejercicio de la fuerza y se define como ese poder que para obtener los efectos deseados tiene el derecho de utilizar, aunque en última instancia, como *extrema ratio,* la fuerza. Sin embargo, el uso de la fuerza física, si bien condición necesaria para la definición del poder político, no es condición suficiente, puesto que al simple ejercicio de la fuerza tiene que sumarse la exclusividad del derecho al ejercicio de ésta en un territorio determinado. Y concluye Bobbio, por lo mismo, en que «si el uso de la fuerza es la condición necesaria del poder político, solamente el uso exclusivo de este poder es su condición suficiente».

IV
Sobre derecho, fuerza y algunos malentendidos

Kelsen no es el único jurista que ha visto las cosas de esta manera, aunque sí sea probablemente el que se expresó al respecto con mayor crudeza:

«¿Qué característica común podrían tener el llamado Derecho de los antiguos babilonios y el Derecho vigente en Estados Unidos, o el orden social de una tribu africana bajo la autoridad de un jefe despótico con la constitución de la República Suiza? Sin embargo, hay un elemento común que justifica por entero esta terminología, es decir, que permite a la palabra «Derecho» expresar un concepto de gran significación social. Porque esta palabra denota precisamente la técnica concreta de un orden coercitivo que, pese a las enormes diferencias que existen entre el Derecho de los antiguos babilonios y el Derecho vigente en Estados Unidos, entre el Derecho de los ashantis del África occidental y el de los suizos en Europa, es, no obstante, esencialmente la misma para todos esos pueblos tan ampliamente heterogéneos en tiempo, espacio y cultura, a saber: técnica social consistente en obtener de los hombres el comportamiento social que se desee, por medio de la amenaza de una medida coercitiva aplicable en caso de conducta contraria».

Lo que la cita precedente quiere destacar es que el derecho no se caracteriza sólo por ser un orden normativo, esto es, por procurar conseguir determinados comportamientos que se consideran socialmente deseables -declarar y pagar un determinado impuesto, abstenerse de causar daño a la propiedad de otro, etc.- bajo la amenaza de ciertas sanciones -que pueden ir desde la privación de la vida (pena de muerte) hasta la simple privación de parte del patrimonio (una multa)-, sino sobre todo, porque respecto de sus sanciones existe la legítima posibilidad de aplicarlas aun contra la voluntad del infractor, y, todavía más, en uso de la fuerza socialmente organizada.

El derecho es un orden normativo, como lo es también la moral, pero su especificidad se encontraría, principalmente, en su carácter coercible, entendida la nota de la coercibilidad no como el hecho efectivo de la aplicación de la fuerza en presencia de cada infracción jurídica, sino, como se dijo, al modo tan solo de que, acaecida la infracción, se produce la legítima *posibilidad* de hacer aplicación de la fuerza para imponer al culpable la correspondiente sanción.

Dando cabida aquí a una distinción frecuente en el lenguaje de los juristas, la conexión entre derecho y fuerza, por lo mismo, no es externa, puesto que la fuerza no aparece como un simple medio para

realizar el derecho; antes bien, la conexión sería de tipo interno, puesto que, tal como ha sido dicho, el derecho no se nos presenta como un conjunto de normas garantizadas por la fuerza, sino como un conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza.

Claro: el derecho que conocieron los antiguos babilónicos ha de haber sido bien distinto del derecho que rige hoy en un estado de Norteamérica. Distintos modos y órganos de producción del derecho, diferentes materias de regulación, muy distintos contenidos de las normas de uno y otro, manifiesta diversidad de las finalidades históricas perseguidas con uno y otro ordenamiento. Pero en ambos casos, según quiere decirnos Kelsen, de lo que se trata es de inducir determinados comportamientos bajo la amenaza de un castigo que resulta posible y legítimo imponer en uso de la fuerza más o menos centralizada y, a la par, socialmente organizada.

Con todo, hay que evitar el malentendido que consiste en creer que el derecho impone por la fuerza (física) los comportamientos que demanda como debidos, puesto que la verdad es muy otra: lo que el derecho puede legítimamente imponer por medio de la fuerza son, sobre todo, las sanciones, esto es, las consecuencias desfavorables que sus propias normas prevén para una vez que el comportamiento debido no haya sido observado por quien debía hacerlo.

Pero lo que pasa, incluso hasta hoy, es que los autores que, como Kelsen, describen de este modo el fenómeno jurídico, han quedado expuestos a que se deje caer sobre ellos una suerte de mala prensa que los acusa de estar confundiendo el derecho con la fuerza. Este es un nuevo malentendido que también convendría disipar.

El derecho se configura efectivamente como una organización de la fuerza al interior de la sociedad, pero ello no lo vuelve comparable a cualquier organización de la fuerza, puesto que el derecho, en cuanto modo de organizar socialmente el uso de la fuerza, tiene algunas características que le son propias, a saber, que determina con precisión cuáles serán las hipótesis conductuales que, realizadas luego por alguien, constituirán el antecedente de una sanción; que determina, con similar precisión, el contenido específico que tendrá la sanción en cada caso; que exige que la verificación de la hipótesis conductual que ha sido descrita como antecedente de una sanción, así como la declaración de esta última, sean hechas por un órgano estatal independiente y con poder suficiente para hacer cumplir sus decisiones; que otorga al afectado, esto es, a quien realizare la conducta que el ordenamiento jurídico describe como antecedente de una sanción, la posibilidad de ser oído y de defenderse dentro de un proceso con garantías de imparcialidad que le permitan demostrar que, en su caso, no procede la aplicación de la sanción o que ésta debe reducirse a una de un tipo y medida determinados; y que, por

último, aplica la sanción por medio del uso de la fuerza, si fuere necesario, aunque no de la que pudiera hacer uso directamente el ofendido o perjudicado por la infracción, sino a través de órganos centralizados del propio Estado.

Las órdenes que da el derecho, por lo mismo, no son comparables, como se ha dicho más de alguna vez, a las órdenes que da una banda de ladrones. La orden de entregar su dinero que da el asaltante a su víctima tiene sólo el sentido *subjetivo* de un deber para ésta última, en cuanto ella siente que debe actuar, mejor, que *tiene que* actuar de acuerdo a la orden recibida, si es que no quiere perder la vida o ser lesionada, aunque ninguna norma válida le impone una obligación semejante. Por la inversa, en el caso de una ley que ordena el pago de un impuesto, ésta tiene el sentido *objetivo* de un deber para el contribuyente, desde el momento que reconoce una obligación sólo en cuanto hay una norma jurídica válida que la establece.

En consecuencia, el derecho no es lo mismo que la fuerza, aunque, a la vez, se nos muestra como una determinada manera de organizar la fuerza al interior de la sociedad. Esta curiosa relación del derecho con la fuerza -no ser lo mismo que ésta y no poder existir sin ella-, queda muy bien puesta de manifiesto si se piensa en el modo como suele ser representado el derecho, esto es, por medio de la figura de una mujer que en una de sus manos sostiene una balanza, en tanto que en la otra blande una espada. La balanza es donde se pesa el derecho; la espada, por su parte, sirve para hacerlo cumplir. Un derecho sin la espada sería un derecho impotente, incapaz de imponer sus prescripciones; un derecho sin la balanza sería sólo la fuerza bruta, libre de todo control. Por eso es que -como advierte Ihering-, «el derecho no reina verdaderamente sino allí donde la fuerza que se emplea en blandir la espada iguala a la habilidad que se utiliza para sostener y manejar la balanza».

Por otro lado, a veces se pone en duda el carácter coactivo del derecho, diciendo para ello que no todas las normas de un derecho dado establecen directamente sanciones que es posible aplicar por medio de la fuerza. Esto es correcto hasta cierto punto. De hecho, en todo ordenamiento jurídico hay enunciados que no establecen sanciones e, incluso, que no establecen siquiera una conducta como debida. Tal ocurre, por ejemplo, con aquellos que permiten una conducta, o que facultan a alguien para producir nuevas normas, o que definen un concepto. Pero, según nos parece, nada de ello obsta a que el derecho, globalmente considerado, continúe siendo algo que tiene que ver preferentemente con normas y, en especial, con normas coactivas.

Es en tal sentido, además, que puede afirmarse que el derecho se atribuye el monopolio del uso de la fuerza. «El desarrollo del derecho positivo -escribe otra vez Kelsen- conduce forzosamente a que

no esté llamado a la realización del acto coactivo -como ocurría primitivamente- el perjudicado en sus intereses, sino un «órgano» especial que funciona según el principio de la división del trabajo». Y en un sentido muy similar, Max Weber anota que «en la actualidad, debemos decir que un Estado es una comunidad humana que se atribuye (con éxito) el monopolio del uso legítimo de la fuerza dentro de un territorio dado».

Ahora bien, si el derecho se atribuye el monopolio de la fuerza, no es ciertamente para reducirse a ésta y legitimar su reinado entre los hombres. Todo lo contrario, el derecho procede de ese modo con el fin de conseguir la paz, esto es, de eliminar toda otra fuerza que no sea la propia. Si el derecho no se atribuyera el monopolio del uso de la fuerza, centralizando su ejercicio a través de órganos jurisdiccionales y coactivos independientes, entonces sí que lo más probable sería que el devenir de las relaciones sociales quedara librado a lo que usualmente se llama «la ley del más fuerte».

Claro que en todo ello el derecho tiene sólo un éxito relativo. Relativo, en primer lugar, porque al atribuirse el monopolio del uso de la fuerza, no elimina del todo a ésta, sino únicamente la centraliza, desde el momento que el propio derecho reaccionará a su turno con actos de fuerza, aunque legítimos, en presencia de conductas que él haya descrito como no debidas. Y relativo, en segundo término, porque si bien el derecho procura inducir comportamientos por medio de la amenaza de sanciones coactivas, lo cierto es que este último tipo de actos continuará produciéndose en alguna medida, movilizando así el aparato coercitivo dispuesto por el propio derecho y mostrando que éste es siempre sólo parcialmente eficaz en el obedecimiento que consigue suscitar, de hecho, a las normas que ha prescrito como debidas, aunque cuenta siempre en tales casos con la posibilidad de resultar eficaz en cuanto a la aplicación de las sanciones que haya previsto, precisamente, para los casos de desobedecimiento a tales normas por parte de los correspondientes sujetos imperados.

Una descripción semejante del derecho, y de sus relaciones y diferencias con la fuerza, que muestra, según hemos visto, que aquél no se reduce a ésta pero tampoco le resulta posible existir sin ella, puede promover la sensación de que estamos ante toda una paradoja. Pero ello, de ser así, no debería asustarnos. Las paradojas son siempre mejores que los prejuicios, según decía Rousseau. Y si el derecho aparece en un punto demasiado cercano a la fuerza, aunque a la vez justo a tiempo para diferenciarse de ésta, amén de la anunciada paradoja, ello puede constituir una advertencia, o al menos un simple indicio, de que los hombres no hemos podido aún producir otro instrumento mejor y más eficaz para controlar el uso de la fuerza y evitar que ésta se enseñoree en el campo de las relaciones interpersonales

y sociales, sin perjuicio de que lo que derecho logra o procura conseguir a este respecto, si bien imperfecto, no es poca cosa: si no es posible suprimir del todo la fuerza, al menos el monopolio de su uso por parte del derecho, en los términos y condiciones que fueron mencionados antes, garantiza una cierta paz, una paz relativa, en el curso de la vida social.

Por último, la visión que hemos ofrecido aquí del derecho puede parecer algo simple, y la verdad que lo es. El derecho, por cierto, no cumple sólo una función coactiva y *a posteriori*, sino también funciones promocionales (cuando incentiva determinados comportamientos mediante recompensas o beneficios) y distributivas (reparto de bienes y de oportunidades).

Además, si nos quedamos sólo con la función coactiva del derecho, podemos comprobar que esta función ha ido en cierta medida debilitándose en la sociedad actual, desde el momento -primero- que otras técnicas distintas del derecho, tales como la publicidad y los medios de comunicación, se están mostrando cada vez más eficaces como instrumentos dirigidos al incentivar comportamientos, y establecido -segundo- que la sociedad moderna, a través de ciencias como la Sociología y la Psicología, como nos recuerda Manuel Atienza, se orienta antes a prevenir que a sancionar comportamientos no deseados.

Pero en este trabajo nuestra perspectiva ha sido tan sólo la de quien procura describir el carácter coactivo del derecho. Asumir el fenómeno jurídico en toda su complejidad constituye ciertamente una exigencia, pero ese no era el propósito de estas líneas.

BIBLIOGRAFÍA

Hannah Arendt, «Sobre la violencia», Cuadernos Joaquín Moritz, México, 1970, traducción de Miguel González.

Manuel Atienza, «Introducción al Derecho», Barcanova, Barcelona, 1985.

Norberto Bobbio, Nicola Mateucci y Gianfranco Pasquino, «Diccionario de Política», Siglo XXI Editores, México, 1981, traducción de Raúl Crisaglio, Alfonso García, Mariano Martín y Jorge Tula. Redactores de la edición en español, José Aricó y Jorge Tula.

Robert Dahl, «Modern political analysis», Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1963.

Rudolf von Ihering, «La lucha por el derecho», en Revista de Ciencias Sociales n°s. 10-11, 1979, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, Edeval, Valparaíso.

P. D. James, «Intrigas y deseos», Javier Vergara Editor, Buenos Aires, 1990, traducción de César Aira.

Hans Kelsen, «Teoría Pura del Derecho», UNAM, México, 1979, traducción de Roberto J. Vernengo; «Derecho y Paz en las relaciones internacionales»,

Fondo de Cultura Económica, México, 1986, traducción de Francisco Acosta.
Jorge Millas, «Las máscaras filosóficas de la violencia», en *La violencia y sus máscaras,* Editorial Aconcagua, Santiago, 1978.
—«Opiniones de Jorge Millas», en Anuario de Filosofía Jurídica y Social nº. 2, «Estudios en memoria de Jorge Millas», 1984, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Valparaíso.
Max Weber, «La política como vocación», en *Ensayos de sociología contemporánea,* Ediciones Martínez-Roca, Barcelona, 1972, traducción de Mireia Bofill.

SOBRE PERMISOS EN EL DERECHO

Presentación

Tras haber abordado en trabajos anteriores los problemas de las normas de mandato -reglas y principios- (Atienza-Ruiz Manero, 1991, 1992, 1993) y de las reglas que confieren poderes (Atienza-Ruiz Manero, 1994) nos proponemos ahora examinar la cuestión de las normas permisivas. Procederemos, para ello, a dar cuenta (I) de las que son, a nuestro juicio, las posiciones capitales al respecto en la teoría del Derecho contemporánea, para exponer después (II) nuestra propia concepción, cuyo eje central viene a ser la necesidad de distinguir, en relación con los permisos, entre tres contextos: el de las reglas regulativas de la conducta «natural», el de las reglas que confieren poderes y el de los principios jurídicos.

I. Los permisos en la teoría del derecho contemporánea

La cuestión de la existencia o no de normas permisivas es uno de los problemas más debatidos en la teoría del Derecho. Naturalmente, esta cuestión no equivale a la de si existen o no en los sistemas jurídicos enunciados del tipo «Pp» o «Fp». Obviamente, enunciados de este tipo son comunes en los sistemas jurídicos. Los problemas que hacen dudar de la existencia de normas permisivas (o, si se quiere, de la necesidad de la categoría «normas permisivas») son más bien los dos siguientes:

1) Es un lugar común entender que la función más primaria de cualquier sistema normativo es la de guiar la conducta humana. En el caso de las normas de mandato, esta función de guía de la conducta se lleva a cabo estipulando, bien la obligación de realizar una

determinada acción p en un determinado caso *q* (o, lo que es lo mismo, la prohibición de omitir realizar *p* en *q*), bien la prohibición de realizar *p* en q (o, lo que es lo mismo, la obligación de omitir *p* en *q*). Esto es, las normas de mandato, que pueden expresarse bajo la forma de obligaciones o de prohibiciones, ordenan, bien realizar una determinada acción, bien omitirla y, así, deslindan la esfera de lo lícito de la de lo ilícito. Por el contrario, las normas permisivas -entendiendo por tales las que permiten, en un determinado caso *q,* tanto la realización como la omisión de una determinada acción *p*- no ordenan nada. Pues bien: cuando nos encontramos frente a una norma de este tipo, frente a una norma que permite la realización y también la omisión de *p* en el caso *q* ¿la situación es pragmáticamente equivalente a la que se daría en el supuesto de que no hubiera ni una norma que prohibiera ni una norma que obligara a realizar *p* en *q*? ¿Introduce la supuesta norma permisiva algo que no se dé en la mera ausencia de norma o más bien aquélla es pragmáticamente irrelevante?

2) En la medida en que la supuesta norma permisiva no sea pragmáticamente irrelevante ¿lo que ella introduce es algo distinto de la formulación indirecta o de la derogación de normas de mandato, esto es, de obligaciones o prohibiciones?

1. La irrelevancia práctica de las normas permisivas. La categoría de «normas permisivas» es innecesaria. Echave-Urquijo-Guibourg (1980) y Ross (1971).

Para ilustrar acerca de estos problemas, comenzaremos por dos muestras significativas de lo que podemos llamar la respuesta negativa: las debidas a Della Echave, María Eugenia Urquijo y Ricardo Guibourg, por una parte y a Alf Ross, por otra. El planteamiento de Echave-Urquijo-Guibourg afecta más bien a la primera pregunta; el de Alf Ross, a la segunda.

> «Supongamos que hubo entre los charrúas un grupo que vivía de la caza y de la pesca sin sujeción a normas ni autoridades de ninguna clase. Un día, al ver que otras tribus obtenían mejor sus objetivos gracias a la organización de que se habían dotado, decidieron elegir un cacique para que los mandase. La elección recayó en Toro Sentado que, a diferencia de su homónimo piel roja, era un indio pacífico y poco dado a interferir en la vida de sus congéneres. Toro Sentado reunió entonces a la tribu, y dictó su primera norma: «A partir de hoy -dijo- estará permitido cazar los martes y los jueves». Janquel,

> un indígena con dotes innatas de leguleyo, intentó una interpretación a contrario: «¿Eso quiere decir que no podemos cazar los demás días?» «De ninguna manera, -se apresuró a aclarar el benévolo cacique- yo permito cazar los martes y los jueves, pero no digo nada sobre el resto de la semana». Janquel quedó desconcertado, pero Onín, tribeño proclive a las reflexiones éticas, insistió: «¿Tal vez eso implica una promesa de no prohibir en el futuro las cacerías de martes y jueves?». «Tampoco; -repuso Toro Sentado- no me agrada imponer prohibiciones a mi tribu, pero me reservo la posibilidad de cambiar de idea. ¿Qué gobernante no lo hace?» Los aborígenes se miraron unos a otros, y empezaron a dispersarse en silencio: no podían evitar el sentimiento de que la elección del jefe había resultado, al menos hasta ese momento, completamente inútil. Toda la vida habían cazado y pescado como les venía en gana, sin consultar el calendario; y ahora, luego de sancionada la primera ley de su tribu, las cosas seguirían exactamente igual mientras a Toro Sentado no se le ocurriera prohibir algo» (Echave-Urquijo-Guibourg, 1980, págs. 155-156).

Esta historieta muestra muy bien el problema de la irrelevancia pragmática de las normas permisivas. Una norma de obligación constituye una razón para realizar la acción en ella mencionada; una norma prohibitiva constituye una razón para omitir la misma acción. Una norma permisiva, en cambio, no constituye ninguna razón, ni para realizar la acción, ni para omitirla. Tampoco puede operar como criterio de valoración de las acciones realizadas, pues no es posible -por razones lógicas- actuar de forma no correspondiente a la misma. ¿Qué diferencia hay, entonces, entre una situación en la que hay una norma que permite y otra situación en la que no hay norma?

Está muy extendida, sin embargo, la intuición de que no es lo mismo tener un permiso para hacer algo en un determinado caso que el que no haya una norma referida a ese caso. Quizá la razón de esta impresión intuitiva se halle en que los enunciados permisivos sólo aparentemente sean irrelevantes, sólo aparentemente dejen el mundo tal como estaba pues, de hecho, cuando se concede un permiso quizá se esté haciendo algo distinto de lo que expresamente se dice. Tal es la posición de Alf Ross.

> «Que me digan lo que me está permitido no me suministra ninguna guía para mi conducta, a menos que el permiso constituya la excepción a una norma de obligación (la cual puede ser tal vez la máxima general de que lo que no está permitido está prohibido). Las normas de permiso tienen la función normativa

> de indicar, dentro de un sistema, cuáles son las excepciones a las normas de obligación del sistema» (Ross, 1971, pág. 114). «Nunca he oído de ninguna ley que se apruebe con el propósito de declarar una nueva forma de conducta (por ejemplo, escuchar la radio) permitida. Si un legislador no encuentra razón para interferir produciendo una prescripción obligatoria (mandato o prohibición) simplemente guarda silencio. No conozco ninguna regla jurídica permisiva que no sea lógicamente una excepción modificativa de una prohibición y, por tanto, interpretable como la negación de una obligación» (id., págs. 115-116).

Y, respecto a la idea de von Wright -sobre la que volveremos en seguida- de entender «las garantías constitucionales de las libertades del ciudadano» como promesas de no interferencia por parte del legislador, dice lo siguiente:

> «La idea de una promesa hecha por el legislador al ciudadano, y que cree una obligación moral para el legislador, no es más que un producto de la imaginación, y hace tiempo que fue abandonada por la teoría jurídica. La garantía constitucional de ciertas libertades no tiene nada que ver con promesas, sino que es una restricción del poder del legislador, una incompetencia que corresponde a una inmunidad por parte del ciudadano. El legislador no promete no usar un poder que posee, sino que más bien su poder (o competencia) está definido de tal modo que no puede jurídicamente interferir con las libertades garantizadas. Cualquier acto legislativo al efecto sería inconstitucional y, por tanto, nulo» (id., pág. 117).

Este planteamiento merece un examen algo detallado al menos en dos vertientes. La primera es que, aun si resultara aceptable entender las garantías constitucionales de ciertas libertades como espacios de incompetencia del legislador, ello sólo podría valer para los casos de constituciones rígidas, pero no para los supuestos de constituciones flexibles. La segunda es que el propio entendimiento de las garantías constitucionales como espacios de incompetencia del legislador resulta -por razones que ya explicamos en Atienza-Ruiz Manero (1994) y que aquí retomaremos- claramente inconvincente. Veamos una y otra cosa.

Empecemos por los supuestos de constituciones flexibles, entendiendo por tales aquellas que, de acuerdo con sus propios términos, «pueden ser modificadas por el órgano legislativo ordinario mediante el procedimiento ordinario de formación de las leyes» (Guastini,

1993, pág. 72). En tales supuestos, la autoridad normativa de la que dimana la constitución no está situada por encima del legislador ordinario, sino que es el mismo legislador ordinario. En tal caso, el constituyente no puede ni conferir el poder normativo de legislar ni delimitar espacios sustraídos a ese poder normativo: pues las relaciones entre constitución y ley se gobiernan, simplemente, en base al principio de *lex posterior:* una ley posterior que introdujera, por ejemplo, normas prohibitivas donde la constitución establecía permisiones no sería en absoluto una ley inconstitucional, sino que supondría un cambio normativo perfectamente regular.

La virtualidad de la idea de las garantías constitucionales de ciertas libertades como espacios de incompetencia del legislador ordinario parece limitarse, pues, a aquellos supuestos en los cuales la autoridad constituyente es una autoridad distinta y superior a la del legislador ordinario: a los supuestos, pues, de constituciones rígidas. Pero aun aquí la idea resulta inconvincente, por lo siguiente: que una norma sea jurídicamente «nula» puede significar dos cosas radicalmente distintas: puede significar, en primer lugar, que dicha norma no es reconocida por el ordenamiento jurídico como tal normal, esto es, que, desde la perspectiva del ordenamiento, sencillamente no existe como tal; puede significar, en segundo lugar, que el ordenamiento, reconociéndola como tal norma, impone a un determinado órgano el deber de anularla. Pensemos, por ejemplo, en una «ley», de contenido perfectamente constitucional, dictada por un particular: dicha «ley» es «inconstitucional» o «nula» en el sentido de que no es reconocida por el ordenamiento jurídico como tal «ley»; dicha «ley», desde la perspectiva del ordenamiento, sencillamente no existe. O pensemos en una ley aprobada por la mayoría parlamentaria exigida por la Constitución, pero cuyo contenido entre en conflicto con normas constitucionales: porque no respete, por ejemplo, permisiones a los ciudadanos concedidas por la Constitución. La situación es aquí radicalmente distinta: dicha ley es reconocida por el ordenamiento como tal, si bien, bajo la condición de que alguien legitimado para ello impugne su constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, éste tiene el deber de anularla, anulación que conlleva una evidente carga de reproche para el legislador. Cabría decir que, en el primer supuesto, el particular, aun siendo respetuoso con las normas constitucionales que imponen prohibiciones referidas al contenido posible de las leyes, sencillamente no ha usado con éxito (ni podría hacerlo) la norma constitucional que confiere el poder para legislar al Parlamento, mientras que en el segundo, el Parlamento ha usado esa norma con éxito y ha producido por ello el cambio normativo pretendido (el dictado de la ley en cuestión), si bien, al haber vulnerado prohibiciones referidas al ejercicio de dicho poder normativo, el

Tribunal Constitucional tiene el deber de anular su resultado. Esto es: las garantías constitucionales de ciertos derechos y libertades no implican espacios de incompetencia del legislador ordinario (pues si tal fuera el caso la ley de contenido inconstitucional dictada por el parlamento sencillamente no existiría como tal, como no existe la ley, de contenido constitucional o inconstitucional, dictada por el particular), sino prohibiciones de ejercer esa competencia para producir leyes con determinado contenido.

Esta conclusión, en todo caso, aunque corrija a Ross, viene a avalar su tesis central: a saber, que no hay normas puramente permisivas, que el permiso no constituye una modalidad independiente, sino la excepción a (o derogación de) normas de mandato (de obligación o prohibición) o la formulación indirecta (esto es, para sujetos distintos de sus destinatarios explícitos, para las autoridades normativas subordinadas) de normas de mandato (de obligación o prohibición).

2. La propuesta de von Wright: las normas permisivas como promesas

La propuesta de von Wright de entender las permisiones como promesas por parte de su edictor merece más atención que la que podría sugerir el exabrupto de Ross que antes hemos citado. La concepción de las permisiones como promesas es sólo el término final del cuidadoso examen de los permisos (o, más exactamente, de las «prescripciones permisivas») llevado a cabo en *Norma y acción* (von Wright, 1979), texto al que limitaremos nuestra atención[1].

En *Norma y acción* von Wright examina las dos vías, o formas, en que «se ha intentado negar el *status* independiente de los permisos. Una es considerar los permisos como simple ausencia o no existencia de las prohibiciones «correspondientes». La otra es considerar los permisos como una especie peculiar de prohibiciones; a saber, prohibiciones de interferir la libertad de un agente en un determina do respecto» (pág. 101). El examen de la primera de estas dos vías conduce a von Wright a formular la distinción entre permiso débil y fuerte; mientras que el examen de la segunda le conduce a caracterizar las «prescripciones permisivas» como promesas. Veamos una y otra cosa.

Respecto de la identificación sin más entre permiso de hacer una determinada cosa y ausencia de prohibición de hacer dicha cosa von

[1] Sobre los meandros argumentativos y las diversas tomas de posición que a lo largo de su obra ha venido adoptando von Wright sobre los permisos, cfr. Daniel González Lagier (1994).

Wright opina que tal opinión es «un serio error», por la siguiente razón:

«No es posible hacer un inventario de todos los actos genéricos concebibles. Nuevas especies de acto hacen su aparición a medida que se van desarrollando los talentos humanos y van cambiando las instituciones y las formas de vida. Un hombre *no podría* emborracharse antes de haberse descubierto cómo destilar el alcohol. En una sociedad promiscua no existe la posibilidad de cometer adulterio. Según se van originando las nuevas especies de acto, las autoridades de las normas pueden sentir la necesidad de considerar si ordenarlas o permitirlas o prohibirlas a los sujetos. (...) Por eso es razonable, dada una autoridad de normas, dividir los actos humanos en dos grupos principales: a saber, actos que han sido y actos que no han sido (todavía) sometidos a norma por esta autoridad. De los actos que han sido sometidos a norma, algunos son permitidos, otros prohibidos, otros mandados. Aquellos actos que no han sido sometidos a norma son *ipso facto* no prohibidos. Si un agente hace tal acto, el legislador no puede acusarle de violar la ley. *En este sentido,* tal acto puede decirse que está «permitido». Si aceptamos esta división de los actos en dos grupos principales -relativos a una autoridad de normas dada- y si decidimos llamar a los actos permitidos simplemente en virtud del hecho de que no están prohibidos, entonces será sensato distinguir entre dos especies de permiso. A unos les llamaré permisos *fuertes,* a los otros *débiles,* respectivamente. Un acto se dirá que está permitido en el sentido fuerte, si no está prohibido, pero está sometido a norma. Los actos que están permitidos en el sentido fuerte, lo están también en el sentido débil, pero no necesariamente viceversa. Hablando en términos generales, un acto está permitido en el sentido fuerte si la autoridad ha considerado su status normativo y decide permitirlo (pág. 101).

Aceptando la distinción así trazada[2] entre actos permitidos en el sentido débil y actos permitidos en el sentido fuerte, se plantean, sin embargo, estas tres preguntas: (1) La introducción de una norma que

[2] A propósito de este mismo pasaje de von Wright, Alchourrón y Bulygin han puesto de relieve que en él se encuentran dos definiciones distintas de *permiso fuerte:* (i) un acto está permitido en el sentido fuerte «si no está prohibido, pero está sometido a norma»; (ii) un acto está permitido en el sentido fuerte «si la autoridad ha considerado su status normativo y decide permitirlo». Comentan estos mismos

permita el acto X, ¿cambia en algo el status del acto X, antes no sometido a norma? Von Wright -como acabamos de ver- dice que si un agente hace (o añadamos, omite) un acto permitido en el sentido débil, «el legislador no puede acusarle de violar la ley». Pero la situación es la misma si hace (u omite) una acción cuya realización y omisión se encuentren permitidas en el sentido fuerte, por la simple razón de que los permisos no pueden ser cumplidos o incumplidos; (2) La introducción de la norma permisiva respecto del acto X ¿cambia el status de otros actos distintos del acto X, pero relacionados con él, esto es, de actos de impedir o de sancionar la realización de X?; (3) Este cambio del status de actos distintos de aquel sobre el que expresamente versa la norma permisiva ¿implica algo más que la prohibición de impedir o de sancionar esos actos? Si la respuesta a la primera pregunta fuera negativa, la posible relevancia de las normas permisivas habría que encontrarla en relación con actos distintos de aquel sobre el que expresamente versan. Y si la respuesta a la tercera pregunta fuera, asimismo, negativa, las supuestas normas permisivas no serían más que una formulación indirecta de normas prohibitivas. Pero para examinar cuál es la respuesta de von Wright a estas preguntas, antes hemos de ver cómo trata la segunda vía, antes indicada, de negar status independiente a los permisos, esto es, considerarlos como prohibiciones de interferencia. A este respecto, von Wright señala que «parece posible distinguir entre varias especies de permiso fuerte», que -ordenadas de menor a mayor fuerza- serían el «permiso como tolerancia», el «permiso como derecho» y el «permiso como habilitación». Veámoslo:

> «Al permitir un acto la autoridad puede estar meramente declarando que va a tolerarlo. A la autoridad «no le interesa» si el sujeto hace el acto o no. La autoridad está determinada a no

---

autores lo siguiente: «La definición (ii) es aparentemente una explicación complementaria de (i). pero de hecho (i) y (ii) no son equivalentes y, en consecuencia, surge la pregunta de cuál de las dos ha de ser considerada como la definición del «permiso fuerte». En efecto, (i) requiere dos condiciones: (a) un acto no ha de ser prohibido y (b) debe estar «sometido a norma», esto es, debe ser o bien permitido o bien obligatorio. En cambio (ii) expresa una sola condición: el acto debe ser (expresa o implícitamente) permitido. Esta segunda condición es idéntica a (b)» («Permisos y normas permisivas», en Alchourrón-Bulygin, 1991, pág. 217). Es obvio que la definición (i) elimina la posibilidad de permisos fuertes que sean antinómicos con normas prohibitivas y que esta eliminación carece de justificación. Es más, parece que una diferencia importante entre permisos fuertes y débiles reside en que los primeros, al depender de una norma permisiva, pueden dar lugar a contradicciones en el sistema (entre la norma permisiva y una eventual norma prohibitiva) lo que, naturalmente, no puede ocurrir en el caso de los permisos débiles (puesto que éstos se definen como la mera ausencia de norma).

> interferir la conducta del sujeto en lo que a este acto se refiere, pero no se compromete a proteger al sujeto de posibles interferencias de su conducta por parte de otros agentes. Todo permiso (fuerte) es, como mínimo, un tolerar, pero puede ser más que esto. Si un permiso de hacer algo se combina con una *prohibición de obstaculizar o impedir* al titular del permiso de hacer dicha cosa, entonces diremos que el sujeto de la norma permisiva tiene un derecho en relación con los sujetos de la prohibición. Al conceder un derecho a algunos sujetos, la autoridad declara que tolera un determinado acto (o abstención) y que no tolera otros actos determinados. (...) Debemos distinguir entre no hacer que un acto sea *imposible* de ejecutar para algunos y hacer un acto *posible*. Esto último se llama también *habilitar* (a alguien para algo). Es la noción más fuerte. De habilitar se sigue no-obstaculizar, pero no-obstaculizar no equivale necesariamente a habilitar. Si un permiso de hacer alguna cosa se combina con un *mandato de habilitar* al titular del permiso a hacer la cosa permitida, entonces diremos que el sujeto de la norma permitida tiene una acción [*claim*, en el original inglés] frente a los sujetos del mandato. Se comprende que toda acción en este sentido es también un derecho, pero no a la inversa» (págs. 103-104).

Un «permiso como derecho» es un «permiso como tolerancia» más una prohibición de obstaculizar o impedir la realización del acto permitido; un «permiso como habilitación» es un «permiso como derecho» más un mandato de posibilitar la realización del acto permitido. Lo que añaden los «permisos como derechos» y los «permisos como habilitaciones» a los «permisos como tolerancias» son, respectivamente, prohibiciones y obligaciones relativas a la conducta de terceros. Como dice el propio von Wright, «las características específicas [de estas dos últimas especies de permiso fuerte] pueden ser explicadas en términos de prohibiciones y/o mandatos». Y de ello -añade asimismo von Wright- «se desprende que si hay un elemento característico de los permisos que no es reducible a los otros caracteres normativos, este elemento es idéntico a lo que llamamos tolerancia» (pág. 105). Por lo tanto, «para ver si un permiso es un carácter irreductible de las normas, o no, debemos examinar la noción de tolerancia». Una declaración de tolerancia puede ser, bien una declaración de intenciones -y entonces no expresa norma alguna, pues «una declaración de intenciones no es un concepto normativo en absoluto»- bien una promesa -y entonces «la pregunta de si un permiso es definible en términos de los otros caracteres de las normas sería reducible a la pregunta de si el carácter normativo de una promesa (o, por lo menos, de una promesa de no-interferencia) puede expresarse en

términos de «debe» y «tiene que no»« (pág. 105). A juicio de von Wright, «que la contestación a la última pregunta debe ser afirmativa es algo que probablemente todos admitiremos sin dificultad» (id.). Por ello, aunque este autor finalice su tratamiento de los permisos diciendo que «sobre la cuestión de si un permiso es o no un carácter independiente de la norma, no tomaré aquí una posición definida», parece que de su análisis cabe concluir la negativa, a saber, que aquello que en los permisos no cabe reducir a prohibiciones o mandatos a terceros es reductible a autoprohibiciones de la edictora.

Ello no obstante, esta última noción es, a juicio de von Wright, problemática por lo siguiente: «si se conciben los permisos como promesas, los permisos serían prescripciones auto-reflexivas, es decir, auto-prohibiciones». Y las prescripciones «requieren una autoridad y un sujeto», autoridad y sujeto que en el caso de los permisos como tolerancias se identifican. Que tal cosa sea posible, que pueda haber prescripciones auto-reflexivas es, a juicio de von Wright, una cuestión debatible y, por ello, «si creemos que tales prescripciones no pueden existir, tendremos que llegar a la conclusión de que los permisos no son prescripciones» (pág. 106). Ello, a juicio de von Wright, conduce a considerar los permisos como normas de tipo moral, porque «el que las promesas deben mantenerse normalmente se consideraría como una norma típicamente moral, y la obligación de hacer esto o aquello porque uno ha prometido hacerlo se tomaría como una obligación moral» (pág. 106).

Esta última consideración resulta, sin duda, inmediatamente discutible. Y ello no sólo porque, si «se deben cumplir las promesas» es una norma moral, también lo es en última instancia «se deben cumplir las prescripciones de la autoridad», sino también por razones más internas al Derecho. Pues bien puede ser que la noción de «auto*prescripción*» sea problemática, pero desde luego la noción de «obligación de creación voluntaria», como consecuencia de promesas, no parece ser problemática en absoluto, pues sobre ella reposan instituciones tan incontrovertidamente jurídicas como los contratos y también los negocios jurídicos unilaterales en los que -al no haber intercambio de promesas, sino ir ésta en una sola dirección- la situación sería sustancialmente la misma que en los permisos como tolerancias tal como los presenta von Wright. Que la autoridad cree una obligación para sí misma no nos parece que genere ningún problema especial de teoría del Derecho.

Nos parece, sin embargo, que sí valdría la pena cerrar este examen del tratamiento de los permisos por parte de von Wright con un par de observaciones. La primera de ellas sería la siguiente: la concepción de los permisos como promesas de no interferencia conduce, pese a las cautelas finales de von Wright, a negar que el permiso sea

un carácter independiente de las normas: no sería, en lo que no es reductible a prohibiciones a terceros, mas que una autoprohibición de la autoridad. La segunda acotación que nos parece de interés es ésta: la concepción de los permisos como promesas de no interferencia (y, por consiguiente, como auto-prohibiciones) parece especialmente adecuada para los permisos que se dictan en contextos más «informales», o menos institucionalizados, que el jurídico. Por ejemplo, si un padre le dice a su hijo que tiene permiso para bajar al jardín no parece difícil concordar en que el padre adquiere la obligación de no castigarle por ello en caso de que baje al jardín. Sin embargo, en contextos jurídicos su sentido parece bastante más limitado. El constituyente no se prohíbe nunca *únicamente* a sí mismo interferir con, pongamos por caso, la libertad de expresión. De hecho, solo habría autoprohibición si se tratara de una Constitución que prohibiera su propia reforma en este punto (lo cual es mas bien raro y da lugar a problemas que quedan muy lejos de los abordados aquí); pero también en este caso habría prohibición de interferencia para alguien distinto de él mismo: esto es, principalmente para el legislador ordinario, que es el destinatario usual más importante de este tipo de prohibiciones constitucionales. Otro tanto ocurre cuando el legislador ordinario permite cualquier otra cosa: las prohibiciones de no interferencia con la conducta permitida no van dirigidas a él mismo (el principio de *lex posterior* parece, en el terreno legislativo, prácticamente universal), sino a los órganos ejecutivos y judiciales y, eventualmente, también a la gente en general. Por ello parece tener razón Ross cuando afirma, respecto de los permisos como tolerancias, que «no sé de ningún acto legislativo que diga tal cosa» (id., pág. 116).

En definitiva, bien se parta de los permisos como ausencia de prohibición o bien como prohibición de interferencia, la conclusión a que se llega, tras el análisis de la obra de von Wright, es que ambas vías conducen, en efecto, a negar a los permisos status independiente.

3. Permisos débiles y permisos fuertes en Alchourrón y Bulygin

De entre todas las obras importantes de la teoría del Derecho contemporánea quizá en ninguna como en la de Alchourrón y Bulygin se encuentre tan enfatizada la importancia de la distinción entre permisos fuertes y débiles[3]. Como es bien sabido, esta distinción

[3] Sobre esta distinción ha escrito recientemente Rafael Hernández Marín (1993), formulando algunas críticas respecto a la simbolización utilizada por los autores argentinos, las definiciones de permiso fuerte y débil y las relaciones entre ambos tipos de permiso que, sin embargo, no afectan a la línea argumentativa que aquí se desarrolla.

constituye uno de los ejes nucleares de *Normative Systems* (1971; trad. cast. 1974) -el trabajo con el que estos autores, por decirlo con palabras de von Wright, «pasaron al escenario internacional»- y ocupa también un primer plano en trabajos posteriores como «La concepción expresiva de las normas» (1981), «Permisos y normas permisivas» (1984) o «Libertad y autoridad normativa» (1985) [recogidos todos ellos en Alchourrón-Bulygin, 1991]. De todos ellos, «Permisos y normas permisivas» parece ser la elaboración por ahora más completa de sus posiciones al respecto. A continuación, trataremos de exponer con fidelidad lo que nos parecen las tesis básicas de estos autores, advirtiendo ya que, a nuestro juicio, y pese a su insistencia en contrario, de ellas se deriva la prescindibilidad de las categorías de «permiso prescriptivo», «permiso fuerte» y «norma permisiva». Veámoslo:

(1) La primera de estas tesis se refiere a los conceptos de permisión. Según Alchourrón y Bulygin, debemos distinguir tres conceptos de permisión: el concepto prescriptivo de permisión más los conceptos descriptivos de permisión fuerte y permisión débil:

«Cuando el término «permitido» figura en una norma expresa el *concepto prescriptivo de permisión*. Pero cuando el mismo término figura en una proposición normativa es ambiguo: cuando se dice que un estado de cosas *p* está permitido en un conjunto de normas, esto puede significar dos cosas diferentes; o bien que existe una norma (en α) que permite *p*, bien que *p* no está prohibido en α. Por lo tanto, hay *dos conceptos de permisión descriptiva: permiso fuerte y permiso débil*» («Permisos y normas permisivas», en Alchourrón-Bulygin, 1991, pág. 218).

(2) A diferencia de lo que ocurre en sistemas normativos completos y coherentes, en los que la distinción entre permisos débiles y fuertes «se esfuma», pues «ambos conceptos se superponen» (ibíd, pág. 220), la distinción entre permisos fuertes y débiles tiene particular relevancia en el contexto de sistemas normativos incompletos (en los que hay conductas permitidas en el sentido débil que no lo están también en el sentido fuerte) o incoherentes (en los que hay conductas permitidas en el sentido fuerte que no lo están en el sentido débil, al formar parte de los mismos una norma que las prohíbe) (ibíd., pág. 220).

Hasta aquí, las tesis de Alchourrón y Bulygin nos parecen inobjetables. Que una determinada conducta pueda estar simultáneamente permitida en el sentido fuerte y prohibida por parte de dos normas distintas del mismo sistema equivale a decir que los sistemas normativos

pueden contener antinomias, lo cual es, a nuestro juicio, indiscutible. Pero esto, por sí solo, no es argumento suficiente para considerar lo que ellos llaman permiso prescriptivo como un carácter independiente de las normas, pues esa situación también se podría describir -sin necesidad de hacer referencia a permisos- como una antinomia entre dos normas, una de las cuales prohíbe una determinada conducta en un determinado caso, mientras que la otra niega esta prohibición (esto es, tendría la formulación «no prohibido *p* en el caso *q*»[4]). Para poder considerar al permiso prescriptivo como un carácter independiente de las normas sería preciso demostrar (1) que cuando una conducta está cubierta por una permisión prescriptiva (esto es, por una norma permisiva, lo que nos permite decir, en el nivel de las proposiciones normativas, que esta conducta está permitida en el sentido fuerte) el status normativo de esta conducta es distinto de cuando está permitida simplemente en el sentido débil y (2) que la alteración del sistema que se produce mediante la introducción de una norma permisiva es algo distinto tanto de la negación o cancelación de prohibiciones como de la introducción, mediante una formulación indirecta, de prohibiciones para conductas distintas, aunque relacionadas con la conducta mencionada por la norma permisiva (esto es, de conductas consistentes en prohibir, impedir o sancionar la conducta mencionada por la norma permisiva). Como escriben ellos mismos, la cuestión crucial está «contenida en la siguiente pregunta: ¿cuál es, después de todo, la diferencia práctica entre el permiso fuerte y el permiso débil, es decir, entre acciones permitidas y acciones simplemente no prohibidas?» (ibíd., pág. 235).

(3) Pues bien: con arreglo a los propios Alchourrón y Bulygin (aunque probablemente no de acuerdo con sus deseos), la «diferencia práctica» entre permiso débil y fuerte, esto es, la alteración producida por la introducción en el sistema de una norma permisiva, puede explicarse por completo en términos bien de negación o cancelación de prohibiciones, bien de formulación indirecta de prohibiciones.

(3.1) Supongamos, reformulando ligeramente un ejemplo de los mismos Alchourrón y Bulygin (1974, pág. 224), las dos normas siguientes:

---

[4] Se dirá que «no prohibido *p* en el caso *q*» es una extraña formulación de norma, y así es. Pero: (1) «extraña» significa aquí únicamente «chocante», esto es, ajena a los usos estilísticos habituales, y no «carente de sentido» o «portadora de algún defecto lógico»; (2) los propios Alchourrón y Bulygin nos ofrecen ejemplos de formulaciones de normas muy semejantes, como por ejemplo, cuando hablan de «una norma de la forma 'No obligatorio *p* en el caso *q*» o de una norma expresada por -Op, o por -Ph-p (Alchourrón-Bulygin, 1974, págs. 220-221).

N1: Si se dan las circunstancias A y B, prohibido *p*.
N2: Si se dan las circunstancias no-A y no-B, permitido *p*.

Imaginemos ahora, prosiguiendo con el ejemplo, que nos enfrentamos a un estado de cosas tal que se dan las circunstancias A y no-B. De acuerdo con Alchourrón y Bulygin, en una situación como la descrita, el intérprete no podría encontrar una solución satisfactoria, porque «el *argumentum e contrario* permite inferir dos soluciones incompatibles, según cuál de las dos normas se adopte como premisa». Por eso, la solución al problema tendría que venir dada por la introducción de una tercera norma

N3: Si se dan las circunstancias A y no-B, permitido *p*.

la cual posibilita solucionar el caso sin necesidad de decidir previamente si hemos de adoptar como premisa de un *argumentum e contrario* N1 o N2. Ahora bien, como es obvio, esa solución podría alcanzarse también (sin necesidad de introducir una norma permisiva) si en vez de N1 nos encontráramos con:

N1': Sólo si se dan conjuntamente las circunstancias A y B, prohibido *p*.

Esto es: N3 no hace otra cosa más que limitar (precisándolo para un caso no previsto) el alcance de la norma prohibitiva N1. N3 niega que la prohibición establecida en N1 se extienda al caso que presente las circunstancias A y no-B. Si N1 se sustituye por N1', tanto N3, como también N2, resultan superfluas.

(3.2) Una función importante de los enunciados permisivos es la de derogar normas prohibitivas.

> «Una prohibición no puede ser levantada por medio de otra prohibición. Para cancelar o derogar una norma imperativa tenemos que realizar otro tipo de acto normativo, que es radicalmente distinto del acto de prohibir. Las normas permisivas a menudo (si no siempre) realizan la importante función normativa de derogar prohibiciones» («Permisos y normas permisivas», en Alchourrón-Bulygin, 1991, pág. 235).

Pero el tipo de acto normativo necesario para derogar una norma prohibitiva no necesariamente debe ser entendido como un acto de permitir. Puede entenderse simplemente como un acto de derogar (esto es, de cancelar una prohibición). Si entendiéndolo así explicamos lo mismo,

esta alternativa resulta preferible en virtud del principio de economía, pues no necesitamos introducir el permiso como un carácter independiente de las normas. Y esto es lo que Alchourrón y Bulygin vienen a admitir en «La concepción expresiva de las normas». Bajo el epígrafe «Permisión», se plantean de qué manera una teoría expresivista de las normas puede dar cuenta de los actos que consisten en otorgar un permiso para realizar la acción *p* e indican que

> «parece haber dos vías para enfrentar esta dificultad. (i) Una vía consiste en describir ese acto como un acto de levantar una prohibición, es decir, como una derogación de la prohibición de *p* (ii). Una vía alternativa sería aceptar un nuevo tipo de acto normativo, el acto de permitir u otorgar un permiso. Si se acepta esta segunda vía, entonces ha de ser aceptado también que hay dos tipos de normas (en el sentido en que un expresivista usa el término «norma»), normas imperativas y normas permisivas (...). Uno se siente tentado a formular la pregunta: ¿son estos dos análisis realmente distintos? Cuál es la diferencia, si hay alguna, entre promulgar una permisión y derogar una prohibición? (...) Uno tiene la impresión de que los dos análisis son sustancialmente equivalentes en el sentido de que representan dos distintas descripciones de la misma situación. Si esto fuera así, sería un resultado más bien sorprendente, pues mostraría la fecundidad del concepto de derogación y su importancia para la teoría de las normas. El concepto de norma permisiva resultaría teóricamente superfluo: se podría prescindir de él. Esto justificaría la posición de aquellos expresivistas que sólo aceptan normas imperativas, con la condición de que acepten la noción de derogación» (Alchourrón-Bulygin, 1991, págs. 146-149).

(3.3) Otra función importante de las normas permisivas es regular el ejercicio de los poderes normativos de autoridades de rango inferior al de aquélla que dicta la norma permisiva. Escriben así en «Permisos y normas permisivas», a propósito de la historieta antes recordada de Echave-Urquijo-Guibourg:

> «Supongamos que un día Toro Sentado decide nombrar un ministro. El ministro está autorizado para dictar nuevas normas para regular la conducta de la gente y para derogarlas, pero carece de competencia para derogar las normas dictadas por Toro Sentado mismo. En tal caso el permiso dado por Toro Sentado de cazar los martes y los jueves funciona como una limitación de la competencia de su ministro: el ministro

no puede derogar esas normas y de este modo no puede prohibir la caza en esos días, aunque pueda prohibir la caza en los demás días de la semana. De tal manera, estos permisos pueden ser interpretados como un rechazo anticipado de las prohibiciones correspondientes» (Alchourrón-Bulygin, 1991, págs. 236-237; en términos similares en «Libertad y autoridad normativa», Alchourrón-Bulygin, 1991, págs. 244 ss.).

Como se habrá podido observar, en este texto Alchourrón y Bulygin entienden que las prohibiciones de ejercicio de una determinada competencia forman parte de la norma de competencia misma. A nuestro modo de ver -por las razones que antes apuntábamos a propósito de Ross-, es preferible ver estas prohibiciones como el contenido de normas regulativas relativas al ejercicio de la competencia, normas regulativas que son distintas de la norma de competencia misma. Pero esto es algo que en el presente contexto no tiene demasiada importancia por dos razones: En primer lugar, porque la distinción entre la norma de competencia y las normas regulativas que guían su ejercicio ha sido aceptada con posterioridad por los autores que comentamos[5]; y así, en «Sobre las normas de competencia», escribe Eugenio Bulygin, que «situaciones en las que una persona tiene competencia para realizar cierto tipo de actos y al mismo tiempo le está prohibido hacer uso de esa competencia son relativamente frecuentes» (Alchourrón-Bulygin, 1991, pág. 489). Y, en segundo lugar, porque la cuestión de si las prohibiciones de ejercicio de una competencia forman parte o no de la norma misma de competencia no es esencial para el tema que nos ocupa; lo importante aquí es que, de acuerdo con Alchourrón y Bulygin, los permisos concedidos por autoridades de rango superior no son más, en relación con las autoridades normativas subordinadas, que prohibiciones indirectamente expresadas. Tampoco desde este ángulo hay, por consiguiente, razones para considerar al permiso como un carácter independiente de las normas.

II. Para un replanteamiento del problema

1. Permisos y reglas regulativas de la conducta «natural»

Hasta aquí hemos examinado lo que creemos más relevante de la teoría del Derecho actual sobre el tema que nos ocupa. Debemos

[5] Hay dos fases en el tratamiento por parte de Alchourrón y Bulygin de las normas de competencia. En una primera fase las entienden como normas permisivas; después pasan a considerarlas como definiciones o reglas conceptuales. Para la crítica de ambas perspectivas véase Atienza-Ruiz Manero, 1994.

ahora recordar, para tratar de abordarlos directamente, los dos problemas que indicábamos al comienzo de este trabajo. El primero era si la existencia de enunciados permisivos (que facultan a hacer u omitir una determinada acción, *p*) era o no irrelevante, esto es, si cambiaba o no las cosas en relación con una situación en la que en el sistema jurídico en cuestión no existiera ninguna norma que se refiriera a *p*. El segundo problema -que sólo se plantea si la respuesta al primero no es totalmente negativa- era el de determinar cuál pueda ser la relevancia de esos enunciados permisivos y si esa relevancia puede o no expresarse en términos de normas de mandato (de obligación o de prohibición), es decir, sin necesidad de introducir la categoría de las normas permisivas.

El que la respuesta a la primera cuestión no sea enteramente negativa puede aclararse cuando se repara en una cierta ambigüedad que la pregunta en cuestión contiene. Pues, en efecto, decir que en el sistema jurídico S no existe ninguna norma que se refiera a *p* puede significar que:

1) *p* no es una conducta que caiga dentro del ámbito regulado por S; dicho de otra forma, la conducta *p* es, con respecto a S, indiferente;

2) *p* es una conducta relevante para el sistema S, pero no hay ninguna norma que se refiera a ella porque:

a) no se ha considerado necesario (por ejemplo, porque no se ha considerado la posibilidad de que fuera interpretativamente sostenible extender a *p* el alcance de una norma de mandato), o bien

b) no se ha previsto la conducta *p*:

b') por razones subjetivas, esto es, por defecto del legislador.

b") por razones objetivas, esto es, con posterioridad al establecimiento de las normas del sistema S han surgido nuevas circunstancias -nuevas posibilidades de acción- que el legislador no pudo prever.

Naturalmente, la distinción entre 1) y 2) presupone que existen conductas jurídicamente indiferentes, esto es, conductas en las que un determinado sistema jurídico simplemente no está interesado, o no lo está por el momento; el concepto de conducta jurídicamente indiferente es, pues, relativo a un determinado sistema jurídico en un determinado momento temporal. Ciertamente, puede ser problemático fijar los límites que en un determinado momento y en relación con un determinado sistema jurídico tiene lo jurídicamente indiferente; fijar, esto es (por utilizar terminología de Alchourrón y Bulygin -1974-) el Universo de Discurso (el conjunto de situaciones y estados de cosas) y el Universo de Acciones en los que un determinado

sistema jurídico está interesado. Pero, en todo caso, el concepto de conducta indiferente es claramente pertinente, a nuestro juicio, en relación con subsistemas parciales (con los que normalmente trabajan los juristas) tales como, por ejemplo, el Derecho de familia o el Derecho de la Comunidad Autónoma Valenciana. En estos casos, la fijación del Universo de Discurso y del Universo de Acciones puede presentar zonas de penumbra, pero eso implica también la existencia de zonas de claridad: parece obvio que hay formas de conducta en las que el Derecho de Familia, o el Derecho de la Comunidad Autónoma Valenciana, no está interesado. En relación con el sistema jurídico en su conjunto cabe dudar, sin embargo, de que haya conductas propiamente indiferentes. El hecho de que, como dice Raz (1991, pág. 175), los sistemas jurídicos pretendan autoridad para regular cualquier tipo de conducta -esto es, reclamen para sí una competencia materialmente ilimitada- es un buen argumento en favor de la tesis de la inexistencia (desde el punto de vista del sistema jurídico en su conjunto) de conductas indiferentes: aquí cabría decir que -en virtud de la competencia materialmente ilimitada que los sistemas jurídicos como tales reclaman para sí- todo lo no prohibido está permitido, esto es, regulado jurídicamente.

Ahora bien, con independencia de que se considere o no que se trata de una acción jurídicamente indiferente, lo que no parece que tendría mucho sentido es que, por ejemplo, el rectorado de la Universidad de Alicante dictara una norma permitiendo que los profesores elijan el color de sus pantalones. Si esto ocurriera, los destinatarios pensarían probablemente que se les estaba gastando una broma o bien que algo preocupante había ocurrido con la salud mental de quienes ocupan los órganos rectores de esa universidad. Esa supuesta norma dejaría -desde el punto de vista de la deliberación práctica de sus destinatarios- las cosas exactamente igual que estaban, por la sencilla razón de que antes todos pensaban que elegir el color de la ropa era una cuestión de cada cual, exactamente igual que ahora.

Si se supone -como nos parece que hay que hacer- que una norma debe guiar en algún sentido la conducta de sus destinatarios, eso quiere decir que una norma permisiva sólo puede cumplir esa función -o sea, no ser superflua- si se dicta en un contexto en que se da alguna de las circunstancias aludidas antes en 2), a las que llamaremos C2, o bien una nueva circunstancia, C3, consistente en que el sistema jurídico S ha regulado hasta entonces la conducta *p* mediante una norma de mandato, esto es, estipulando que la conducta en cuestión es obligatoria o prohibida.

El dictado de una norma permisiva en el sistema S, digamos en el tiempo t2, cambia las cosas con respecto al mismo sistema en el tiempo t1, en alguno de estos dos sentidos:

1) Si en el tiempo tl se daban las circunstancias C2, entonces el cambio consiste en *aclarar* -o, si se quiere, *fijar*- el status normativo de *p*, es decir, al no existir una norma que explícitamente estableciera que *p* era una conducta facultativa, la nueva norma, al aclarar la situación, da seguridad a los destinatarios y, en ese sentido, bien puede decirse que contribuye a guiar su conducta: el hecho de saber con certeza que un determinado comportamiento es facultativo -esto es, que está libre de restricciones normativas- hará sin duda que muchos empiecen a hacer -o dejen de hacer- lo que en otro caso no harían -o no dejarían de hacer.

2) Si en el tiempo t1 se daban las circunstancias C3, entonces el establecimiento de la norma permisiva en t2 cambia las cosas en el sentido de que se *modifica* el estatus deóntico de *p*: de obligatorio o prohibido pasa a ser facultativo. La relevancia en términos normativos de la nueva norma es cosa obvia: ésta libera a la conducta *p* de las restricciones normativas que antes gravitaban sobre ella.

La respuesta al segundo problema que planteábamos al inicio de este trabajo es que la «relevancia» de las normas -o de los enunciados- permisivas parece poderse explicar por completo en términos de negación, derogación y excepción de normas de mandato (o de formulación indirecta de las mismas) y, eventualmente, de definiciones. Imaginemos una situación correspondiente a C2. En el sistema hay, en t1, una norma que prohíbe permanecer en la playa en actitud indecorosa y surge la duda de si está comprendido dentro de su alcance el que las mujeres permanezcan en top-less. El dictado en t2 de una norma cuyo tenor fuera «se permite a las mujeres permanecer en top-less en la playa» sería pragmáticamente equivalente al dictado de una disposición definitoria (parcial) de «actitud indecorosa» cuyo tenor fuera «no se entenderá por actitud indecorosa el top-less femenino». Pasemos ahora a una situación tipo C3. El sistema contiene en t1 una norma por la que se prohíbe el transporte de caballos fuera de la provincia en la que se encuentren. Resulta obvio que el dictado en t2 de una norma permisiva -«se permite el transporte de caballos fuera de los límites de la provincia en la que se encuentren»- resulta pragmáticamente equivalente al dictado de una disposición derogatoria -«queda derogada la norma que prohibía el transporte de caballos más allá de los límites provinciales». Del mismo modo, el dictado en t2 de una disposición cuyo tenor fuera «se permite el transporte de caballos entre las provincias andaluzas» equivaldría pragmáticamente al dictado de una disposición que exceptuara a las provincias andaluzas de la prohibición establecida en t1.

2. Permisos y ejercicio de poderes normativos

Los ejemplos de permisos que acabamos de utilizar pertenecen como es fácil darse cuenta, al ámbito de las reglas regulativas de la *conducta natural* (entendiendo por tal aquella conducta que no consiste en el ejercicio de un poder normativo). Trasladémonos ahora de este contexto a la regulación del ejercicio de poderes normativos. De poderes esto es, conferidos por reglas cuya forma canónica, según hemos sostenido en otro lugar (Atienza-Ruiz Manero, 1994), sería la siguiente: «Si se da el estado de cosas X y Z realiza la acción Y, entonces se produce el resultado institucional (el cambio normativo) R». Sobre una regla de este tipo pueden, a su vez, incidir otras reglas tanto respecto de la acción y como del resultado R. Empecemos por este último.

En una caracterización muy general podemos distinguir entre poderes normativos de ejercicio obligatorio (como, por ejemplo, el poder jurisdiccional: el juez tiene la obligación de producir el resultado institucional «sentencia») y poderes normativos de ejercicio facultativo (como, por ejemplo, los poderes contractuales privados)[6]. Pero esta caracterización resulta excesivamente gruesa, pues el resultado puede ser en parte obligatorio y en parte facultativo. Así,

[6] Puede haber poderes normativos cuyo ejercicio mismo le esté prohibido al titular del poder. E. Bulygin escribe, en un texto ya recordado antes, que «situaciones en que una persona tiene la competencia para realizar cierto tipo de actos y al mismo tiempo le está prohibido hacer uso de esa competencia son relativamente frecuentes. Por ejemplo, de acuerdo a nuestra ley sólo los abogados son competentes para el patrocinio letrado, pero si un abogado es nombrado juez (y para ser juez normalmente se requiere el título de abogado), entonces le está prohibido ejercer la profesión de abogado. Supongamos que un juez firma una demanda como letrado patrocinante: como abogado él es competente para hacerlo y su firma produce todos los efectos legales, pero como es un juez, le está prohibido ejercer la profesión de abogado y por lo tanto al firmar la demanda viola uno de sus deberes y puede ser pasible de una sanción» («Sobre las normas de competencia», en Alchourrón-Bulygin, 1991, pág. 449), Un ejemplo semejante, en el ámbito del Derecho canónico, es el del ejercicio de los poderes normativos propios de los sacerdotes y obispos católicos (poderes sacramentales) por parte de los sacerdotes y obispos afectados por una suspensión *a divinis*. En todo caso, que el ejercicio mismo del poder normativo correspondiente le esté prohibido al titular del mismo, es una situación más bien rara, pues -fuera de una concepción mágica (sacramental, por ejemplo) de los poderes normartivos- no parece que tenga mucho sentido mantener a alguien como titular de un poder normativo a la vez que se le prohíbe absolutamente su ejercicio. Cuestión distinta -a la que ya antes hacíamos referencia en el texto- es que alguno de los resultados normativos que el titular de un poder normativo puede (en el sentido de que tiene capacidad normativa para) producir sea un resultado normativo prohibido por las normas regulativas que guían el ejercicio de dicho poder (por ejemplo, el dictado de una sentencia ilegal o de una ley inconstitucional). Sobre estos problemas, cfr. Atienza-Ruiz Manero, 1994.

por ejemplo, de acuerdo con el ordenamiento español el Gobierno tiene la obligación de proponer al Rey el nombramiento del Fiscal General del Estado, pero es limitadamente libre a la hora de escoger la persona a proponer (limitadamente, pues ha de hacerlo «entre juristas españoles de reconocido prestigio, con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión»). De manera que para el Gobierno resulta obligatorio proponer a algún jurista español de reconocido prestigio, etc., para que sea nombrado por el Rey como Fiscal General del Estado, pero es facultativo proponer el nombramiento del jurista español de reconocido prestigio, etc. Garcigómez. También puede ocurrir que el mismo poder normativo sea de ejercicio obligatorio en unos casos y facultativo en otros. Así, por ejemplo, de acuerdo con la legislación española, los administradores de una sociedad son los titulares del poder normativo de convocar la junta general de la misma y realizar esta convocatoria es obligatorio para ellos en determinados casos (dentro de determinados plazos temporales, cuando así lo soliciten socios que representen un determinado porcentaje del capital, etc.) y facultativo en los demás.

Para aclarar el sentido de calificar a un resultado normativo como «facultativo», conviene recordar las diferencias que existen entre una regla de mandato y una regla que confiere poder, en términos de razones para la acción. Utilizaremos, para ello, por una parte, la teoría de Joseph Raz (1991) respecto a las reglas como razones para la acción y, por otra, una traducción de algunos tipos de imperativos kantianos al lenguaje de las razones para la acción.

Las reglas de mandato constituyen, de acuerdo con la teoría de Raz, razones operativas de un tipo especial: son razones protegidas o perentorias para hacer lo que ellas establecen, excluyendo como gula de la conducta el propio juicio acerca de las razones en pro y en contra de ello; si, en lugar de la teoría de Raz, adoptamos la clasificación kantiana de los imperativos y la adaptamos al lenguaje de las razones para la acción, diríamos que se trata de razones categóricas: señalan qué debe hacerse con independencia de cuáles sean los deseos e intereses del sujeto. Por eso, un enunciado permisivo puede verse como la negación de una razón perentoria o categórica: tales enunciados contribuyen a guiar la conducta -hemos dicho- en cuanto que al suprimir o aclarar que no existe esa razón perentoria (para hacer p o para omitir p) dejan expedito el camino para que sean los deseos e intereses del sujeto los que actúen como razón operativa.

Las reglas que confieren poder inciden sobre la conducta, sin embargo, de manera muy distinta; ellas lo hacen en forma indirecta: señalan de qué forma se puede obtener un determinado fin que consiste en un cierto resultado normativo: no son, pues, dicho en la terminología de Raz- razones operativas, sino razones auxiliares.

O, vertiendo al lenguaje de las razones para la acción la clasificación kantiana de los imperativos, diríamos que no son razones categóricas, sino hipotéticas. Y aquí lo que ocurre es que el ordenamiento jurídico considera que algunos de esos fines o resultados el sujeto puede quererlos o no -por ejemplo, llegar a ser una persona casada, vender una finca de su propiedad, convocar la junta de accionistas cuando la realización de esa convocatoria no es obligatoria-, mientras que otros son resultados que el sujeto no puede no querer: el juez no puede no querer dictar una sentencia, el Gobierno no puede no querer nombrar fiscal general, etc. Cabría aquí trazar un paralelismo con lo que Kant llamaba, respectivamente, imperativos hipotético-problemáticos e imperativos hipotético-asertóricos y hablar, en consecuencia, de razones hipotético-problemáticas e hipotético-asertóricas. Una regla que confiere poder es siempre una razón hipotética, pues suministra una razón para hacer algo si se da un determinado estado de cosas y siempre y cuando se tenga, a su vez, una razón para lograr un cierto resultado o fin. La razón hipotética es problemática si el tener o no la razón para lograr el resultado se deja librado al titular del poder; y es asertórica si la razón para lograr el resultado se le impone al titular del poder, esto es, escapa de su control (normativo). El que el resultado normativo aparezca entonces regulado como facultativo vendría a ser el «marcador» de que la regla que confiere el poder de que se trate opera como una razón hipotético-problemática. Su función es, pues, la de especificar qué tipo de razón hipotética es la regla que confiere poder en que se integra. Pero, como ya hemos indicado, un resultado normativo puede ser obligatorio en alguno de sus elementos y facultativo en otros o bien puede ser obligatorio en ciertas circunstancias y facultativo en otras. Si un elemento del resultado (por ejemplo, proponer el nombramiento del Fiscal General del Estado y hacerlo entre juristas españoles de reconocido prestigio, etc.) es obligatorio, mientras que otro (nombrar a un jurista determinado) es facultativo, la regla que confiere poder para producir tal resultado constituye una razón hipotético-asertórica por lo que hace al primer elemento e hipotético-problemática por lo que hace al segundo. Si la producción del resultado es obligatoria en unos casos y facultativa en otros, la regla que confiere poder constituirá una razón hipotético-asertórica en los primeros e hipotético-problemática en los segundos.

En relación con las reglas regulativas de la conducta natural, hemos visto antes que las circunstancias en las que tenía sentido el dictado de una norma permisiva eran, o bien (a lo que llamábamos C2) la existencia de una duda acerca de la aplicabilidad o no a la conducta en cuestión de una norma de mandato, o bien (a lo que llamábamos C3) la existencia de una norma de mandato cuya aplicabilidad

a esa conducta se desea cancelar. ¿Son estas mismas circunstancias las que dotan de sentido al dictado de normas permisivas en el contexto que ahora estamos examinando? Evidentemente, cuando la norma permisiva se dicta simultáneamente a la regla que confiere el poder correspondiente, no tiene sentido hablar en términos de C3, por la sencilla razón de que la forma de conducta consistente en producir un resultado normativo tiene como condición de posibilidad la regla que confiere el poder normativo correspondiente. Pero, naturalmente, es perfectamente posible que la producción de un cierto resultado normativo se modalice como obligatoria (o como prohibida) al tiempo del dictado de la regla que confiere el poder correspondiente y que posteriormente se desee cancelar o limitar el alcance de esa regla de mandato. Para conseguir tal cosa podría utilizarse -como en el caso de la conducta natural- bien el dictado de una disposición derogatoria, bien el de una disposición permisiva. Por lo que hace a las circunstancias C2, es obvio -por lo anteriormente dicho- que cuando la regla permisiva respecto del ejercicio (o de un elemento del ejercicio) de un poder normativo se dicta simultáneamente a la regla que confiere el poder de que se trate, el dictado de la primera no puede cumplir la función de aclarar una duda preexistente, sino más bien al de impedir ab initio el surgimiento de una duda tal, formulando desde el momento mismo en que se confiere el poder normativo una negación de la aplicabilidad al ejercicio del mismo (siempre o en ciertas circunstancias, respecto de su integridad o respecto de alguno de sus elementos) de una regla de mandato, esto es, de una razón perentoria.

Pasemos ahora a la acción que la regla que confiere poder vincula con la producción del resultado normativo de que se trate, esto es, al elemento Y de nuestra «forma canónica». Hablar de «acción» en este contexto supone, evidentemente, una cierta simplificación. Conviene, por ello, precisar lo siguiente: las reglas que confieren poder no suelen vincular la producción del resultado normativo con una única acción sino, bien con una determinada conjunción de acciones (con un curso de acción), bien con una disyunción de cursos de acción, bien con alguna combinación de ambas[7]. En este contexto, decir que un determinado curso de acción (que una determinada

[7] Naturalmente, todo ello puede describirse como una acción unitaria atendiendo al resultado: por ejemplo, al resultado «haber contraído matrimonio» corresponde la acción «contraer matrimonio». Pero es obvio que, en la regla que confiere poder, la acción no puede describirse así, pues entonces ésta vendría a decir que si alguien (que reúna ciertos requisitos, tales como estar soltero, ser mayor de determinada edad, etc.) contrae matrimonio, entonces ese alguien ha contraído matrimonio. En la formulación de la regla que confiere poder, la acción ha de describirse de forma independiente del resultado, esto es, como acción natural o como acción

conjunción de acciones) o algún tramo del mismo es obligatorio significa que ha de seguirse necesariamente dicho curso de acción o dicho tramo del mismo para producir el resultado normativo (esto es, que dicho curso de acción o dicho tramo es condición necesaria -y eventualmente suficiente- del resultado), mientras que decir que al sujeto normativo le está permitido elegir entre diversos cursos de acción -o que, dentro de un curso de acción, en tal tramo puede elegir- entre diversos subcursos de acción- significa que seguir *alguno* de dichos cursos o subcursos de acción es condición necesaria -y eventualmente suficiente- del resultado. «Obligatorio» y «permitido» no tienen aquí significado deóntico, sino anankástico (o, desde el punto de vista de sus usuarios, técnico): indican, en el primer caso, que el sujeto normativo, para producir el resultado, *tiene que* seguir un determinado curso de acción y, en el segundo que, para producir el resultado, *puede* -en sentido no deóntico- elegir entre diversos cursos o subcursos de acción, *teniendo que* elegir alguno de ellos[8].

---

institucional dependiente de otra regla (por ejemplo, en el caso que nos ocupa, rellenar determinados formularios, prometer determinadas cosas ante un juez, etc.). (Hemos tornado en cuenta aquí una sugerencia de Ricardo Caracciolo contenida en su trabajo, aún no publicado, «Dos tipos de poder normativo», en el que critica nuestra concepción de las reglas que confieren poder).

Daniel González Lagier nos sugiere otra manera de expresar lo anterior (que probablemente resulta menos intuitiva), utilizando la distinción de von Wright entre *actividad* y *acción.* Diríamos entonces que la regla que confiere poder señala cuál es la *actividad* (rellenar los formularios, etc.) necesaria (y, en su caso, suficiente) para realizar la *acción* (que se describiría entonces atendiendo al resultado: contraer matrimonio).

[8]En algunos de sus trabajos (1968 y 1969), von Wright propuso construir la lógica deóntica como un fragmento de la lógica de las condiciones. Así, por ejemplo, la obligación se define en términos de condición necesaria: «Op» =df «Nc (p, I)», es decir: «que algo debe ser, o debe ser hecho, es establecer que el ser o hacer de esa cosa es una condición necesaria de alguna otra cosa» (1968, pág. 5). La permisión débil (equivalente a «-0-») también permanecería en el ámbito de las condiciones necesarias: sería la negación de que el contradictorio de un determinado estado de cosas (o de una acción) es condición necesaria de I. Y el permiso fuerte se define en términos de condición suficiente: «Pp» =df «Sc (p. I)», es decir, *p* está permitido equivale a decir que I) es condición suficiente para alquna otra cosa. «I» es una constante proposicional cuyo contenido no necesita ser especificado, aunque un significado característico en el ámbito de las normas jurídicas, podría ser «innumidad al castigo». Ahora bien, como acertadamente ha señalado González Lagier (1994) «la lógica de las normas basada en la teoría de las condiciones no es en realidad (...) una lógica de los conceptos deónticos, sino más bien una lógica de las nociones de deber y poder técnicos» (pág. 56a). Es decir, esa lógica no sería apta para dar cuenta de las normas deónticas, pero podría tener una aplicación en el contexto de las reglas que confieren poder. En concreto, nos parece que de esta manera se puede dar cuenta de las nociones de «permitido» y «obligatorio» en relación con el elemento «Y» de nuestra «forma canónica» de regla que confiere poder. Cuando el elemento Y se

Lo dicho hasta ahora permite, nos parece, salir parcialmente al paso del argumento de la irrelevancia práctica de las normas permisivas que planteaban Echave-Urquijo-Guibourg. En la divertida historieta que ellos cuentan su conclusión no es otra sino que «las cosas seguirían exactamente igual mientras a Toro Sentado no se le ocurriera prohibir algo». Pues al elegir a Toro Sentado como cacique, los charrúas sí parecen haber cambiado su universo normativo (antes, en el ejemplo, vacío) mediante la introducción -nos parece- de, al menos, una regla que confiere poder a Toro Sentado para dictar normas vinculantes para el resto de los miembros de la tribu. Y ello, evidentemente sí modifica las expectativas de los miembros de la tribu. Y lo que, por cierto, nos parece extraño es que entre los charrúas no hubiese alguien -digamos, algún Hartín- lo suficientemente despierto como para darse cuenta de que la elección de Toro Sentado sí que cambiaba las cosas y de un par de circunstancias más. En primer lugar, de que esta elección presuponía -frente a la imagen de universo normativo vacío que según el ejemplo los charrúas tenían de sí mismos- al menos la existencia de una regla según la cual los charrúas en su conjunto tenían el poder normativo de elegir un cacique (esto es, tenían el poder normativo de conferir a alguien el poder normativo de dictar normas vinculantes y de imponerle o no -como parece ser el caso del ejemplo- obligaciones o prohibiciones relativas al ejercicio de ese poder). En segundo lugar, de que si se confiere a Toro Sentado el poder de dictar normas vinculantes, es preciso determinar qué tiene que hacer Toro Sentado para dictar tales normas o (lo que es lo mismo) qué curso o cursos de acción ha de seguir Toro Sentado para que sus manifestaciones deban ser reconocidas por los charrúas como constitutivas del dictado de una norma -esto es, cuándo la manifestación de Toro Sentado debe ser vista por los charrúas como constitutiva de una razón para la acción- y no como meramente expresivas de un juicio de deber -mediante cuya formulación Toro Sentado expresa la existencia de razones para la acción independientes de su propia manifestación.

---

toma en bloque, entonces cabe decir que la acción Y es condición necesaria (y suficiente si se le añade X) para el resultado R (R sería aquí la traducción de I). Pero cuando lo que se toma es un fragmento de Y (digamos, la acción acción b, situado entre a y c), entonces decir que b es obligatorio significaría que, dado a, realizar b es condición necesaria y suficiente para c; mientras que b está permitido si realizar b es una condición suficiente para e (y existe al menos otra acción, d, que también es, dado a, condición suficiente para c).

[9] Sobre este punto, en general, cfr. Bayón (1991), págs. 48 ss.

3. Permisos y principios. Las libertades constitucionales

Además de los permisos referidos a la conducta natural y al ejercicio de poderes normativos, existe en el derecho un tercer tipo de enunciados permisivos, las libertades constitucionales, que exige, a nuestro juicio, un tratamiento separado. Como vimos a propósito de Ross, de von Wright y de Alchourrón y Bulygin, puede resultar tentador ver los permisos constitucionales como *equivalentes* a prohibiciones de interferencia dirigidas al legislador y, en general, a las autoridades subordinadas. En lo que sigue, sostendremos, sin embargo que, si bien es cierto que de los permisos constitucionales se derivan prohibiciones al legislador y, en general, a las autoridades subordinadas, el permiso constitucional se halla, por así decirlo, en un plano justificativo superior y que la fuerza expansiva de los permisos constitucionales no se agota en las correspondientes prohibiciones de interferencia. Partamos también aquí de un ejemplo, constituido por dos disposiciones de la Constitución española:

(a) «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (art. 9.2).

(b) «Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (...). d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión» (art. 20.l).

Se concordará sin dificultad en que el contenido del art. 20.1 puede parafrasearse (al menos parcialmente) de la siguiente forma: «Está permitido expresar o no expresar, difundir o no difundir, cualquier pensamiento, idea, opinión o información».

En un trabajo anterior sostuvimos que lo propio de los principios jurídicos -a diferencia de las reglas- residía en la configuración abierta de sus condiciones de aplicación. De acuerdo con ello, parafrasearemos ahora el art. 20.1 de la siguiente forma: «A menos que, en un determinado caso (genérico o individual), sean aplicables principios que ordenen otra cosa y que,

en relación con dicho caso, tengan un mayor peso, está permitido expresar o no expresar, difundir o no difundir, cualquier pensamiento, idea, opinión o información». Pues bien ¿es esta formulación (a la que llamaremos E1) *equivalente* a esta otra (E2): «A menos que, en un determinado caso (genérico o individual), sean aplicables principios que ordenen otra cosa y que, en relación con dicho caso, tengan un mayor peso, esta prohibido al legislador y en general a los poderes públicos imponer obligaciones o prohibiciones relativas a las conductas consistente en expresar o no expresar, difundir o no difundir, cualquier pensamiento, idea, opinión o información o aplicar sanciones como consecuencia de estas conductas?» A nuestro juicio ambas formulaciones no son equivalentes, por la sencilla razón de que la primera (E1) puede servir de fundamento justificativo a la segunda (E2), mientras que la inversa no se da. Tiene perfecto sentido decir que la Constitución española considera que el que la expresión y difusión de pensamientos, ideas, etc. sea libre es algo valioso y, en consecuencia, impone a los poderes públicos la prohibición de interferir con ellas (salvo que sean aplicables al caso de que se trate y en relación con él tengan un mayor peso principios que ordenen otra cosa y que, en consecuencia, justifiquen la interferencia). En cambio, no parece que tenga mucho sentido decir que la Constitución española considera como valiosa la prohibición de no interferencia de los poderes públicos en materia de expresión y difusión de pensamientos, ideas, etc. y, en consecuencia, permite la expresión y difusión de los mismos. En resumen: el permiso constitucional no es, a nuestro juicio, *equivalente* a un principio de mandato de no interferencia; lo que ocurre más bien, es que del permiso constitucional se deriva el correspondiente principio de mandato.

Desde el punto de vista de su uso en un razonamiento práctico, la diferencia entre el enunciado E1 y E2 podría exponerse así. Quien partiera de que la libertad de expresión puede expresarse sin pérdida de sentido en enunciados como E2 estaría aceptando que la razón por la que se puede manifestar libremente las propias ideas está constituida precisamente por la existencia de esa norma. A la pregunta de «¿por qué puedo expresar libremente mis opiniones sin que nadie pueda impedírmelo?» o «¿por qué el legislador no puede establecer una norma que incluya restricciones a esa libertad?», la contestación sería que así lo establece E2. Sin embargo, quien considerara que la libertad de expresión se plasma más bien en enunciados como E1 no diría solamente que E1 constituye una razón para expresarse libremente, sino también que E1 presupone que existen razones que justifican ese tipo de conducta. Por eso, a la pregunta de «¿por qué puedo expresar mis opiniones sin que nadie pueda impedírmelo?», la respuesta no se agota con apelar a E1, sino que incluye también una referencia a un juicio de valor del tipo de «puedo manifestar libremente mis opiniones porque la libertad de expresión es un componente esencial de la autonomía personal y de la democracia política». Dicho con las categorías de Carlos Nino[10], E1, esto es, un

[10] Cfr. Nino (1985).

permiso constitucional, no expresaría simplemente una prescripción -una norma-, sino también un juicio de valor. A esto cabría objetar que si la diferencia entre juicios de valor y prescripciones estriba básicamente en que quien emite un juicio de valor expresa que existen razones que lo sustentan, entonces parecería casi una contradicción hablar de un juicio de valor establecido por medio de un acto de autoridad. Ahora bien, en nuestra opinión, esa objeción queda salvada cuando se piensa en lo siguiente: En el caso de las prescripciones, el acto de la autoridad tiene carácter constitutivo; existen prescripciones porque existen actos de prescribir por parte de las autoridades. Sin embargo, las autoridades no pueden crear los valores, sino simplemente reconocerlos.

Esa capacidad, o esa necesidad, de remontarse mas allá en el razonamiento (en definitiva, su naturaleza de juicio de valor) es también lo que explica que la fuerza expansiva de E1 -de los permisos constitucionales- no se agote en enunciados como E2- en los correspondientes principios de mandato. Por supuesto, un enunciado como E1 tiene, desde el punto de vista de la interpretación de los principios y normas del ordenamiento, una mayor fuerza expansiva que E2. Pero además, los enunciados permisivos constitucionales «se traducen» en el ámbito normativo no sólo en principios de mandato, sino también en directrices. Esto puede verse con claridad si se pone en relación el art. 20.1 con el 9.2. De la combinación de ambos cabe extraer un enunciado (E3) como el siguiente: «Los poderes públicos deben adoptar aquellas medidas que sean idóneas para que el individuo y los grupos en que se integra tengan posibilidades reales y efectivas de expresar y difundir sus pensamientos, ideas, etc.» En nuestra opinión, mientras que E2 expresa un *principio en sentido estricto* -que ordena a los poderes públicos, en los casos en los que el principio prevalece frente a principios que jueguen en sentido opuesto, omitir cualquier forma de conducta que constituya una interferencia en la libertad de expresión- E3 expresa una *directriz o norma programática*. Estas normas, a diferencia de los principios en sentido estricto, no ordenan ni prohíben ninguna forma determinada de conducta. Señalan tan sólo la obligatoriedad de perseguir determinados fines, determinados estados de cosas, pero dejan a la discreción de su destinatario (por lo que nos interesa, a la discreción del legislador y, en general, de los poderes públicos) la selección de los medios idóneos para ello. De esta forma, mientras que el principio que prohíbe la interferencia en la libre expresión constituye un límite para los objetivos que pueden perseguirse en el proceso legislativo y político en general, la directriz que ordena perseguir la finalidad de que los individuos y grupos tengan la posibilidad real de expresarse estipula un objetivo que el

legislador y quienes participan en general en el proceso político no pueden (legítimamente) no querer, pero deja indeterminada (esto es, encomienda su resolución al proceso legislativo y político ordinario) la cuestión de cuáles son las medidas que maximizan la consecución de este objetivo.

4. Algunas conclusiones

La conclusión fundamental que se extrae de todo lo anterior es que el significado de los permisos varía en cada uno de los tres contextos que hemos distinguido y que es esta variedad de contextos de uso (y no la distinción entre permiso débil y permiso fuerte) lo que resulta esencial. Vistos exclusivamente como operadores de una regla regulativa, los permisos pueden traducirse enteramente en términos de aclaración (mediante definiciones), de excepción, de derogación o de formulación indirecta de normas de mandato. Expresan la ausencia de una razón perentoria (aclarando que efectivamente no existe o cancelándola) para efectuar o no un determinada conducta y, eventualmente, prohíben a las autoridades subordinadas la introducción de tales razones (esto es, de normas de mandato).

En el contexto del ejercicio de poderes normativos hay que distinguir según que el operador «permitido» modalice el resultado normativo o la acción que es condición necesaria (y eventualmente suficiente) de la producción de ese resultado. En el primer caso, los permisos pueden traducirse en términos de derogación o simplemente negación de normas de mandato, pero su función no es sólo la de expresar la ausencia de razones operativas. En su relación con la regla que confiere poder, cumplen también la función de cualificar como problemática la razón hipotética constituida por la regla que confiere poder. En el segundo caso (cuando «permitido» se refiere a la acción) el permiso no tiene carácter deóntico, sino que expresa una posibilidad anankástica, que para sus usuarios se traduce en una posibilidad técnico institucional. Finalmente, los permisos constitucionales no son sólo normas, sino también juicios de valor. De ellos se derivan principios de mandato y directrices, pero no equivalen a normas de mandato, porque su fuerza expansiva es notablemente mayor.

REFERENCIAS

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

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio (1991): *Análisis lógico y Derecho,* prólogo de G. H. von Wright, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (1991): «Sobre principios y reglas», en *Doxa,* nº. 10.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (1992): «Objeciones de principio. Respuesta a Aleksander Peczenik y Luis Prieto Sanchís», en *Doxa*, nº. 12.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (1993): «Tre approcci ai principi di diritto», en *Analisi e diritto*.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (1994): «Sulle regole che conferiscono poteri», en *Analisi e diritto*.

Bayón, Juan Carlos (1991): *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Echave, Delia Teresa, Urquijo, María Eugenia y Guibourg Ricardo (1980): *Lógica, proposición y norma,* Astrea, Buenos Aires.

González Lagier, Daniel (1994): *Acción y norma en G. H. von Wright,* tesis doctoral inédita, Alicante.

Guastini, Riccardo (1993): *Le fonti del diritto e l'interpretazione,* Giuffre, Milano.

Hernández Marín, Rafael (1993): «Double Pairs», en *Ratio Juris,* vol. 6, nº. 3.

Nino, Carlos S. (1985): «¿Son prescripciones los juicios de valor?», en *La validez del Derecho,* Astrea, Buenos Aires.

Raz, Joseph: *Razón práctica y normas,* trad. de Juan Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Ross, Alf (1971): *Lógica de las normas,* trad. de José S.-P. Hierro, Tecnos, Madrid.

Von Wright, Georg Henrik (1968): «Deontic Logic and the Theory of Conditions», en *Crítica,* vol. II, nº. 6, México.

Von Wright, Georg Henrik (1969): «On the Logic and Ontology of Norms», en J. W. Davis (ed.): *Philosophical Logic,* Reidel, Dordrecht.

Von Wright, Georg Henrik (1979): *Norma y acción,* trad. de P. García Ferrero, Tecnos, Madrid.

CUESTIONES SOBRE LA DEROGACIÓN

I. La derogación como cesación de la vigencia

En el lenguaje de la ciencia y de la teoría del Derecho el concepto de derogación presenta una notable variedad de significados que da la impresión de tener su origen en la asunción de principios no siempre aclarados, en ocasiones ni siquiera explicitados, y que suelen ser fuente de confusión. La derogación es, desde luego, un caso de cambio en los sistemas jurídicos por sustracción de normas[1] (aunque debemos entender aquí el término «sustracción» en su significado más lato). Ahora bien, a partir de esto que podría considerarse un lugar común, se atribuye a la derogación la capacidad de producir distintos efectos, aunque tal vez fuera más acertado decir que a la hora de determinar las consecuencias de la derogación se entremezclan problemas conceptuales con otros más terminológicos; así, en ocasiones se dice que la derogación da lugar a la «invalidez» de las normas, otras veces se habla de la cesación de su «vigencia», de la pérdida de su «eficacia» e incluso la «muerte» o extinción de la existencia de las mismas.

Sobre todo en el ámbito de la teoría jurídica, es frecuente la afirmación de que la derogación determina la invalidez de las normas derogadas[2]. Para H. Kelsen, por ejemplo, las normas derogatorias no hacen referencia a una cierta conducta, sino a la validez de otras normas:

---

[1] Vid. E. Bulygin, «Tiempo y validez» (1982), ahora en C. Alchourron y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

[2] Así, H. Kelsen, «Derogation», en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound,* Bob Merrill Co., New York, 1962. E. Bulygin, «Tiempo y validez», cit.; D. Mendonca, «Atti di abrogazione e norme abrogatrice», en *Analisi e diritto,* 1993, Giuffrè, Milán, 1993.

no establecen un «deber ser»[3], sino un «no-deber ser». Los fenómenos de «ultraactividad» de la norma derogada que suelen acompañar a la derogación en la mayoría de los sistemas jurídicos constituyen, sin embargo, un problema para esta concepción de la derogación como fuente o motor de la invalidez de las normas. En efecto, si entendemos por validez la existencia jurídica de una norma en el sentido de pertenencia a un cierto ordenamiento[4], no se entiende bien cómo una norma que ya ha sido expulsada del ordenamiento (que ha sido derogada) puede seguir aplicándose. Tal vez pudiera decirse que la norma derogada sigue siendo aplicada por voluntad de la disposición derogatoria, pero en los casos en que ésta no prevé tal hecho dicha explicación no deja de ser una ficción.

Podría, por el contrario, afirmarse que la derogación hace cesar no la validez, sino la eficacia de la norma[5]. Pero entonces el problema mencionado persistiría, pues ¿cómo explicar que siga aplicándose una norma que ya no es eficaz? Además, si la derogación produce sólo una cesación de la eficacia, la norma derogada seguirá existiendo en el ordenamiento y en el futuro, si la norma derogatoria es a su vez derogada, ¿habría de concluirse que «revivirá» la norma derogada? Por otra parte, parece preferible mantener un concepto empírico o meramente sociológico de eficacia, y en tal caso no cabe concebir que un enunciado lingüístico, como es la disposición derogatoria, tenga consecuencias en este aspecto[6].

A la luz de estos problemas se pone de manifiesto la insuficiencia de las categorías normativas tradicionales de validez y eficacia para dar cuenta del fenómeno de la derogación. Por lo demás, la misma falta de distinción entre existencia y validez que conduce a la paradójica situación provocada por la ultraactividad de las normas derogadas ha impedido también dar cuenta de fenómenos como el de las leyes inconstitucionales o las sentencias ilegales, fenómenos para cuya explicación H. Kelsen tuvo que recurrir al fantasioso expediente de la «cláusula alternativa tácita».

La paradoja que deriva de la aplicabilidad de una norma que ya

---

[3] H. Kelsen, «Derogation», cit., pág. 339.

[4] Naturalmente podría adoptarse un concepto de validez distinto. Es este, sin embargo, el más frecuente en la teoría del Derecho, al menos en la de raigambre kelseniana.

[5] S. Pugliatti, «Abrogazione (teoria generale e abrogazione degli atti normativi)», en *Enciclopedia del diritto*, I, Milán, 1958, pág. 140.

[6] Hago aquí abstracción del problema de la *desuetudo* o cesación de eficacia por falta de aplicación o costumbre contraria, entendiendo por derogación el efecto de una cierta clase de disposición normativa. Sobre la desuetudo vid. J. Betegón, M. Gascón y L. Prieto, *Lecciones de Teoría del Derecho,* Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, 1994.

no existe o no es válida en el sistema desaparece cuando, como hacen C. Alchourron y E. Bulygin, se distingue entre *sistema jurídico* y *orden jurídico*. Sistema jurídico es el conjunto de normas vigentes en un momento determinado (el «conjunto de normas que contiene todas sus consecuencias»), mientras que orden jurídico es la secuencia de los sistemas jurídicos que han existido en él[7]. La derogación produce una modificación del sistema jurídico por «sustracción» de normas[8], lo que significa que la norma derogada ya no existe en el sistema correspondiente al momento posterior a la derogación, pero sigue existiendo en el ordenamiento al pertenecer a un sistema del mismo. Ello explica que una norma pueda seguir siendo aplicada tras haber sido derogada, pues el conjunto de normas aplicables a un caso es una selección de normas vigentes en distintos sistemas, esto es, de normas vigentes en el sistema correspondiente al momento de tomar la decisión, pero también de normas que, a pesar de no estar vigentes en ese sistema, existen en el ordenamiento jurídico, pues han pertenecido a un sistema anterior[9]. A mi modo de ver, sin embargo, este planteamiento no da cuenta de los distintos efectos que derivan de la derogación y de la anulación, si bien tiene la virtud de poner de manifiesto que aplicabilidad de las normas, existencia y validez son conceptos distintos que conviene distinguir.

Y, en efecto, de cara a una mejor comprensión de la dimensión temporal del ordenamiento parece conveniente no confundir los diferentes aspectos de lo que en sentido lato podemos llamar existencia normativa. A este respecto es fundamental la distinción que media entre las nociones de existencia y validez de las normas, pero también la que separa a ambas de los conceptos de vigencia y eficacia de las mismas.

Una norma existe cuando ha sido creada[10], por lo que podría

---

[7] C. Alchourron y E. Bulygin, «Sobre el concepto de orden jurídico», en *Análisis lógico y Derecho,* cit., págs. 396 y 397.

[8] Para estos autores, además, la preferencia que resulta de la aplicación de un criterio de aplicabilidad (por ejemplo, la *lex posterior* o la *lex superior*) en un sistema «ordenado» produce una modificación de las relaciones ordenadoras del sistema *sustancialmente equivalente* a la eliminación de elementos del mismo. Lo que significa que la aplicación de los criterios de resolución de antinomias (caso bajo el que puede situarse la llamada derogación *tácita* o por *incompatibilidad normativa*) supone, al igual que la derogación expresa, un cambio en el sistema. Vid. C. Alchourron y E. Bulygin, «La concepción expresiva de las normas» (1981), ahora recogido en *Análisis lógico y Derecho,* cit. Vid. nota 34 de este trabajo.

[9] E. Bulygin, «Tiempo y validez», cit., págs. 210 ss.

[10] De «emanazione-creazione» habla expresivamente D. Mendonca («Atti di abrogazione...», cit.), remedando la idea expresada por C. Alchourron y E. Bulygin de que la emanación de la norma es condición suficiente y necesaria para su existencia (*Sobre la existencia de las normas jurídicas,* Valencia, Universidad de Carabobo, 1979, pág. 37).

decirse que la *promulgación* de una norma determina su existencia, entendiendo ahora por promulgación la mera exteriorización de una voluntad normativa por parte de una persona u órgano, al menos en apariencia, autorizado para ello[11]. La validez normativa, sin embargo, hace referencia a la pertenencia de la norma al ordenamiento, lo que dependerá del cumplimiento de las condiciones de pertenencia (validez) al mismo;[12] la validez supone, por tanto, una «valoración» sobre la norma, de modo que una norma existente será válida sólo si supera un juicio de validez[13]. A su vez, la forma propia de existir de una norma es su pretensión de aplicabilidad indefinida, su capacidad para regular todas las situaciones que caigan bajo su condición de aplicación; es a esta existencia de la norma con vocación de aplicabilidad indefinida a lo que podría llamarse vigencia, una situación que suele ir unida a la publicación de la norma, salvo las posibles previsiones de *vacatio legis*[14]. Por último, es evidente que si una norma resulta eficaz es porque existe, con independencia de que sea o no válida o de que esté o no en vigor. Pero incluso cabe aceptar la hipótesis de que una norma sea eficaz aunque no exista -según el concepto de existencia que se ha apuntado aquí-, es decir, aunque no haya sido promulgada; este es el caso peculiar de la costumbre.

La distinción que se acaba de hacer no es gratuita si se quiere dar cuenta de la diferencia entre los efectos de la derogación y la anulación tal y como funcionan en los concretos ordenamientos positivos de tipo continental, al menos en lo que hace referencia a las leyes. En tales ordenamientos sucede que: a) la anulación de las leyes produce efectos *ex tunc*[15], mientras que la derogación opera *ex nunc*; b)

---

[11] G. H. von Wright, *Norma y acción. Una investigación lógica* (1963), trad. cast. de P. García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1970: «cuando la norma es una prescripción, formularla en el lenguaje se llama a veces *promulgación* de la norma» (pág. 109). «La emisión de una norma (...) manifiesta la voluntad de la autoridad de hacer que el sujeto(s) se comporte de una manera determinada. Para que el sujeto(s) conozca su voluntad, la autoridad promulga la norma» (pág. 27).

[12] De «emanazione-inclusione» habla D. Mendonca, «Atti di abrogazione..», cit.

[13] Cuestión distinta es que para ciertas normas, por ejemplo, las leves, se haya dispuesto en el ordenamiento que tal juicio sólo pueda ser hecho por órganos «ad hoc», de modo que haya que presumir su validez mientras tales órganos no declaren lo contrario.

[14] Una análoga conceptuación de la vigencia en F. Balaguer, *Fuentes del dere*cho, Madrid, Tecnos, 1991, págs. 130 ss.

[15] Algo que, a mi modo de ver, es perfectamente coherente con la noción de validez como pertenencia de las normas al sistema jurídico. Si la norma es inválida (si nunca existió en el sistema), es claro que lo que hace el órgano competente es declarar, y no constituir, su invalidez, por lo que es normal que sus sentencias tengan efectos *ex tunc,* y no *ex nunc.* Lo cual no prejuzga que cada concreto ordenamiento jurídico pueda disponer otra cosa sobre los efectos de estas declaraciones de

las leyes derogadas deben seguir aplicándose a las situaciones surgidas a su amparo antes de la derogación y todavía no agotadas, mientras que no cabe la «ultraactividad» de la ley anulada; y, por último, c) dado que cabe aplicar ultraactivamente la ley derogada es posible aún anularla[16].

Creo que esta diferencia de efectos entre la derogación y la anulación alimenta la idea de que la derogación no es un asunto de invalidez de normas, sino de falta de vigencia de las mismas. Como las relaciones internormativas en el ordenamiento se suelen estructurar en base a los principios de jerarquía normativa y de competencia, la derogación se habrá de dar en el marco de estos principios, pero no es identificable con ninguno de ellos; es decir, por sí misma, la derogación no es una cuestión de invalidez. Frente a esto acaso podría argumentarse que la anulación «declara» la invalidez de una norma, mientras que la derogación la «constituye», y que precisamente ello explica los distintos efectos que ambos institutos producen; o podría decirse que, en cualquier caso, los efectos de la derogación y de la anulación son siempre los que el ordenamiento jurídico ha querido atribuirles, por lo que no conduce a nada intentar proyectar en los concretos sistemas esquemas fijos de invalidez y de derogación. Pues bien, aun así, admitido que los regímenes jurídicos de una y otra son diferentes y que en los sistemas positivos continentales son, groso modo, los que acabamos de describir, me parece más clarificador hablar de cesación de validez en un caso y de cesación de la vigencia en el otro.

Las normas nacen (válidas) en el ordenamiento (son promulgadas) con una *capacidad reguladora indefinida,* pero ésta puede ser eliminada *pro futuro* por un acto contrario (de derogación), lo cual no prejuzga ni su existencia[17] ni su validez[18]: no prejuzga su existencia, pues, obviamente, la norma fue promulgada; pero tampoco su

---

invalidez en orden a la protección de otros valores: por ejemplo, no contradice esta sistemática el hecho de que en un ordenamiento jurídico (e incluso por vía dogmática o jurisprudencial) se imponga la producción de efectos *en nunc* de estas sentencias en aras de la seguridad y del tráfico jurídico. Esta fue, por lo demás, la opción de H. Kelsen en el diseño del Tribunal Constitucional austríaco.

[16] Vid. Sobre las diferencias entre derogación y declaración de inconstitucionalidad, R. Guastini. «In tema di abrogazione», en *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, C. Luzzati (coord.), Giuffrè, Milán, 1987.

[17] Me parece importante la observación que hace D. Mendonca de que las normas no pueden dejar de existir una vez que han adquirido existencia, puesto que el acto de creación, como cualquier acto humano, no puede ser eliminado («Atti di abrogazione...», cit., pág. 84). Podrán eliminarse sus efectos, pero no el acto.

[18] Como lo prueba, por cierto. el hecho de que una ley derogada, pero aún aplicable (ultraactividad) pueda ser declarada inconstitucional. Sería absurdo decir que una ley ya declarada inválida puede ser declarada inválida.

validez, pues también es indiscutible que la misma reunió y sigue reuniendo todas las condiciones de validez. La derogación, por tanto, sólo puede determinar la *pérdida de la vigencia* de una norma, es decir, restringir en el tiempo su aplicabilidad, su vocación reguladora, pero sin privarla necesariamente de ella[19], pues la norma sigue existiendo válidamente y en esta medida puede seguir regulando las situaciones nacidas al amparo de la misma cuando estaba vigente. En suma: la derogación *limita temporalmente* (sin anular) la esfera de aplicabilidad de las normas derogadas[20].

II. La naturaleza de la función derogatoria: derogación expresa vs. derogación tácita

La derogación es la expresión del *principio de la lex posterior* Pues bien, otra cuestión que parece fundamental para determinar los efectos y el alcance del instituto derogatorio es la de si estamos ante un principio lógico o ante un principio exclusivamente histórico-jurídico. El asunto puede reformularse en los siguientes términos: la entrada en vigor de una norma en el ordenamiento ¿lleva consigo necesariamente la pérdida de la vigencia de las normas anteriores que entren en contradicción con ella, como resultado de una exigencia de compatibilidad lógica entre todas las normas del ordenamiento? o, por el contrario, ¿esto sólo se produce cuando el propio ordenamiento así lo reconoce mediante concretas disposiciones jurídicas (más exactamente: disposiciones sobre la derogación)?

Para responder a esta cuestión es preciso establecer aún una distinción.

En el epígrafe anterior hemos hablado de derogación como si se tratase de un fenómeno uniforme. Pero no es así. Cabe distinguir al menos dos grandes clases de derogación: la llamada derogación expresa y la denominada derogación tácita o por incompatibilidad normativa.

Se habla de *derogación expresa* cuando ésta se produce por medio de una disposición derogatoria que identifica con precisión el objeto de la derogación (por ejemplo: «Queda derogado el art. X de la ley Y»)[21]. Objeto de la derogación expresa es siempre una *disposición* jurídica.

---

[19] Vid. G. Zagrebelsky, *Diritto costituzionale, vol. I, Il sistema delle fonti,* Giappichelli, Turín, 1990, pág. 42.

[20] Vid. R. Guastini, «In tema di abrogazione», cit., págs. 16-18.

[21] R. Guastini, «In tema di abrogazione», cit., pág. 7. Para referirse a la derogación aludida en el texto, el autor habla de derogación *nominata.* Cuando, por el contrario, el objeto de la derogación sea indeterminado (por ejemplo: «Quedan deroga-

Se habla de *derogación tácita* cuando ésta no se produce mediante una disposición derogatoria, sino mediante una disposición normativa de otra naturaleza, más exactamente cuando la derogación se produce por incompatibilidad entre normas producidas en distintos momentos temporales[22]. Objeto de la derogación tácita es siempre una norma jurídica.

a) La derogación expresa

La derogación expresa no es asunto de incompatibilidad normativa. En la derogación expresa no está presente una contradicción entre dos normas, sino, si acaso, entre dos actos normativos: el acto de promulgación de la norma y el acto derogatorio de la misma[23]. Si la derogación expresa fuese el resultado de una exigencia de compatibilidad normativa no sólo las cláusulas de derogación expresa serían redundantes, sino que además, ¿cómo se explicaría la existencia de las disposiciones puramente derogatorias, que no previenen ni resuelven una antinomia? Lo que hay en la derogación expresa es siempre un acto derogatorio en virtud del cual una disposición jurídica queda derogada, con independencia de que además la derogación tuviera como fin prevenir o evitar una contradicción normativa.

Pero entonces, si no obedece a la necesidad de evitar o eliminar contradicciones normativas, ¿de dónde obtiene su virtualidad el acto derogatorio? A estos efectos es conveniente hacer una distinción ulterior, en función de que la disposición derogada sea de rango inferior o igual al de la disposición derogatoria.

---

das todas las normas incompatibles con la presente ley»), habla de derogación *innominata.* Para nuestro propósito de comparar la derogación expresa con la tácita, podemos prescindir, no obstante, de la derogación *innominata,* dado que la problemática de este tipo de derogación se acerca más a la de la derogación por incompatibilidad. Con todo, no creo que pudiera afirmarse sin matices que «dichas cláusulas derogatorias genéricas no aportan nada y son redundantes en relación con el principio de la *lex posteriori*» (J. Aguiló, «Derogación, rechazo y sistema jurídico», en *Doxa,* nº. 11 [1992], pág. 265). Vid., al respecto, L. M. Díez-Picazo, *La derogación de las leyes,* Madrid, Civitas, 1990, págs. 149 ss.

[22] Junto a ella, R. Guastini distingue otra modalidad de derogación tácita: la derogación «por nueva disciplina», Ibídem, pág. 8. Para nuestros fines, sin embargo, podemos prescindir de esta última.

[23] Esta es la idea kelseniana de que la norma derogatoria no establece un «deber ser», sino un «no deber ser» (Kelsen, «Derogation», cit.). Es también la idea contenida en la concepción de C. Alchourron y E. Bulygin, según la cual la derogación es un acto de rechazo de una norma («La concepción expresiva de las normas», cit.).

a.1) La derogación entre disposiciones de distinto rango

El hecho de que la disposición derogada sea de rango jerárquico inferior al de la disposición derogatoria puede suministrar una razón para justificar la derogación.

En efecto, desde el punto de vista de la teoría del Derecho de matriz kelseniana, la coherencia no es una condición de validez de las normas y disposiciones jurídicas[24]. Sólo lo es en aquellos ordenamientos en los que se atribuye una fuerza o eficacia jurídica a cada tipo de fuente estableciéndose una gradación normativa en el sistema. En estos casos, el respeto por lo establecido en las disposiciones o normas de grado superior se convierte en una condición de validez de las disposiciones jurídicas[25]. De la fuerza jurídica (a través del concepto de fuerza pasiva) deriva, por tanto, una condición más para evaluar la validez de las disposiciones jurídicas. Pero deriva también (a través del concepto de fuerza activa) la posibilidad de que una fuente disponga sobre las disposiciones normativas establecidas por otra fuente de fuerza o eficacia jurídica inferior. La derogación expresa de disposiciones normativas de fuerza inferior sería, así, una consecuencia de la potestad normativa de cada fuente.

a.2) La derogación entre disposiciones del mismo rango

La fuerza jurídica de las normas no proporciona en principio, es decir, salvo que así se establezca expresamente en el ordenamiento, una base para la justificación de la derogación expresa entre disposiciones de igual rango. Entre disposiciones del mismo rango es necesaria una justificación adicional.[26]

Tradicionalmente se ha explicado la derogación entre disposiciones de igual rango sobre la base de un cambio de voluntad del sujeto que detenta la potestad normativa. Ahora bien, el *criterio voluntarista*, por sí mismo, es decir, sin respaldo jurídico en el ordenamiento,

---

[24] Una norma jurídica será válida si ha sido producida por un acto jurídico válido, con independencia, por tanto, del contenido de la misma.

[25] Éste es también el caso del Derecho español, donde la jerarquía normativa se reconoce con carácter general (art. 9.3 CE) y de modo particular (art. 164 CE y 39.1 LOTC, respecto a la Constitución y las leyes: art. 97 CE y art. 62.2 LPA, respecto a los reglamentos y las leyes y art. 51.2 LPA. respecto a los distintos reglamentos entre sí).

[26] Ello, obviamente, siempre que no exista una norma de distribución competencial entre ambos tipos normativos que impida a la norma de fuerza superior regular en el ámbito material de la norma de fuerza inferior. Por ejemplo, en el caso del derecho español, una ley no podría derogar un reglamento parlementario.

carece de fundamento, pues una voluntad posterior no es mejor por el hecho de ser posterior y, si el ordenamiento no lo reconoce, el efecto derogatorio no se produce; es más, todo parece indicar que en la alta Edad Media se observó la regla contraria, esto es, la prevalencia del Derecho viejo sobre el nuevo[27]. Acaso la raíz del funcionamiento del criterio voluntarista pudiera encontrarse más tarde en que el efecto derogatorio no se predicaba de una norma cualquiera, sino de la Ley, concebida como expresión de la soberanía[28]. Pero en el Estado constitucional actual, donde la norma que expresa la soberanía es la Constitución, a la que están sometidas todas las demás normas, incluida la Ley, la *facultas abrogandi* tiene que encontrar su fundamento en la Constitución. El problema es que en la mayor parte de las Constituciones no se reconoce expresamente esta facultad. ¿Cuál es entonces su fundamento?

El fundamento constitucional de la *facultas abrogandi* se vincula al *carácter inagotable de las fuentes,* es decir, al hecho de que la potestad normativa otorgada a un sujeto por las normas sobre la producción no es para un determinado número de actos, sino para una serie indefinida de ellos, pues de lo contrario el ordenamiento se petrificaría[29]. De aquí deriva una importante consecuencia: ningún poder constituido puede declarar la inderogabilidad de alguna de sus normas por futuras manifestaciones de ese mismo poder, ya que en ese caso estaría ejerciendo una función propiamente constituyente que no le corresponde. Con todo, esto sólo demuestra que ningún poder constituido puede impedir que ese mismo poder transforme en el futuro el ordenamiento, y, por tanto, permite entender por qué funciona la derogación expresa, pero todavía no explica por qué la potestad normativa es también una potestad para derogar normas anteriores. Pues bien, a este respecto es preciso tener en cuenta lo que, de cara a la derogación, supone el modelo de Estado *democrático*[30]: la voluntad popular, expresada directa o indirectamente en las normas, carecería de virtualidad práctica si no se reconociese que éstas pueden ser modificadas. Por lo demás, también el pluralismo político

---

[27] Vid. M. García-Pelayo. «La idea medieval del Derecho», en *Del mito y de la razón en el pensamiento político,* Madrid, Ed. Revista de Occidente, 1968, págs. 89 ss.

[28] Vid. La crítica de A. Merkl a la fundamentación voluntarista de la derogación y su teoría de la *Derogationsnorm* de la Constitución, es decir, la norma constitucional que establece el efecto derogatorio («L'unità giuridica dello stato austriaco (Ricerca pubblicista alla luce della dottrina della *lex posterior*)», en *Il duplice volto del diritto (il sistema kelseniano e altre saggi)*, Giuffrè, Milán, 1987, págs. 147 ss.).

[29] S. Pugliatti, «Abrogazione...». cit., págs. 142-143 y G. Zagrebelsky, *Diritto Costituzionale...,* cit., págs. 39 ss.

[30] Vid. M. Patrono, «Legge (vicende della)», en *Enciclopedia del diritto,* XXIII, Milán, 1973, págs. 904 ss.

que el Estado democrático incorpora como uno de sus valores fundamentales quedaría vacío de contenido si no se admitiese que una eventual mayoría política diferente a otra anterior pudiese cambiar las normas dictadas por ella[31].

b) La derogación tácita

El asunto consiste en saber si hay en el ordenamiento jurídico algún principio lógico que impida la existencia de normas de contenido contradictorio y que pueda ser, por tanto, el fundamento de este tipo de derogación.

En este punto, debemos concluir con Bobbio[32] que en el ordenamiento no hay una exigencia lógica de coherencia normativa. Más exactamente: sobre el legislador no pesa ninguna carga de legislar coherentemente, de modo que cuando una contradicción normativa se produce no hay ningún principio ínsito a la propia idea de ordenamiento que haga suponer que la norma posterior «deroga» a la anterior. La imposibilidad de satisfacer al mismo tiempo dos normas incompatibles, que es a lo que conduce una contradicción o incoherencia normativa, podría resolverse simplemente inaplicando la anterior o la posterior (piénsese en un ordenamiento de tipo tradicionalista) o las dos, pero desde luego no ha de resolverse necesariamente haciendo cesar la vigencia de la anterior en el tiempo. La derogación sólo tendrá lugar en la medida en que el propio ordenamiento así lo determine[33], es decir, en la medida en que exista una norma sobre la producción jurídica que establezca el efecto derogatorio[34]. El mero

---

[31] Sobre el fundamento de la potestad derogatoria en general, vid. L. M. Díez-Picazo, *La derogación de las leyes,* cit., cap. V.

[32] N. Bobbio, *Teoría general del Derecho* (1958-1960), versión cast. de E. Rozo, Bogotá, Temis, 1987, págs. 205 ss.

[33] Ésta es la posición mantenida por A. Merkl (vid., por ejemplo, «L'unità giuridica dello stato austriaco», cit., págs. 147 ss.). Es interesante, a este respecto, el cambio de postura de H. Kelsen, quien en su *Teoría pura del Derecho* (1960) mantiene el carácter lógico de la derogación, mientras que más tarde, sobre todo en el escrito «Derogation» (1962), cit., observa expresamente que la derogación no es un principio lógico, sino sólo la función de una norma jurídica positiva que se aplicará en la medida en que se haya establecido por el ordenamiento. Vid. también, T. Mazzarese, *Logica deontica e linguaggio giuridico,* CEDAM, Padova, 1989, pág. 89.

[34] Tampoco en este punto me parece satisfactorio el planteamiento de C. Alchourron y E. Bulygin («La concepción expresiva de las normas», cit.) quienes, configurando la derogación como un acto de «rechazo», equiparan cualquier norma con un rechazo de otra norma anterior antinómica con ella. Es decir, no distinguen entre derogación expresa y derogación tácita (Comparten esta crítica J. Aguiló [«Derogación...», cit., pág. 271], que restringe la noción de rechazo a las cláusulas

carácter sucesivo de las normas no puede fundamentar por sí mismo la derogación, pues «desde la óptica de la pura lógica una norma no es de mejor calidad o de mayor fuerza por el mero hecho de ser más reciente en el tiempo»[35].

El problema es que los ordenamientos actuales no suelen reconocer la derogación tácita o, mejor dicho, no suelen reconocerla como exigencia de coherencia impuesta al legislador[36]. La única exigencia de coherencia que cabe encontrar en los ordenamientos actuales es la que se impone sobre los jueces, en el sentido de que al no poder satisfacer al mismo tiempo dos regulaciones normativas contradictorias tienen que escoger entre una y otra[37]. Una exigencia que se traduce, por tanto, en una simple regla de preferencia en sede de aplicación.

En suma, ni derogación expresa ni derogación tácita son principios lógicos del ordenamiento, sino histórico-jurídicos. Es decir, su funcionamiento viene regulado expresamente por normas sobre la producción jurídica, de cada concreto ordenamiento.

- En el caso de la derogación expresa, la norma sobre la producción jurídica que determina el efecto derogatorio es la misma disposición derogatoria, pues la derogación expresa encuentra su fundamento constitucional en el propio ejercicio de la potestad normativa (en cuanto potestad inagotable) en un Estado democrático.

---

derogatorias concretas y R. Guastini, quien certeramente afirma que «al permitir un comportamiento anteriormente prohibido el legislador *instaura,* no resuelve, una antinorma» [«In tema di abrogazione», cit., pág. 91). Justamente esta falta de distinción entre la derogación expresa y la tácita conduce a C. Alchourron y E. Bulygin a afirmar que la derogación y la ordenación de las normas son procedimientos equivalentes porque conducen a resultados sustancialmente idénticos, pues «los contenidos normativos que son «dejados de lado» al ser preferidos otros... son tan inaplicables... como si estuvieran derogados» (Ibídem, pág. 145-146).

En mi opinión, la derogación expresa es diferente de la ordenación en virtud del criterio de la *lex superior,* dado que sus efectos son distintos (en este sentido, concuerdo con J. Aguiló, Ibídem, pág. 274),pero es también diferente de la ordenación en virtud del criterio de la lex *posterior* (y en esto discrepo de J. Aguiló, Ibídem, para quien es semejante y tiene consecuencias idénticas a la derogación), pues su fundamento y efectos son distintos, como se intentará poner aquí de relieve.

[35] L. M. Díez-Picazo, *La derogación de las leyes,* cit., pág. 62.

[36] Así sucede, por ejemplo, en el derecho español, donde la derogación tácita está regulada en el art. 2.2 Código civil. Tal precepto tiene sólo fuerza de ley, por lo que será vinculante para el Reglamento, pero no para las leyes, que podrán disponer otra cosa respecto a sí mismas. Para éstas sólo tiene un carácter supletorio. En este sentido, y por lo que respecta a las leyes, puede decirse que este artículo es una norma sobre la aplicación del derecho dirigida a los jueces, y no sobre la creación.

[37] Una exigencia que suele encontrar respaldo jurídico en la prohibición de resoluciones *non liquet* ante casos de contradicciones normativas.

- En el caso de la derogación por incompatibilidad se producirá el efecto derogatorio en los casos en que exista una norma sobre la producción jurídica (distinta de la disposición derogatoria) que así lo determine. Pero si no hay una norma sobre la producción jurídica que produzca el efecto derogatorio, la derogación tácita se resuelve en una simple regla de aplicación. En cualquier caso, tanto si se produce efecto derogatorio como si no, la derogación tácita plantea siempre, corno ahora veremos, un serio problema en sede de interpretación y aplicación.

III. El efecto derogatorio: derogación expresa vs. derogación tácita

Como se desprende de lo dicho hasta aquí, la distinta naturaleza de la derogación expresa y la tácita tiene que reflejarse también en la diversidad de los efectos que producen.

En el caso de la derogación expresa se produce el efecto derogatorio tal y como ha sido descrito, es decir, la cesación de la vigencia de las disposiciones expresamente derogadas. La eficacia *ex nunc* de la derogación, la ultraactividad de las disposiciones derogadas y la posibilidad de anularlas son algunas de las características más relevantes de este tipo de derogación.

En el caso de la derogación tácita, sin embargo, hay que distinguir aún, dependiendo de que la incompatibilidad se produzca entre normas del mismo o de distinto grado.

a) Si la incompatibilidad se produce entre normas del mismo grado jerárquico, caben todavía dos supuestos

a.1) Que no exista una norma sobre la producción jurídica que determine la producción del efecto derogatorio

En este caso, lo único que puede hacer el juez es salvar la antinomia dando preferencia a la norma posterior sobre la anterior. Es decir, el criterio de la *lex posterior* funciona aquí como una simple *regla de aplicación,* dejando, en consecuencia, intactas las normas preteridas. El problema que se plantea no es sólo que la norma inaplicada continúa en vigor, con lo que es posible que pueda ser aplicada en el futuro, sino que, incluso con independencia de esto, cada intérprete puede entender que concurre o no incompatibilidad normativa, por lo que casos sustancialmente idénticos recibirán en el

ordenamiento soluciones distintas, salvo, naturalmente, la mitigación de este fenómeno que puedan producir los eventuales mecanismos unificadores de jurisprudencia.

a.2) Que exista una norma sobre la producción jurídica que establezca la producción del efecto derogatorio

Se determinaría en este caso una cesación de la vigencia de la norma anterior incompatible. Pero como la incompatibilidad se produce entre «normas» y no entre «disposiciones» jurídicas nos encontraríamos aquí, de nuevo, con que la discrecionalidad interpretativa podría dar lugar a una gran disparidad de soluciones para el mismo tipo de supuestos. En suma, pues, el resultado es el mismo tanto si existe una norma sobre la derogación como si tal norma no existe (o si, como sucede en España, dicha norma no es en sentido estricto vinculante para el legislador), ya que en ambos casos la discrecionalidad interpretativa desempeña análogo papel.

b) Si la incompatibilidad se produce entre normas de distinto grado jerárquico y la norma superior es también la posterior, en la resolución de la antinomia confluyen dos principios: el de la lex posterior y el la lex superior En este caso caben también dos supuestos

b.1) Que exista una norma sobre la producción jurídica que establezca el efecto derogatorio.

Estaríamos aquí ante la misma situación que en a.2), sólo que en este caso la norma derogada es de rango inferior al de la norma derogante.

b.2) Que no exista una norma sobre la producción jurídica que determine el efecto derogatorio

Aquí no cabe hablar de derogación, pero si el ordenamiento establece la coherencia normativa como condición de validez de las normas y disposiciones jurídicas[38] estaremos ante un caso de «invalidez

[38] Lo que sucede, como es sabido, cuando el propio ordenamiento establece una gradación normativa sobre la base de asignar distinta fuerza jurídica a cada tipo de fuente.

sobrevenida» de la norma de grado inferior. Es decir, en puridad, se trataría de una antinomia resoluble por el criterio jerárquico y no de un caso de derogación[39]. La labor del intérprete consistirá en identificar e inaplicar la norma que ha devenido inválida sobrevenidamente y, en su caso[40], y siempre que sea competente para ello, en declarar incluso la invalidez de la disposición que contiene la norma.

El problema es que no todos los jueces suelen tener competencia para declarar la invalidez de la disposición en cuestión, por lo que mientras esta declaración de invalidez no se produzca y cause, por tanto, efectos *erga omnes,* la discrecionalidad judicial, unida a la falta de mecanismos de unificación jurisprudencial, puede dar lugar a soluciones muy distintas ante casos sustancialmente idénticos. Es decir, mientras un intérprete puede apreciar incompatibilidad normativa, inaplicando, en consecuencia, la norma que estima inválida, otro intérprete puede estimar que tal incompatibilidad no se produce.

IV. Una última reflexión: la derogación y la seguridad jurídica

Creo que podría afirmarse que la finalidad de la derogación no consiste tanto en hacer posible el cambio del sistema jurídico, dado que este tiene lugar al margen de que exista o no el instituto derogatorio, cuanto en procurar la ordenación necesaria para garantizar la cognoscibilidad y la certeza del Derecho aplicable en cada momento. Es, en este sentido, un instrumento al servicio de la seguridad jurídica.

Hemos dicho en este trabajo que la derogación expresa hace cesar la vigencia de las disposiciones jurídicas. La derogación tácita, por el contrario, ya se conciba en clave de mera regla de preferencia, de derogación o de invalidez sobrevenida, termina resolviéndose en un problema de interpretación que, sobre todo allí donde no existen mecanismos fuertes de unificación jurisprudencial, puede constituir una seria amenaza para la certeza del Derecho y para la igualdad en su aplicación. Al final, por tanto, la derogación tácita plantea un problema

[39] En efecto, si no existe una norma que produzca el efecto derogatorio no se producirá derogación, pues la invalidez, por sí misma, no equivale a la pérdida de vigencia de la norma. Por ejemplo, un reglamento ilegal podrá ser inválido, pero mientras el tribunal competente no lo declare el reglamento sigue vigente y lo único que pueden hacer el resto de los jueces y tribunales es inaplicarlo. Vid., no obstante, la solución adoptada por el T.C. español para la inconstitucionalidad de las leyes anteriores a la Constitución, fenómeno que configura como un caso de derogación y de invalidez sobrevenida, simultáneamente (por ejemplo, STC 11/1981, de 8 de abril).

[40] Es decir, cuando la norma en cuestión constituya la única interpretación posible de la disposición que la contiene.

de *inseguridad jurídica,* en el sentido de falta de certeza o de conocimiento claro de las normas vigentes, y, derivadamente, de *desigualdad en la aplicación de la ley,* pues si la valoración de la derogación de una norma se deja en manos de los operadores jurídicos, es muy posible que no todos ellos la estimen unánimemente derogada (o no derogada)[41]. Frente a la rotundidad y seguridad que proporciona la derogación expresa -no sólo por establecer claramente qué disposiciones no podrán en adelante ser usadas para recabar normas jurídicas, sino también por la posibilidad de que se establezca un régimen de transitoriedad preciso- la llamada derogación tácita sitúa a los operadores jurídicos, y al mismo ciudadano, ante un desconcierto de normas que hace difícil saber cuál es en cada momento la regulación de una materia y que ciertamente nos aleja de aquél espíritu revolucionario de cognoscibilidad y previsibilidad del Derecho que inspirara la Codificación[42]. Si se considera además que vivimos en la época de la «legislación motorizada» y de la «pulverización» del derecho legislativo[43] se hace, si cabe, más acuciante la necesidad de poner en marcha técnicas que permitan poner orden en la ingente -y casi siempre caótica- variedad de normas existente para no alejarnos demasiado de ese ideal de certeza. En este panorama, la derogación expresa se presenta como un instrumento capital de la seguridad jurídica, pero también del modelo constitucional democrático, que si responde primariamente a la idea de participación popular en la elaboración de las leyes tiene que comprender también, necesariamente, la exigencia de conocimiento certero de cuáles están en vigor, pues lo contrario no deja de ser un vaciamiento del primer sentido. Creo, en definitiva, que de la comprensión de la naturaleza y de los efectos que surte la llamada derogación tácita debería extraerse alguna enseñanza para la política legislativa.

---

[41] «Derogación *jurisprudencial*» denomina significativamente R. Guastini a este tipo de derogación, «In tema di abrogazione», cit.

[42] Precisamente por ello, ha podido decirse, refiriéndose a la derogación innominata, que se trata de una técnica digna de crítica por constituir una de las principales causas de confusión legislativa (V. Italia, *La fabbrica delle leggi,* Giuffrè, Milán, 1990, pág. 13).

[43] Vid. las reflexiones de G, Zagrebelsky en *Il diritto mite,* Torino, Einaudi, 1992, cap. II, epígrafe 4.

DOXA 15-16 (1994)

¿NEUTRALIDAD O PLURALISMO EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO? INTERPRETACIÓN JUDICIAL E INSUFICIENCIA DEL FORMALISMO [1]

Texto y contexto

En este trabajo se pretende reflexionar sobre el tipo o la calidad de la aproximación que el texto de la ley permite hoy al juez-intérprete. Con ese fin se toma en consideración, no sólo el modo de ser ideal de aquél, sino también el antimodelo que halla cada vez mayor grado de realización en la producción legislativa que nos abruma (y que, como se verá, encuentra en un lamentable texto legal reciente una expresión ciertamente paradigmática). Se tiene en cuenta, asimismo, una dimensión de la actividad judicial -la relativa a la *quaesio facti*- escasamente atentida, cuando paradójicamente es la que permite al juez mayor uso de la discrecionalidad. Y, en fin, se atiende a algunas otras particularidades del marco en que se desarrrolla en la actualidad la aplicación judicial del derecho (preferentemente del derecho punitivo), que contribuyen hoy a hacerla notablemente problemática y resistente al viejo intento de tipificación desproblematizadora. Todo ello, con la pretensión de contribuir, siquiera sea tendencialmente, a hacer más visibles algunos momentos de *poder* relativamente ocultos, en el ejercicio de la jurisdicción y éste más transparente y asequible a formas de control racional compatibles con el principio de independencia.

Con ese fin, se parte de una opción de campo consistente en situar la exposición en el terreno de la que, con palabras de Luigi Ferrajoli, llamaré «interpretación operativa»; o sea la que «tiene por objeto, más que las normas, las concretas experiencias jurídicas en las que el ope-

[1] En 1992, días 24-26 de septiembre, fui invitado por Roberto Bergalli a intervenir en el IV Congreso Español de Sociología, dentro del área de sociología del Derecho, con el tema «¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho?». El presente texto conserva ese título, por su expresividad, y tiene aquella exposición como punto de partida.

rador, se encuentra personalmente implicado e interesado, en cada ocasión»[2]. O si se quiere, el juego de la norma en la experiencia de su aplicación -aquí, preferentemente judicial- al caso concreto.

En definitiva se trata de discurrir acerca del papel de un determinado tipo de intérprete, como agente de la mediación entre un *texto* y un *contexto*. Tomando aquí «texto», no en el sentido que le da Van Dijk[3], de construcción teórico-abstracta, que preexiste al y se actualiza en el «discurso» interpretativo. Porque el jurista *operativo* no actúa a partir de un «texto» así entendido como *«monólogo»,* en la medida en que, como ha escrito Ross, «la interpretación no tiene punto de partida lingüístico independiente»[4]; sino, antes bien sobre algo más próximo a la idea del *«discurso interactivo»*[5], sobre un complejo integrado no sólo por la disposición o disposiciones legales -con sus problemas específicos, a los que aludiré-, sino también y a la vez por una situación fáctica, por un conjunto de datos empíricos. Una(s) y otra, que se interpelan recíprocamente, tienen que ser *leídas* en esa relación de mutua implicación, en la que ya se encuentran desde el comienzo de la operación que nos ocupa. Relación en la que la norma es «lenguaje en uso», instrumento «para la solución de problemas prácticos»[6].

Por «contexto» se toman ciertos datos de la realidad, de particular incidencia en la tarea de que se trata: la inevitable colocación del juez-intérprete en el marco de algunos parámetros de naturaleza político-cultural (hoy, a veces, directamente política) y también de carácter institucional[7]; la dimensión constitutivamente conflictual

---

[2] L. Ferrajoli, «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, I/1966, pág. 292.

[3] T. A. Van Dijk, *Estructuras y funciones del discurso,* trad. de M. Gann y M. Mur, Siglo XXI, México, 7ª. ed. 1991, págs. 19-21.

[4] A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia,* trad. de G. R. Carrió, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2ª. ed., 1970, pág. 140.

[5] Cfr. M. Stubbs, *Análisis del discurso. Análisis sociolingüístico del discurso natural,* trad. de C. González, Alianza Editorial, Madrid, 1983, págs. 23-24.

[6] M. Barberis, *Il diritto come discorso e come comportamento,* Giappichelli editore, Turín, 1990, págs. 90 y 97.

[7] Puede verse en Elías Díaz, «Escrito preliminar a la edición española» de: Renato Treves, *El juez y la sociedad,* trad. de F. Laporta y A. Zaragoza, revisada y anotada por L. Mosquera, Edicusa, Madrid, 1974, pág. 8, una temprana demanda de atención a estas variables como precondición para comprender la verdadera realidad del trabajo del juez.

del tema sometido, en cada caso, a su consideración; la necesidad de dar una solución -que responda idealmente a *la verdad* de los hechos-, plausible en términos empíricos, a un problema, mediante la aplicación de un precepto.

Parece innecesario decir que ambos niveles de reflexión resultan ser hoy especialmente problemáticos. Y no sólo porque presentan aspectos teóricos de interés. Sino -y diría que, ahora, sobre todo- porque en ellos se expresan cuestiones de evidente alcance práctico-político.

«El problema de la interpretación tiende, pues, a hacer emerger, como un componente propio, el problema del papel del jurista, en particular del juez», escribía Pietro Costa[8]. Para señalar, como en ese campo, al menos relativamente pacífico en algún momento anterior, fueron a proyectarse después en toda su crudeza ciertas vicisitudes de la instancia judicial, que, puesto que se producen en su interrelación con las demás instancias políticas y en su modo de relacionarse también con la propia sociedad, son una parte de las relativas al *gobierno* de esta última. Atañen a las vicisitudes -la crisis, o, si se quiere, la situación crítica-, en suma, que atraviesa el vigente modelo de Estado.

Inviabilidad de una concepción «hidráulica» del derecho

Volviendo a las cuestiones del *texto,* parecería que la amplia aceptación de opiniones como la ya clásica de Carrió, de que «la indeterminación marginal del orden jurídico es algo con lo que tenemos que contar»[9]; o la bastante más reciente de Luzzati de que la imprecisión del significado de las palabras, con referencia a las normas, es algo que «ni siquiera los métodos más sutiles de reducción de la vaguedad son capaces de eliminar completamente»[10]; podrían tomarse como síntoma de una definitiva superación del punto de vista de formalismo dogmático[11].

---

[8] P. Costa, «La alternativa «presa sul serio»: manifesti giuridici degli anni settanta», en *Democrazia e diritto,* 1-2/1987, pág. 20. (Trad. castellana en «Italia, años 80. Derecho, política y democracia», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* nº. 30/1990.

[9] G. R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 2ª. ed. 1979, pág. 70.

[10] C. Luzzati, *La vaghezza delle norme, Un'analisi del linguagio giuridico,* Giuffrè, Milán, 1990, pág. 95.

[11] Uso aquí «formalismo» en el sentido en que lo hizo Scarpelli, «Introduzione all'analisis delle argomentazioni iudiziarie», en *Diritto e analisi del linquaquio,* ed. del autor, Edizioni di Comunita, Milán, 1976, que calificaba de «formalista» a aquel que, «entre los juristas, considera que el lenguaje jurídico, en el que el derecho se expresa, tenga una lógica autosuficiente e íntegramente determinante de las operaciones de interpretación y de aplicación del derecho mismo» (pág. 409).

Pero éste no deja de hacerse patente, con frecuencia de manera implícita, pero también explícitamente en ocasiones. Tal es, entre nosotros, el caso de Requejo Pagés, sumamente ilustrativo, como expresión de lo que el propio Scarpelli[12] considera un radicalismo con escasa presencia en los medios científicos. Pero que, a mi juicio, permanece vivo en la percepción que se tiene del propio rol en un amplio sector, el más tradicional, culturalmente y políticamente hablando, de la magistratura[13].

Concibe ese autor el ordenamiento como un sistema cerrado que, «sin necesidad de recurrir a nuevos datos que le son externos, sino sirviéndose de los que ya puede proporcionarse, se desumbilica de su entorno y funciona por sí mismo cumpliendo el cometido que le corresponda, en el caso de los sistemas jurídicos, ordenando conductas». Después, asimila el «sistema jurídico» a «una red de distribución de agua». Para concluir, apurando el pueril símil hidráulico, que «el juez debe limitarse a recoger en el continente de sus resoluciones el producto que le llega desde las primeras fases del ordenamiento. No puede añadirles nada. Si según su parecer el producto con el que se encuentra adolece de algunas insuficiencias, no le está permitido corregir *motu propio* tales deficiencias. Lo que debe hacer es remitirlo al laboratorio de análisis químicos, es decir al Tribunal Constitucional, único órgano habilitado para enjuiciar la calidad del producto y obligar en su caso a los operadores primarios del sistema a que corrijan las deficiencias por él observadas. Quien clora las aguas no es el juez que abre la llave, sino el legislador que decide la composición del líquido contenido en el depósito[14].

Desde otra perspectiva, desde luego más atendible, se ha postulado la reserva del término «interpretación» para los supuestos «de duda» («situación de interpretación»); por oposición a los supuestos de *«claritas»*, en los que lo que existe es una «situación de isomorfia»[15].

Me parece, sin embargo, que cuenta con mayor adherencia a la realidad de la tarea que nos ocupa el punto de vista que, formulado

[12] U. Scarpelli, *op. cit*., pág. 409.

[13] Se trata también del sector más resistente frente a la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales. Precisamente porque la banalización del momento interpretativo permite a estos jueces autopresentarse como «bouche de la loi», condición ésta donde -para el formalista- radica la garantía.

[14] J. L. Requejo Pagés, *Jurisdicción e independencia judicial,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 111 y 153-154.

[15] J. Wroblewski. *op. cit.,* pág. 24.

inicialmente por Tarello[16], ha expresado también Guastini, y que contrasta abiertamente con el que acaba de aludirse. Para este autor, limitar la existencia de verdadera y propia interpretación a los casos difíciles, nueva versión del *in claris non fit interpretatio,* es perder de vista que ya la misma distinción entre casos «claros» y casos «oscuros» -que obviamente presupone un acto interpretativo- es discutible. Pero sobre todo, es olvidar que la interpretación no puede entenderse como actividad puramente «cognoscitiva», pues «no existe una cosa como el «significado propio» de las palabras: las palabras tienen sólo el significado atribuido por quien las usa y/o por quien las interpreta. Por tanto, el significado es cambiante, y toda decisión interpretativa es siempre, en alguna variable medida, arbitraria»[17].

Recuperar la *quaestio facti*

Esto, que puede admitirse con carácter general[18] incluso en una perspectiva *meramente textual,* es decir, aun situándose en un supuesto hipotético de *pura* interpretación *doctrinal,* se hace mucho más patente en el plano de la interpretación *operativa,* por la incorporación de una concreta *cuestión de hecho*.

Tal incorporación acontece no como un fenómeno aleatorio, que fuera consecuencia de la eventual aplicación de una regla de derecho a un hecho extra o pre-jurídico, sino como un dato en cierta manera necesario, porque «la norma jurídica y la experiencia prevista por ella no son entrañables una de la otra, sino que, por el contrario, se

[16] El intérprete pone de relieve, decide, o propone el significado que atribuye a un documento, constituido por uno o más enunciados, cuyo significado no está en modo alguno preconstituido a la actividad del intérprete, sino que es su resultado; antes de la actividad del intérprete, del documento objeto de interpretación sólo se sabe que expresa una o más normas, no cuál sea o cuáles sean esta norma o normas: «norma» significa simplemente el significado que se ha dado, o se ha decidido dar, o se ha propuesto que se dé, a un documento del que se entiende, conforme a indicios formales. que expresa alguna directiva para la acción. (G. Tarello, *L'interpretazione della legge,* Giuffrè, Milán, 1980, págs. 63-64).

[17] R. Guastini, *Dalle fonti alle norme,* G. Giappichelli Editore, Turín, 1990, págs.84-86.

[18] Y entiendo con Ruiz Miguel que, efectivamente, «no deben exagerarse las dificultades de la comunicación lingüística hasta creer que la existencia de lagunas o de ambigüedades en el derecho impida decir que hay decisiones judiciales que aplican y se adecuan a criterios abstractos preexistentes» («Creación y aplicación en la decisión judicial», *Anuario de Filosofía del Derecho,* 1984, pág. 24). Aunque, quizá por deformación profesional, me gustaría matizar en el sentido de preexistentes *en algún grado*.

dan conectadas por una relación semántica. De este modo, en realidad, la eficacia o relevancia de una experiencia jurídica se configura como la significatividad de ésta en términos normativos», porque «no hay un hecho y una norma en espera de ser unidos por un acto de calificación del hecho o de aplicación de la ley. Las proposiciones normativas tienen sentido en cuanto hacen referencia a una experiencia jurídica designada como posible, es decir, en cuanto pueden denotar experiencias jurídicas concretas»[19].

Así las cosas, en contra de lo representado por una imagen cara a cierta mitología judicial, el juez, como intérprete *operativo* por antonomasia, no está nunca «solo», pero menos aún «a solas con la ley», *frente al* caso.

A partir de esta constatación, podría decirse que el grado de complejidad de -y el margen que se abre a- la tarea de *atribución de significado* crece en proporción directa al grado de proximidad del intérprete a la *quaestio facti*[20].

Es decir, al operar, como lo hace el juez, en el marco de un sistema escalonado de instancias, hay siempre un primer momento de máxima contigüidad al segmento de experiencia jurídica sometido a su consideración. En él, se hace preciso entrar -con el lenguaje como único vehículo- en relación directa con los sujetos implicados[21], con las diversas fuentes de prueba; tomar contacto con la situación a examen, recibiendo así todo un cúmulo de informaciones que deben ser tratadas procesalmente, tamizadas en el juego de las reglas del método probatorio, evaluadas en función de su mayor o menor relevancia o aptitud para integrar un «supuesto de hecho», en cuya *construcción* como tal el que enjuicia participa de manera a activa[22].

Naturalmente ese encuentro está también lejos de darse «a solas con los hechos»: de poco serviría tratar de escapar a aquel normativismo ingenuo para caer en cierto ontologismo o inductivismo de equivalente grado de ingenuidad y de irrealidad[23].

---

[19] L. Ferrajoli, *op. cit.,* págs. 299, nos. 23 y 300.

[20] Cfr. al respecto L. Prieto Sanchís, *Ideología e interpretación jurídica,* Tecnos, Madrid, 1987, pág. 88.

[21] «Los titulares de las situaciones procesales... dialectizan lingüísticamente las propias posiciones» (M. Menna, *Logica e fenomenologia della prova,* Jovene Editore, Nápoles, 1992, pág. 3).

[22] Como ha escrito F. J. Ezquiaga Ganuzas, «la imagen (del juez) como mero observador es falsa. El juez construye el objeto...» («Los juicios de valor en la decisión judicial», *Anuario de Filosofía del Derecho,* 1964, pág. 35).

[23] «Los hechos son complicados, los hechos sociales son los más complicados entre los hechos. El mismo hablar de hechos, como si los hechos estuvieron allí tranquilamente por su cuenta esperando nuestro conocimiento fáctico, es un modo ingenuo de expresarse, que oculta gruesas complicaciones epistemológicas...» (U. Scarpelli, *op. cit.,* pág. 415).

El tratamiento judicial de los hechos se produce ya, y desde el primer momento, *sub specie iuris* y en el marco de alguna o algunas hipótesis normativas, que actúan a modo de hilo conductor y circunscriben el desarrollo del proceso en tanto que proceso de adquisición de conocimiento, delimitando al mismo tiempo el espacio de la interpretación. Que es, pues, como escribió Frank, también «interpretación de los hechos»[24], de los diversos discursos acerca de los mismos que confluyen en el juez.

Esta dimensión de la interpretación ha sido especial y lamentablemente descuidada por los teóricos[25], como el resultado ciertamente negativo de contribuir, al menos implícitamente, a la identificación de la tarea del intérprete como un simple acto de lectura de *textos*.

Tal circunstancia ha contribuido, de un lado, a generar la falsa percepción de las cuestiones de hecho como algo previo y exterior al momento propiamente *jurídico,* dentro del fenómeno global de la aplicación del derecho. Ha alimentado una falsa conciencia sobre los hechos, concebidos como algo *dado* y significativos por sí mismos, propiciando, correlativamente, la inteligencia de «los juicios de hecho (...) como simples constataciones del 'dato bruto'»[26]. Y ha favorecido, lamentablemente, el olvido de la dimensión esencialmente *discursiva* de los mismos.

De otra parte, el sensible abandono de la *quaestio facti,* por considerarla, al menos tácitamente, irrelevante desde el punto de vista de la ciencia del derecho, ha contribuido a abrir una zona de «'discrecionalidad en cuanto a los hechos' o 'soberanía' virtualmente incontrolada e incontrolable, (que) ha sido pasada por alto por la mayoría de los juristas»[27].

De este modo, mientras la amplia reflexión suscitada a lo largo de los años a propósito del tratamiento de la *quaestio iuris* ha ido poniendo a disposición de los operadores del derecho con sensibilidad crítica un amplio abanico de recursos teóricos y, sobre todo creando en ellos conciencia de determinadas dificultades, el tratamiento de la *quaestio facti* aparece *objetivamente* confiado a la intuición[28], a la apreciación *ingenua* del aplicador de aquél, para quien,

---

[24] J. Frank, *Derecho e incertidumbre,* trad. de M. Bidegain, revisión de G. R. Carrió, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, pág. 79.

[25] Un interés, seguramente excepcional entre nosotros, por las cuestiones de hecho en la interpretación, puede verse en F. J. Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.,* en especial págs. 34-37.

[26] G. Ubertis, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale,* Giuffrè, Milán. 1979, pág. 25. Más recientemente, esta misma preocupación se hace perceptible en J. Calvo González, *El discurso de los hechos,* Tecnos, Madrid, 1993.

[27] J. Frank. *op. cit.,* pág. 76.

[28] Este punto de vista tiene frecuente expresión en la jurisprudencia de la Sala

sintomáticamente, no se prevé ninguna formación específica al respecto[29].

Incluso, la asimilación del interés por los hechos -y la correlativa llamada de atención acerca de lo que hay de falaz en la certeza del derecho que pretenda obtenerse de espaldas a la dimensión problemática que ellos representan-, a alguna forma de escepticismo jurídico, de subrepticio realismo a la americana, ha contribuido a situar a cualquier manifestación de ese interés bajo sospecha.

Cuando la verdad es que la adecuada comprensión del fenómeno de la aplicación del derecho en toda su complejidad, exigiría, probablemente, situarse más lejos del «formalismo dogmático» que del «conductismo judicial»[30]. Porque, me atrevería a decir, la propia configuración efectiva del ordenamiento, que tantas veces reduce al primero a pura retórica, ofrece amplias posibilidades al segundo en no pocos supuestos[31], por mucho esfuerzo que se ponga en la invitación a concebir la función judicial *sub specie* de fontanería, como en el caso del autor a que antes se hizo referencia.

Segunda del Tribunal Supremo. Así en la sentencia de 12 de febrero de 1993, ponencia de Conde Punipido, donde puede leerse que la convicción que produce la llamada prueba directa «depende de una sene de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición, que no son expresables a través de una motivación».

[29] Como ha señalado M. Atienza, «la teoría de la argumentación jurídica dominante se centra en las cuestiones -los casos difíciles- relativas a la interpretación del Derecho... [si bien] la mayor parte de los problemas sobre los que tienen que conocer y decidir tanto los tribunales como los órganos no jurisdiccionales de la Administración son más bien problemas concernientes a los hechos, de manera que los argumentos que tienen lugar con ocasión de los mismos caen fuera del campo de estudio de las teorías usuales de la argumentación jurídica» (*Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica,* Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991, pág. 20).

[30] Tomo la expresión de L. Hierro, *El realismo jurídico escandinavo,* Fernando Torres, Valencia, 1981, pág. 98.

[31] Un caso paradigmático de la escasa capacidad descriptiva del punto de vista del formalismo dogmático y de la predisposición del propio *sistema* jurídico, en no pocas ocasiones, a ser explicado en clave «conductista» lo ofrece hoy el tratamiento del aborto en el Código Penal, a partir de la despenalización parcial introducida por la Ley orgánica 9/1985, de 5 de junio, a través del art. 417 bis. En efecto, el delito de aborto ha llegado a dejar de existir salvo en la práctica de algunos -muy pocos- jueces y fiscales, de significativa caracterización ideológica y de muy concreta localización territorial, por otra parte. Y todo, con ostensible complacencia de la mayoría parlamentaria responsable del actual tratamiento legislativo del asunto, que, como es bien notorio, ve, paradójicamente, con complacencia la inaplicación de su ley.

Otro supuesto que puede servir para ilustrar lo que se afirma es la interpretación que la Sala Segunda del Tribunal Supremo, hace de la relación entre el art. 344 del Código Penal y el art. 1.3.1 a de la Ley orgánica 7/1982, de 13 de julio, sobre contrabando. Así, mientras en la sentencia de 12 de junio de 1990 (ponente García Ancos), se rechaza «(por obvio) que tal introducción -de droga en España- pueda constituir ningún atentado contra el erario público, al tratarse de productos que se hallan fuera

En consecuencia, resulta inevitable descartar, incluso como posibilidad, la existencia empírica, dentro de la «interpretación operativa», de algún momento autónomo de prejurídica aprehensión de datos *puramente* fácticos, en una perspectiva ontológico-metafísica.

Por otro lado, debe asimismo rechazarse una forma de entender el viejo aforismo procesal *da mihi factum...* como significativo de cierta pasividad del intérprete-operador, del juez del enjuiciamiento, incluso en el proceso civil. Porque, si es cierto que, tanto en éste como en el penal regido por el principio acusatorio, el juez está estatutariamente obligado a abstenerse de todo protagonismo e iniciativa en la obtención del material probatorio, no lo es menos que la aportación de parte de esos elementos de convicción es sólo un presupuesto de la conformación del supuesto de hecho, que corresponde a aquél en el ejercicio de su libre convicción, racionalmente ejercida y fundada.

Efectivamente, el juez recibe testimonios, examina documentos, analiza datos, que le son presentados en forma contradictoria e interesada. Sobre ellos debe realizar una cuidadosa labor de valoración crítica, desechando no sólo los que no ofrezcan garantías de veracidad, sino incluso aquellos que, con independencia de su eventual valor informativo, no hubieran sido obtenidos en el respeto de determinadas reglas procesales del juego, integrantes de la disciplina constitucional del proceso. Así resulta que la dimensión jurídico-sustantiva implícita en el tratamiento de la cuestión de hecho que viene dada ya en un primer momento por la concurrencia de una hipótesis normativa como hipótesis de trabajo del intérprete operativo, aparece además reforzada por la predisposición de un marco formal, imperativo, al que ha de ajustarse el proceso como proceso de adqui-

---

de comercio»; en la de 25 de junio de 1990 (ponente Sierra Gil de la Cuesta), se lee que «hay que destacar que la tenencia de droga con propósito de tráfico e introducida clandestinamente en territorio nacional, supone la existencia de dos bienes jurídicos atacados por dicha conducta delictiva de doble vertiente, como es, por un lado, el bien jurídico de la salud pública, y por otro, el que acomete a la hacienda pública...».

Con la curiosa particularidad de que una y otra sentencia aparecen fichadas con números correlativos (1185 y 1186) en el repertorio jurisprudencial *Colex*, de ese año.

Este dato evidencia un problema de falta de coordinación en la formación de criterio del alto tribunal, es cierto. Pero también lo es que la situación está determinada por una previa contradicción entre la línea de política criminal, con expresión en los preceptos tenidos en cuenta, Y ciertas reglas dogmáticas -también con reflejo legal- que constituyen el sustrato teórico de nuestro orden punitivo.

Son simplemente dos ejemplos de los muchos que cabría citar, y que evocan problemas jurídico-prácticos que no resuelve sin más ninguna inteligencia *sistémica* del orden jurídico que haga abstracción de su forma de ser real.

sición de conocimiento, si se quiere que éste resulte jurídicamente relevante. Y ello sin salir de lo que convencionalmente se considera el campo de la *quaestio facti*.

La interpretación, entre *Code* y «descodificación»

Ocurre, por otra parte, que el punto de vista del formalismo dogmático, si es desafortunado al discurrir sobre el papel del intérprete, carece también de la aptitud descriptiva del *ser real* de la ley que le atribuyen sus defensores. Y, por consiguiente, también de eficacia explicativa acerca del modo de producirse efectivamente la actividad del intérprete. De cualquier intérprete, pero en particular del que aquí más nos interesa.

Esto que puede afirmarse, desde luego, aunque se tome como punto de referencia el del *Code* en cuanto modelo de legalidad arquetípico y el más próximo cronológica y teóricamente a aquellas posiciones, resulta aun más evidente cuando se consideran las transformaciones experimentadas por la forma ley en momentos más próximos al nuestro y en el momento actual[32].

Como se sabe, el ritmo frenético de producción de leyes se ha visto acompañado por importantes cambios en la significación e incluso en la morfología de éstas, que han tenido como primera consecuencia la de acentuar el carácter asistemático e internamente conflictual del *ordenamiento,* con incidencia inevitable en el ámbito de la interpretación. Así, al fenómeno «descodificador», denunciado tan gráficamente por Irti en el campo del derecho privado, tiene una primera y más aparente manifestación cuantitativa, pero se proyecta también sobre la propia calidad discursiva del texto: «las leyes se multiplican no solamente en el número, sino en las modalidades expresivas y sintácticas, al plegarse cada una al léxico particular o a la simple jerga de la materia regulada. Se aleja cada vez más el mito de un lenguaje matematizador, que se desarrolle sobre la base de significados convencionalmente preestablecidos y según precisas reglas de transformación. *Los lenguajes de las leyes,* múltiples y discordantes, prolijos y ambiguos, declamatorios y programáticos, hacen ya imposible un lenguaje unitario del derecho civil, del que el intérprete pueda extraer criterios constantes y unívocos de lectura. La variedad expresiva, que era propia de los negocios privados, se ha transferido a las leyes...»[33].

---

[32] Para una aproximación general a esta cuestión, cfr. P. Barcellona, *I soggetti e le norme,* Giuffrè, Milán, 1984, en especial págs. 141 y ss. Más recientemente, S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo,* Laterza, Roma-Bari, 1992, págs. 150-169.

[33] N. Irti, *L'età della decodificazione,* Giuffrè, Milán, 1979, pág. 17.

El fenómeno está íntimamente ligado a la cada vez más frecuente degradación de la *actividad normativa* a *actividad de gobierno*[34], que tiene su concreción más significativa en las, tan expresivamente, denominadas *leggine* por la doctrina italiana, a través de las cuales el parlamento se limita «a ejercer una función administrativa»[35].

La situación de la que estos datos son elementos integrantes, a la vez que sugiere un cambio no desdeñable en el papel desempeñado por el legislador, conlleva también repercusiones en la actual significación de la función judicial. De una parte, por la clara interferencia en el ámbito constitucionalmente acotado para la jurisdicción que implica ese modo de legislar[36]. De otra, porque, simultánea y paradójicamente, el mismo carácter proteiforme y progresivamente asistemático[37] del universo normativo aplicable amplía el espacio abierto a la discrecionalidad judicial, el abanico de las opciones jurisprudenciales posibles y, por consiguiente, el protagonismo del juez, cuyo «concurso activo» se requiere, como ha escrito Senese, para «la definición de la regla que le vincula y debe aplicar»[38]. El fenómeno *descodificador*[39] tiene entre nosotros una reciente manifestación en la Ley

---

[34] P. Barcellona, *op. cit.,* pág. 146.

[35] Así S. Rodotà, que señala como «consecuencia de este estado de cosas sustancialmente dos: la dificultad de obtener una adhesión «general» a una ley así elaborada; y un cambio en el papel del juez llamado a aplicarla, que a los ojos de la colectividad no aparece como un tercero imparcial, sino como el último eslabón de una cadena política» (*op. cit.,* pág. 154).

[36] Cfr. sobre el particular: S. Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción,* La Ley, Madrid, 1989, en especial págs. 44 y ss.

[37] De este aspecto de los modernos ordenamientos se ha ocupado V. Italia, en *La Fabbrica delle leggi,* Giuffrè, Milán, 1990, que hace referencia, entre otras vertientes del fenómeno, a la constituida por el juego de las leyes especiales (cfr. págs. 57 y ss.).

[38] S. Senese, voz «Giudice (nozione e diritto constitucionale)», *Digesto,* Utet, Turín, 1991, 4ª. ed., vol. VII, pág. 42, de la separata, por donde se cita.

Señala el autor cómo esa ley, a cuya definición debe concurrir el juez «no se presenta como un dato textual inmóvil y fijo puesto por una única autoridad, sino que es más bien una combinación de ley ordinaria y norma constitucional que puede invalidarla o, de cualquier modo, ponerla en tensión, de leyes y tratados internacionales, a las que hoy se añade, y en medida creciente, la normativa comunitaria» *ivi*, págs. 41-41.

[39] En contra de lo que el propio término pudiera sugerir, la *descodificación* no se produce sólo por la dispersión en una pluralidad de textos legales del tratamiento de materias que antes lo tenían exclusivamente en uno: el *código* correspondiente. Hay también *descodificación* cuando, mediante reformas parciales, se rompe la unidad de principios inspiradores o la organicidad de una determinada regulación, bajo la apariencia de formal conservación como vigente del texto matriz. Un caso paradigmático es sin duda el de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *en vigor* desde 1882, a pesar de que, en la actualidad, el proceso-tipo que allí se establece ha pasado a tener una significación marginal en términos estadísticos. Y también a pesar de que en ella coexisten modelos procesales que responden en su inspiración a criterios con frecuencia antitéticos. (Me he ocupado de esto en «Cien años después: lo que queda de

orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, más conocida como *ley Corcuera*. Manifestación de extraordinario valor emblemático y de singular relevancia negativa, porque incide en el terreno especialmente sensible de los derechos fundamentales. Esta ley, con la sedicente pretensión de salir al paso de coyunturales fenómenos productores de «inseguridad ciudadana» mediante lo que, supuestamente, sería sólo un coherente desarrollo del dictado constitucional, supuso una verdadera contrarreforma penal-procesal y del derecho administrativo sancionador, que rompe en aspectos significativos con el precedente modo de entender algunos elementos relevantes del sistema de principios que la Constitución consagra en materia de derecho punitivo y en lo que se refiere a las relaciones juez/policía.

Por eso, renunciando -lo que ciertamente no es fácil- a consideraciones más precisas sobre los contenidos de ese malhadado instrumento legal[40], es útil referirse a él como momento de verificación de lo que se viene diciendo acerca de las transformaciones operadas en el orden normativo. Y precisamente en aquel sector del mismo, el derecho punitivo en sentido amplio, que ha sido tradicionalmente el objeto por antonomasia de las preocupaciones dogmáticas, de los más caracterizados intentos de reducción del campo abierto a la disponibilidad del intérprete, con fines de garantía.

Pues bien, el art. 21 de la *ley Corcuera* se separa sensiblemente del tratamiento -inspirado en el principio del hecho- que la libertad personal recibe en el art. 17 de la Constitución Española y contradice el paradigma indiciario acogido en la ley-marco en cuestión de intervenciones coactivas sobre las personas, que es la de Enjuiciamiento Criminal. Y, al hacerlo, acentúa la quiebra de la unidad de principios inspiradores del orden penal-procesal. Esto ilustra acerca de lo que se ha venido considerando una, o quizá la más significativa, de las propiedades de la llamada legislación excepcional, pero que, como ha puesto de relieve recientemente Ferrajoli[41], representa sobre todo -en versión macroscópica, si se quiere- uno de los rasgos constitutivos del orden jurídico del estado de derecho y, en esa calidad, tiene extraordinaria relevancia para la labor del jurista-intérprete.

---

la Ley de Enjuiciamiento Criminal», ahora en *Justicia/conflicto*, Tecnos 1988, págs. 145 y ss.)

[40] Remito al respecto a mi «Viaje a la prehistoria de las garantías: la «modernización» de la ley Corcuera», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 13, 2/1991, pág. 3 y ss. Cfr. asimismo E. Berlanga Ribelles, «Régimen sancionador en la ley Corcuera», en la misma revista, nº. 14, 3/1991, pág. 18 y ss.

[41] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penal*, Laterza, Roma-Bari, 1ª. ed., 1989, pág. 348 y ss. Edición castellana en curso de publicación por Editorial Trotta, Madrid.

Señala este autor que la positivación de los derechos fundamentales de la persona en los modernos ordenamientos constitucionales, ha transformado, en buena medida, la vieja distancia entre el ser y el deber ser ideal *del* derecho, expresada antes en la dicotomía ley positiva/ley natural, en un contraste entre ser y deber ser *en el* derecho, que se presenta ahora como una *incoherencia* o *antinomia* interna. Como un desfase entre sus diversos niveles normativos. Porque, en efecto, es bien conocido e incluso tópico, que las exigentes formulaciones que con carácter de derecho positivo se contienen en las constituciones de nuestros estados de derecho, distan mucho de verse plasmadas con el mismo rigor en las disposiciones de inferior rango, por no hablar ya de las prácticas de los sujetos institucionales.

Semejante evidencia justifica, a juicio de Ferrajoli, la acuñación de un nuevo concepto, sustancial, de *validez* de las normas, que concurre sólo cuando éstas, además de no haber sido producidas de forma regular -es decir, de hallarse formalmente *vigentes-,* responden en sus contenidos a las exigencias de principio proclamadas en la Constitución. De donde la habitual falta de traducción fiel de tales exigencias en la legalidad ordinaria debe ser tomada como una constante estructural del estado de derecho, que resulta así connotado por una permanente tasa de ilegitimidad jurídica, derivada de la falta de respeto a las reglas que el mismo se ha dado. La toma de conciencia de esta situación comporta para el intérprete, vinculado por el principio de jerarquía normativa, y en particular para el juez, un inevitable elemento de tensión y un nuevo factor de dificultad, puesto que claramente introduce un serio coeficiente de distorsión en el ámbito de la legalidad.

Levantar el velo

Los datos esquemáticamente sugeridos en lo que precede llevan de forma inmediata a un resultado: tener que rechazar la imagen del ordenamiento y de la tarea interpretativa que sugiere el formalista dogmático. Y no por ingenuamente irreal, sino, antes bien, por *activamente encubridora* de aspectos sustantivos de la realidad de la experiencia jurídica y del inevitable condicionamiento que de éstos se deriva para el actuar del juez.

Frente a aquella propuesta, que gusta presentarse enmarcada por un halo de neutralidad y cientifismo, que difícilmente puede ocultar, sin embargo, su ostensible falta de rigor y su organicidad a una concreta política del derecho con tendencia a autovalorarse como la única constitucionalmente posible, se impone la afirmación insistente de determinados rasgos de nuestra realidad jurídica. Unos atinentes al universo normativo, otros característicos de la actividad de sus

operadores; y todos ellos condicionantes -como se ha dicho- de la naturaleza y la calidad de las prácticas en que se concreta la aplicación del derecho, la judicial especialmente.

De entre esos rasgos me parece necesario destacar fundamentalmente los siguientes:

1. La expresión «estado de derecho» hace referencia a un modelo límite, caracterizado en su funcionamiento por un permanente grado de insatisfacción de las exigencias de principio normativamente asumidas como criterio inspirador y regulador de su propia actividad. De ahí deriva lo que Ferrajoli ha descrito como «la aporía de la irreductible ilegitimidad jurídica de los poderes públicos en el estado de derecho»[42].

2. Esta dimensión estructural de íntima contradictoriedad se ha visto acentuada, de una parte, con la incorporación a los catálogos constitucionales de los llamados «derechos sociales», de imposible actuación y accionabilidad por sus hipotéticos titulares, como tales *derechos*, y así condenados, no obstante el rango normativo de su formulación, a la inexistencia práctica y jurídica. Y, de otra, porque en los estados -«sociales» o no- de derecho se ha acentuado extraordinariamente la desviación del modelo constitucional, en lo que se refiere a los modos de operar y de relacionarse recíprocamente el legislativo y el ejecutivo. Todo ello con inevitable repercusión en el estatuto efectivo del poder judicial.

3. El tenor de algunas intervenciones de cerrado sabor formalista, como aquella de la que se ha dejado constancia, hace necesario reiterar la obviedad de que el legislador real no es desde luego el que presuponen los planteamientos del formalismo dogmático. Y no lo es en varios sentidos: porque no ostenta el monopolio de la legitimidad en el complejo proceso de producción-realización del derecho; porque su intervención no cierra el ordenamiento al juego de las influencias *extrasistémicas* en los distintos momentos de su aplicación[43] y, en consecuencia, tampoco excluye toda otra actividad *creadora* de derecho[44]. También en el sentido de que, con frecuencia, los actos del legislativo presentan una dimensión *política* colateral o sobreañadida que nada o poco tiene que ver con la que corresponde a la fisiología

[42] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione* cit., pág. 907.

[43] Como gráficamente expresara Calamandrei, «si el jurista va en busca de la *ratio legis,* esto quiere decir remontar las corrientes políticas que han originado la ley» («La crisis de la justicia», en *La crisis del derecho,* de varios autores, trad. de M. Cheret, EJEA, Buenos Aires, pág. 320).

[44] A este respecto, como ha señalado Capelletti, cabe decir que, «desde el punto de vista sustancial, la creatividad del legislador puede ser en suma cuantitativamente, pero no cualitativamente diversa de la del juez» (*Giudici legislatori?,* Giuffrè, Milán, 1984, pág. 16.).

del modelo, que, por el contrario, resulta defraudada. Me refiero a los supuestos en que el acto formal de legislar -por el juego de las relaciones entre partidos, en función de coyunturales intereses, o por pura inhibición difícilmente justificable, sobre todo en algunos temas- se resuelve en una verdadera y propia elusión de la responsabilidad de dar el adecuado tratamiento normativo a alguna cuestión conflictiva, que así se desplaza en su integridad problemática al juez[45].

4. También parece conveniente reiterar la inadecuación de la categoría *sistema* para referirse al conjunto de reglas jurídico positivas que disciplinan una determinada realidad. O, caso de no renunciarse a su empleo, habría que tomar en consideración que es la aportación de la jurisdicción y de la doctrina la que contribuye a dar al término lo que pudiera tener de proximidad descriptiva al dato empírico. Como escribió Tarello, «el carácter de ser sistema no es un carácter de conjunto de las normas de un derecho, sino antes bien un carácter del *modo de mirar* adoptado por quien examina el conjunto de las normas de un derecho. No es que el derecho en sí constituya un sistema, sino que el derecho *en cuanto mirado* como conjunto de normas interrelacionadas (por ejemplo, por la unidad de fuentes, de derivación material o formal, de proyección institucional, de usuarios o grupos de usuarios, de fin analítico) aparece como sistema (en uno o más de los significados mencionados)»[46].

Por eso, la afirmación de que la clausura del ordenamiento a la

---

[45] Pocos ejemplos tan elocuentes como los representados por las *intervenciones corporales* y las *interceptaciones telefónicas*.

Las primeras, cuya afectación a derechos fundamentales como la integridad física, la libertad y la intimidad personal (arts. 15, 17, 1.º y 18.1º de la Constitución) es poco discutible, y cuya práctica, sobre todo en alguna de sus modalidades como el cacheo con desnudo integral, goza de notable amplitud (de las aduanas a las comisarías, pasando por los centros penitenciarios), a dieciséis años de 1978 pertenecen en el más absoluto vacío legal. Mal cubierto en el caso de los análisis de sangre, para verificación del índice de alcohol en materia de tráfico, por una disposición sin rango de ley orgánica. De este modo, tales medidas sumamente agresivas para aquellos derechos fundamentales, se hallan abiertas a una utilización que difícilmente puede dejar de ser arbitraria, cuando faltan los mínimos referentes normativos.

Las segundas no conocieron hasta 1988 otra regulación que la supuestamente implícita en el art. 18. 3º. de la Constitución, que sólo preveía la derogación del derecho al secreto de las comunicaciones en virtud de resolución judicial. Pues bien, la Ley Orgánica 4 de ese año, de 25 de mayo, modificando el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, desarrolló el precepto constitucional en términos de extraordinaria precariedad e insuficiencia, y que producen más perplejidades que seguridad en la práctica, puesto que omiten los aspectos esenciales del uso con garantías del que se ha convertido en uno de los medios más extendidos -y más agresivos- de la investigación criminal.

[46] S. Castignone, R. Guastini, G. Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto. Lezioni,* ECIG, Génova, 1979, pág. 94.

influencia de *elementos extrasistemáticos* es un dato constitutivo del mismo, lejos de describir algún fenómeno real más bien *prescribe* un modo de ser prácticamente irrealizado, por irrealizable, y oculta las inevitables insuficiencias ordenadoras de cualquier orden jurídico. De ahí, precisamente, la necesidad de un permanente esfuerzo *integrador;* por lo general encomendado a la magistratura[47]. Labor integradora que en el discurso formalista se niega o se oculta tras de la ficción consistente en «aparentar que los criterios de decisión siguen siendo intrasistémicos»[48].

5. La ambigüedad de los términos y vaguedad de los conceptos, que se registran en el lenguaje natural son, asimismo, predicables, como bien se sabe, del lenguaje jurídico, que no es sino una manifestación tecnificada de aquél[49]. Una y otra, ambigüedad y vaguedad, pueden verse acentuadas hasta límites insospechados por razones puramente técnicas, de mala técnica legislativa; ésta, a veces, simple instrumento de una opción política expresiva de la voluntad de dejar un género de supuestos en una situación de indefinición normativa calculada.

6. A los aspectos de imprecisión y ambigüedad que connotan las disposiciones jurídicas ya en el plano puramente discursivo, se unen las discontinuidades e incluso contradicciones constatables en el ámbito de los principios informadores y de los contenidos normativos, que justifican, como hemos visto, la denuncia de una ineliminable tasa de «ilegitimidad jurídica» como dato constitutivo del orden legal del Estado de derecho.

7. Las circunstancias a que acaba de aludirse se proyectan en su conjunto sobre la actividad del juez coadyuvando a hacerla, en alguna medida, incierta. Esta incertidumbre y la correlativa imprevisión acerca del comportamiento del juez que necesariamente lleva consigo, confieren a la actuación de éste una consistente dimensión política. Como ha recordado Guarnieri, «el juez puede elegir entre alternativas

---

[47] A este respecto J. R. Capella ha escrito: «La intervención de la autoridad jurídico-política, aunque no elimina las deficiencias (lagunosidad, contradictoriedad, vaguedad o ambigüedad) que se oponen a la calculabilidad del derecho y a su pretensión sistemática, realiza en cambio la función de *alterar* el derecho existente integrándolo con normas a él ajenas hasta el momento de esa intervención». (*Sobre el discurso jurídico. La teoría general de las normas*, Barcelona, Facultad de derecho, texto fotocopiado, pág. 58).

[48] J. A. Estévez Araujo, «La Jurisdicción: definición y criterios de legitimidad», en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, nº. 9, abril, 1990, pág. 19.

[49] Cfr. G. R. Carrió, *op. cit.*, págs. 28 y ss.; J, R. Capella, *El derecho como lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1968, págs. 246 y ss. También A. Gómez y O. M. Bruera, *Análisis del lenguaje jurídico*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1991, págs. 79 y ss.

sobre las que existe incertidumbre»[50]; y el espacio que así se abre a la decisión relativamente autónoma implica «un nuevo poder»[51].

Más recientemente, Ferrajoli ha puesto de relieve que «la politicidad de la actividad judicial no es el fruto de una opción ideológica o deontológica, sino un dato de hecho, ligado a los defectos de garantías y a las imperfecciones estructurales que están presentes en diversas formas en todos los ordenamientos penales positivos»[52].

8. Junto a esa tasa inevitable de impregnación política, coesencial o inmanente al modo de operar judicial, se ha producido la activación de otra fuente de *politización* de la función jurisdiccional, difícil de imaginar hasta hace bien poco.

La cuestión tiene que ver con la progresiva extensión de la esfera de la acción pública y con un preocupante deterioro de la misma, que hace que el *Estado* aparezca, de una u otra forma, cada vez con más frecuencia, como *justificable*. Y no sólo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sino ahora también ante la penal. Carlos de Cabo había descrito, tiempo atrás, alguno de los aspectos de este fenómeno como «judicialización del conflicto socio-político»[53]. Hoy menudean las alusiones a la judicialización (en la vertiente penal) como una incidencia patológica. Ocurre, sin embargo, que la patología -por la degradación posiblemente criminal de un porcentaje sorprendente de conductas de operadores públicos- *precede* a la intervención -necesaria- del juez.

No han faltado interpretaciones demagógicas y reductivas del

---

[50] C. Guarnieri, *L'indipendenza della magistratura*, Cedam, Padua, 1981, pág. 47.

Al hablar de incertidumbre no se piensa sólo en casos-límite, supuestos *de libro*, de escasa incidencia práctica, sino en muchos que afloran en la práctica cotidiana de cualquier juez. Así, por ejemplo, los que se presentan con ocasión de la aplicación del último párrafo del art. 501 del Código Penal, cuando se refiere al uso de «medios peligrosos», como criterio de agravación específica de la pena. O del art. 344 bis a) 3º. del mismo texto legal, cuando hace uso de la expresión «notoria importancia», relativa a la cantidad de la droga aprehendida. En ambos casos se trata de una calificación con importantes consecuencias en el orden de la pena, y en ellos el criterio de demarcación se cifra en *grados* de peligrosidad o en *gramos* de sustancia, en principio de libre apreciación.

[51] C. Guarnieri, *op. cit.*, pág. 57.

[52] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit. p...

[53] C. de Cabo Martín, *La crisis del estado social*, PPU, Barcelona, 1986, pág. 75. Ahora suele hablarse de una -se sugiere que abusiva- «judicialización» de la política. Se habla menos de que ésta tiene que ver muchas veces con una previa degradación criminal de la misma y con un desprejuiciado *recurso al juzgado* como instrumento de lucha política, al que generalmente no renuncia ningún partido. (Cfr. sobre estas cuestiones mi trabajo: «La corrupción en el banquillo. Jurisdicción penal y crisis del Estado de derecho», en *Claves de razón práctica*, nº. 40, marzo de 1994, págs. 2 y ss.).

fenómeno, que ha querido atribuirse a una especie de súbita explosión de incontrolado afán de protagonismo en los medios de la magistratura. Sin embargo, como ha hecho notar Rodotà, refiriéndose al caso italiano, ciertamente paradigmático en la materia, «todos los indicadores cuantitativos disponibles señalan, por el contrario, que es la sociedad la que exige una cuota creciente de respuesta judicial»; y no puede decirse que la de los jueces en estos supuestos sea «una actividad impropia o incluso, ilegítima, porque, en la inmensa mayoría de los casos, se ha tratado de atribuir relevancia a derechos, intereses, necesidades, sujetos, que *ya* habían asumido relevancia en el cuadro constitucional o, incluso, habían obtenido un reconocimiento formal por parte del legislador»[54]. Y en muchos otros supuestos, no se ha hecho más que aplicar previsiones contenidas en el Código Penal, de valor normativo, al menos en principio, *erga omnes*[55], a conductas *típicas*.

Resulta así que el juez, que, en general, nunca había podido elegir dejar de ser -en alguna medida- *político,* en la situación en curso, tampoco ha tenido la oportunidad de optar autónomamente por ser *más político*. Simplemente ha visto crecer la incisividad y frecuencia de sus intervenciones en espacios que habían permanecido generalmente inmunes a ellas, y acentuarse la densidad política de las mismas, por la dimensión pública de los sujetos tocados ahora por el *ius puniendi.* No resulta extraño que tales acciones susciten un notable malestar, por la carga de deslegitimación que conllevan para los afectados y por lo difícilmente objetables que resultan en el plano de la legalidad. Y que, asimismo, rompan algunos esquemas consolidados.

Pero lo que no puede aceptarse son los intentos de presentación del asunto como una suerte de toma por *los jueces* de algún poder atípico. Porque los jueces como sujeto colectivo titular de la jurisdicción no existen, ya que la proyección de la actividad jurisdiccional, por su propia naturaleza -tratamiento individualizado de supuestos concretos ya producidos- es solamente *intersticial*[56], ocasional, asistemática, y se limita a ocupar, caso por caso, y respondiendo a una demanda externa, los espacios previamente abiertos por la actividad normativa. En cualquier caso, esa nueva forma de presencia judicial en un campo en el que la misma era prácticamente desconocida,

---

[54] S. Rodotà, *op,. cit.,* págs. 171 y 174.

[55] Un excelente tratamiento de estos asuntos en la perspectiva de la experiencia italiana, puede encontrarse en E. Bruti Liberati, «La magistratura e i fatti di corruzione politica», en *Questione Giustizia,* n.º 3-4/1992, págs. 489 y ss.

[56] Cfr. Guarnieri, *op. cit.,* pág. 42. También M. R. Ferrarese, *L'instituzione dificile. La Magistratura tra professione e sistema politico,* Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, 1984, pág. 124.

expresa una potencialidad implícita en el diseño del poder judicial en el estado constitucional de derecho, como articulación institucional al servicio de un principio, el de legalidad, que, sobre todo en su vertiente penal y en presencia de lesiones a ciertos bienes jurídicos colectivos esenciales, no admite restricciones, y menos por razón de los sujetos.

9. No parece ya fácil, en este contexto -y menos aún a la vista de ciertos hechos-, presentar el momento interpretativo y, sobre todo, la interpretación judicial del derecho como el simple acto de lectura de un texto diáfano en su significación y desproblematizado, por parte de un operador-terminal-pasivo de un sistema al que se hallase conectado poco menos que electrónicamente. Por el contrario, en el acto de aplicación del derecho el dato legal lleva consigo o está abierto a otros extralegales, que invariablemente le acompañan; mientras que el juez pone en aquella tarea bastante más que el simple accionamiento de la llave de paso en un sistema de cañerías.

Esto, en el desarrollo de la que cabría llamar administración *ordinaria* de justicia, porque en aquella otra clase de supuestos recientes, ya no sabría decir si *extraordinarios,* a que he aludido, los factores de complejidad y el espesor directamente político del actuar judicial conocen un desarrollo verdaderamente macroscópico. Cierto que no hay salidas judiciales para las crisis políticas. Pero está por ver si resulta constitucionalmente posible eludir el tratamiento judicial de las cuestiones que legalmente lo demanden y cuáles serían las consecuencias para el sistema democrático, de no hacerlo.

10. Hay situaciones, como la generada en España por la transición democrática que, además, en todo caso, añaden otro nuevo ingrediente de complejidad a los ya señalados -a los señalados como *normales*- en la materia que nos ocupa. Me refiero al identificado por Ferrarese en la emergencia de una Constitución con carácter de norma positiva de aplicación directa, es decir dotada de valor jurídico-formal, y, al mismo tiempo, abierta de manera explícita a valores (civiles, políticos, éticos)[57]. De ello se deriva la consecuencia de

[57] G. Zabrebelsky ha señalado «que si se tienen en cuenta algunos datos de hecho: que hoy los principios que contienen valores de justicia se han convertido en derecho positivo integrado en la constitución; que, en consecuencia, la apelación a la justicia junto a o contra las reglas de la ley, ya no puede seguir viéndose como un gesto subversivo o destructivo del derecho (a diferencia de lo que sucedía en la época del positivismo jurídico), sino que es una eventualidad prevista y admitida; que tales principios consisten esencialmente en «nociones de contenido variable» y por tanto cumplen una función esencialmente dinámica, si se considera todo esto, entonces se comprenderá que, con ello, se ha injertado en el propio ordenamiento una fuerza permanentemente orientada al cambio». (*Il diritto mite*, Einaudi, Turín, 1992, págs. 201-202. [Trad. cast. de M. Gascón Abellán, en preparación por Editorial Trotta, Madrid]).

que «cuanto más se aproxima la esfera operativa del juez al terreno de la constitucionalidad, tanto mayores resultan las implicaciones del mismo en materia de legitimidad»[58]. Y, en consecuencia, tanto más potencialmente conflictivas las relaciones con las instancias concernidas.

11. Parece necesario reiterar, por la falta de tratamiento que, en general, padece la *quaestio facti,* que es en la fijación de la misma donde se concentra, quizá, el mayor grado de discrecionalidad que cabe en la aplicación judicial del derecho. Y también llamar de nuevo la atención acerca del escaso interés que este aspecto, nuclear, del asunto ha suscitado en el jurista formalista y, probablemente, incluso no-formalista.

Quizá porque la cuestión de la fijación de los hechos, que tiene su sede más sensible y más caracterizada en el campo del derecho punitivo, ha estado tradicionalmente abandonada a la discrecionalidad policial. Discrecionalidad confortada por una actitud judicial -ésta sí *pasiva* y *formal*- de complaciente inhibición legitimadora de pautas institucionales con muchísima frecuencia infralegales. Por ello, no tiene nada de particular que la taxonomía jurídica se haya detenido en los límites de lo que sería ya el ámbito de *otra* disciplina o bien un puro dato *de facto,* cabe incluso que *extra-sistémico*, y, en cuanto tal, irrelevante para el *jurista*.

La difícil *certeza* posible

Reformulada aquí la pregunta que encabeza este texto, creo que la respuesta se encuentra ya dada. La ley, aun si concebida *sub specie* del paradigmático tipo ideal representado por el *Code,* es claro que no dejaría nunca de estar abierta a una cierta diversidad de tomas de posición en el momento aplicativo. Incluso en el caso de que un «hercúleo» autor del *texto,* cuadrando el círculo, hubiera logrado expulsar del mismo cualquier sombra de vaguedad, toda ambigüedad posible, siempre quedaría pendiente la tarea de producir en serie el número de intérpretes-clónicos, programados en una única clave de lectura, que fuera necesario para accionar, con uniformi-

---

Manuel Atienza ha puesto recientemente de manifiesto, entre nosotros, de forma bien gráfica cómo puede traducirse este rasgo del ordenamiento constitucional en la práctica de los tribunales en presencia de un «caso difícil» interferido por fuertes exigencias de carácter práctico-político. Vid. de este autor: *Tras la justicia. Una introducción al Derecho al razonamiento jurídico,* Ariel, Barcelona, 1993, en particular el capítulo cuarto, «Cuestiones de vida o muerte. Sobre el alcance del derecho a la vida», págs. 88 y ss.

[58] M. R. Ferrarese, *op. cit.,* pág. 69-70.

dad de cadena de montaje, todas las «llaves» de la «red» (dicho sea en jerga de *fontanería sistémica*).

Cuando el orden jurídico, por el contrario, se encuentra tan alejado de aquel modelo como lo está actualmente el que forma parte de nuestra realidad, parece que cualquier intento serio de comprensión demanda un tipo de aproximación bien distinto.

En esa línea apunta lo que se ha venido exponiendo, que pone de manifiesto la inviabilidad de un tipo de *certeza*, la del positivismo legalista, que en opinión de uno de sus más caracterizados exponentes sólo sería posible cuando «domine soberana... una voluntad constante, coherente consigo misma, objetivada y objetivamente válida: es decir, la voluntad de la ley»[59]. «La certeza del derecho como certeza legal, absolutamente irrealizable en el estado contemporáneo» (Corsale[60]).

Ahora bien, la denuncia de la condición no simplemente *ideal,* sino *ideológica* de ese tipo de certeza, no implica la exclusión de cualquier otra modalidad de certeza como posible. Y, menos aún, que se ponga en duda la importancia que un razonable grado de previsible regularidad de las respuestas *del ordenamiento,* en particular a través de las resoluciones judiciales, tiene para el desarrollo de la vida social y política de cualquier comunidad organizada.

Ocurre, sin embargo, que los datos de que se dispone acerca del modo de ser del orden jurídico y de los factores de diversa índole que inciden en su aplicación, llevan necesariamente a pensar en el valor de certeza, no como una propiedad metafísica que fluyera unilateralmente y sin más del texto legal, sino como la resultante esperable -dentro de algunos límites- del juego interactivo de toda una serie de factores. Una serie compleja de factores de cierta heterogeneidad, de la que algunos relativamente son controlables por el conjunto de los operadores que intervienen en los diversos momentos del proceso de producción y aplicación de la ley. Y, también, al menos en alguna medida, susceptibles del principio de control que implica el conocimiento y la posibilidad de valoración y crítica pública *ex post* por los destinatarios del conjunto de acciones institucionales de que se trata. Otros, tienen que ver con transformaciones en curso que afectan en profundidad a la actual forma de estado constitucional de derecho, a las relaciones internas entre sus diversas instancias, y a las de éstas con la sociedad, y cabe temer que no sean tan controlables en buena parte de su inevitable incidencia.

---

[59] F. López de Oñate, *La certezza del diritto,* Giuffrè, Milán, 1968, pág. 140.
[60] M. Corsale, *Certezza del diritto e crisis di legitimità,* Giuffrè, 2ª. edición, 1979, pág. 234.

Siendo así, parece obvio que la *certeza posible* es una certeza *dinámica,* la certeza *como resultado* tendencial de la convergencia de una serie de refuerzos, de la operatividad de algunos resortes preventivos y reactivos, orientados a posibilitar otros tantos momentos de ejercicio de una racionalidad crítica explícita, destinados a desplazar lo que hoy son, tantas veces, formas de ocultación del ejercicio de algún grado de discrecionalidad abierta al arbitrio.

Una tal certeza nunca podría buscarse dando la espalda a los datos constitutivos del modo de ser actual del orden jurídico[61] y del *modus operandi* que hacen posible. Por eso, frente a una cultura del encubrimiento o de la renuncia a hacer frente a esos datos, debe propugnarse y trabajarse por una cultura fundada sobre el conocimiento de los mismos y de la naturaleza efectiva de las prácticas que inducen. En lo que aquí interesa, por un reforzamiento sensible de la dimensión cognoscitiva de la función jurisdiccional, de la conciencia del carácter de los actos que la constituyen, de lo que en ellos pueda haber de ejercicio de un mayor o menor grado de *poder,* a veces escasamente vinculado. Así será posible, entre otras cosas, cumplir con eficacia democrática la exigencia de motivación[62], entendida como el deber inexcusable de dar cuenta de las auténticas razones del acto o proceso de decisión, que *preactúa* garantizando una mejor calidad de éste en todas sus dimensiones.

---

[61] G. Zagrebelsky ha señalado que la superación del «déficit de certeza» que hoy acusan los sistemas jurídicos excede del campo de la interpretación, haciendo hincapié en la necesidad de «organizar esa tendencia a la transformación, intrínseca al ordenamiento, de modo que no resulte destructiva de otros valores». (*Op. Cit.*, pág. 202).

[62] Esta exigencia cobra en la actualidad todavía mayor relevancia cuando se repara en la frecuencia con que el juez se ve obligado a actuar conforme a la lógica de *lo razonable,* en situaciones frecuentemente connotadas por la fluidez y elasticidad -a veces contradictoriedad- de los referentes normativos y la complejidad, atipicidad y conflictividad de muchos supuestos de hecho. De nuevo remito ahora para unas consideraciones sumamente lúcidas sobre el papel del juez en este contexto, a G. Zagrebelsky, *op. cit.*, págs. 203 y ss., entre otras.

EL RETORNO DEL CASO RIVIÈRE. UN DEBATE POSTERGADO
Veinte años después...

Hace ya varios años terminé la redacción de este trabajo con una frase de Michel Foucault que tenía cierto aire de profecía no exenta de la seducción habitual de su obra *«On a beau dire ce qu'on voit, ce qu'on voit ne loge pas dans ce qu'on dit» («Por más que se diga lo que se ve, lo que se ve no se aloja en lo que se dice.»*)

Este enunciado cubría las conclusiones teóricas que definían la sentencia condenatoria emitida en el expediente Rivière, como un producto jurídico-final derivado de una lucha de discursos, y no de su mera combinatoria o de la interpretación de una norma, a partir de ellos. En el entrecruce de discursos se demostraban las áreas de crecimiento y depresión del jurídico frente al psiquiátrico y el político, sus períodos de letargo y reactivación según la relación de fuerzas en un momento dado.

La aplicación concreta de la frase al derecho, me permitía sugerir que, en casos judiciales de esta naturaleza, o que se ve en a sentencia (y en el expediente) no radica en lo que aquí se dice sino en el silencio, en lo que se excluye, y atestigua al mismo tiempo con tal exclusión.

Sin embargo, el tono oracular de la frase, como las conclusiones de clandestinidad que se asignaban a este discurso, parecían acercarlo más que a un texto filosófico o al análisis de un dossier judicial, a un ejemplo de literatura fantástica del tipo de *«Los vestidos nuevos del Emperador»,* de Andersen, o de *«La carta robada»,* de Edgar Alan Poe. Carta ubicada siempre en un espacio circulatorio no empírico, no real, que -como dice Jacques Derrida al glosar la interpretación lacaniana del cuento traducido por Baudelaire -*«manque à sa place*, no se encuentra donde se encuentra o aún (¿pero será la misma cosa?) *se encuentra donde no se encuentra»*[1].

[1] En el trabajo *«Le facteur de la vérité»,* que integra su libro *La Carte Postale de Socrate à Freud et au-delà* (Aubier-Flammarion), París, 1980, Derrida se ocupa

Terrible problema del lenguaje, desconcertante desamparo de la lengua a la manera del que experimentaba Antonin Artaud, pero también terrible problema de la historia y la filosofía (no menos que del derecho), ya que concurren en él las más antiguas discusiones de la relación entre la verdad y la ficción, entre los *res factae* y los *res fictae,* entre las técnicas representativas de una lectura positivista, y los estilos de construcción que buscan el verdadero sentido de lo que se ve más allá de lo que se dice.

De hecho, ni la frase de Foucault, ni los comentarios que él y el grupo de personas que procedentes de distintas disciplinas trabajaron en el Collège de France alrededor del libro *Moi, Pierre Rivière, ayant egorgé ma mère, ma soeur et mon frère...,* dando cierre a la edición de 1973 de la Collection «Archives», de Gallimard, con sus siete notas (páginas 243/350), podían satisfacer a pensadores partidarios de la primera de estas opuestas corrientes. Sin embargo, debieron transcurrir 18 años para que el debate irrumpiera con todo el vigor y la acritud que, generalmente, se agrega a lo postergado.

Vamos a referirnos, pues, al más bien reciente estallido de esta polémica que tiene la ventaja de recuperar el caso Rivière como un ejemplo privilegiado de estos disímiles modos de pensamiento presentes en casi todas las disciplinas sociales, sin dejar de advertir, lateralmente, la escasa o nula repercusión de Foucault en el terreno de la teoría jurídica, largamente embarcada en la discusión de modalidades poskelsenianas del positivismo-jurídico y formas modernas del iusnaturalismo.

Debate y recuperación del caso Rivière.
La crítica de Philippe Lejeune

1. En septiembre de 1981 el nº. 66 de la Revista *«Le Debat»* de

---

de la interpretación freudiana de la literatura, comentando el Seminario desarrollado por Jacques Lacan sobre el cuento de Poe en 1955 y que encontró lugar en 1966, en sus *Ecrits*. El trabajo de Derrida fue primeramente publicado en Poétique 21, 1975. Uno de los puntos centrales del Seminario es el de la relación entre la verdad y la ficción. Desde otros puntos de vista, como los de la lingüística y la historia existen dos trabajos fundamentales acerca de este vínculo. *Linguistic de Lüge,* de Harald Weinrich, con su tema Kann Sprache die Gedanken verbergen? (¿Puede el lenguaje ocultar los pensamientos» - Verlag Lambert Schricider, Heildeberg. 1974) y *Vergangene Zukunft. Zur Semantik Geschichtlicher Zeiten,* de Reinhart Koselleck (Suhrkamp Verlag, Frankurt an Main, 1979, traducido al castellano como *Futuro Pasado. Para una Semántica de los tiempos históricos,* Paidós Ibérica, Barcelona, 1993). Habremos de aludir más adelante en este texto a algunos de sus aportes sobre esta discusión, contemplados en especial en el punto 12 de la parte III «Terror und Traum» («Terror y Sueño»).

la misma editorial Gallimard, replantea *Le cas Rivière: pour une relecture* con dos artículos de Pierre Lejeune, especialista en autobiografías y de Daniel Fabre, etnólogo, referidos al libro, pero muy especialmente al examen de la *Memoria,* pensada por Pierre Rivière antes de cometer el crimen, pero redactada ya detenido, antes de su condena. Esta Memoria o Informe se extiende entre las páginas 73 a 148 de la edición francesa. Ocupa, pues, la parte central del expediente estando precedida por las piezas judiciales como interrogatorios, informes y testimonios (páginas 21 a 70) y continuada por las pericias médicas, otras actuaciones del proceso, incluyendo publicaciones periodísticas locales, un mapa y un glosario de palabras del patois normando (páginas 151 a 239). La tercera parte del libro, que desarrolla con algunas correcciones lo recogido sobre el crimen por los *Annales d'hygiène publique et de médecine legales* de 1836, termina con las siete notas del grupo que lo recompuso y analizó, agregadas entre las páginas 243 y 350. Se trata de las notas de Jean-Pierre Peter y Jeanne Favret, del mismo Foucault, de Patricia Moulin, Blandine Barrer-Kriegel, Philippe Riot, Robert Castel y Alexandre Fontana[2].

Lejeune distingue tres capas en el libro. La primera y principal constituida por la Memoria, es decir la del centro. La segunda, la forman las piezas judiciales que preceden y siguen a lo escrito por el autor del drama criminal, y la tercera integrada por las notas, entre las cuales atacará en particular las redactadas por J. P. Peter y Jeanne Favret, la de Foucault y las páginas finales de A. Fontana (347, 350). Estas tres capas están organizadas en una estructura «gigogne», es decir, encajada formando un embudo de discursos compuestos de fragmentos heterogéneos. Detrás de esta estructura, que produce vértigo según Lejeune, existiría una técnica a fin de perseguir dos efectos: a) crítico: destruir la ilusión de certeza que

[2] Al detallar las diferentes páginas, intento llamar la atención del lector sobre la precisión, detalle y escrupulosidad puesta en particular por Lejeune en sus referencias y citas del expediente. Disposición del texto que, en su opinión, parecería constituir un aspecto relevante de la lectura textual, frente a una lectura fascinante o emotiva como la que va a rechazar. Toda su crítica pasa por esta cuestión esencial, aun cuando, paradójicamente, no deja de atribuir su demora en producirla casi, veinte años después del libro, a la fascinación que éste ejerciera sobre él: «Este dispositivo ejercía sobre mí el efecto de estructuras fascinantes: paralizaba la lectura de la Memora de Pierre Rivière. Los discursos acumulados sobre ella, luego los discursos sobre esos discursos, transformaban la Memoria en una suerte de «carta robada», puesta en evidencia y saltando a los ojos, pero en un contexto que desalentaba la mirada». Cuando Derrida analiza «La lettre volée», comienza su trabajo con el subtítulo «Lo demasiado evidente o la ausencia en su lugar», agregando: a little too self evident. Se comprende ahora el porqué de mi referencia al cuento de Poe (o al de Anderson).

produce un discurso cerrado; b) político: mostrar las relaciones de poder entre los discursos.

Algunas observaciones de Lejeune están destinadas a fundamentar por qué al apartarse Foucault, Peter y Fontana de un discurso cerrado, como lo pretende él, y generar una lectura de tipo emotivo o subjetivo, generaron un discurso lírico en reemplazo de uno cognoscitivo, *à la lettre* . Como lo hace por ejemplo Foucault cuando, en su Presentación de la página 14, dice: «Estábamos subyugados por el parricida de ojos rojos», glosa que desató en las notas cláusulas de adoraciones espantosas, según el comentario de Lejeune.

Ahora bien, el color rojo de los ojos de Rivière está indicado en las páginas 64 y 223 de las piezas judiciales. Se trata de un hecho real, *res factae*. Lo que en verdad perturba a Lejeune es, en cambio, que ese detalle haya sido desglosado por Foucault para citarlo en un contexto en donde habla de subyugación, convirtiendo de este mod una *res factae* casi en una *res fictae*. Lejeune pretende, así, imponer un estilo de escritura seco, simple, descriptivo, que asocia a objetividad, realismo, verdad y conocimiento. Da la impresión de defender *à outrance* el viejo dogma de la «neutralidad valorativa» en la investigación social, y cae en el sinsentido de esperar en lo histórico, social o cultural, la misma uniformidad no sólo sobre la selección de los problemas, los contenidos y la identificación de los hechos, sino también sobre el estilo de la escritura, que muy raramente se alcanza incluso entre los científicos de la naturaleza. Max Weber mismo, uno de los más fuertes defensores de la ciencia social «libre de valores», sostenía que los científicos sociales deben apreciar o comprender (vestehen) los valores implicados en las acciones o instituciones que estudian, lo que no implica que los aprueben o desaprueben. En *The Methodology of the social sciences* (Hlencoe, II, 1947), afirmaba: «El concepto de cultura es un concepto valorativo. La realidad empírica se convierte en cultura para nosotros en la medida en que la relacionamos con ideas de valor. Incluye aquellos dominios de la realidad, y sólo éstos, que han llegado a ser significativos para nosotros a causa de su atinencia con valores». Por su lado, Ernest Nagel[3] recuerda algo poco tenido presente en la crítica de Lejeune. A saber, que en la mayoría de los dominios de investigación es casi imposible que nuestros gustos, nuestras aversiones, nuestras esperanzas y temores dejen de contaminar nuestras conclusiones. En las mismas ciencias naturales, es sabido, se necesitaron siglos de esfuerzos para desarrollar, sin mayor éxito, hábitos

---

[3] Ernest Nagel, *La estructura de la ciencia*, Paidós, Buenos Aires, cap. XIII «Problemas metolológicos de las Ciencias Sociales».

y técnicas que protejan la investigación contra la intrusión de factores personales y extraños.

2. La crítica de Lejeune se concentra, pues, en una cuestión de estilo o expresión en la narración histórica. Señala por cierto errores, algunos francamente irrelevantes. Por ejemplo, la transcripción trunca del párrafo de la Memoria de fojas 145 al explicar Rivière, refugiado en los bosques, sus razones para construir «un *albalêtre* para matar pajaros y nutrirme de ellos, o distraerme en matarlos, y que en caso de que se me arrestara con esto, pudiera (plutôt) más bien servir que perjudicar el papel que tenía deseos de jugar». En la página 268, Michel Foucault resume este párrafo así: «cela pourrait plutôt servir... au rôle que j'avais envie de jouer», con lo cual, alega Lejeune, deja de lado las otras razones que tenía Rivipere para construir el instrumento y, al omitir, la expresión «que perjudicar», cambia el título de «más bien», el que en lugar de expresar un matiz, señala ahora una elección definitiva. Lo mismo, cuando Foucault cambia el título de la Memoria «Detalle y explicación del acontecimiento ocurrido el 3 de junio en Aunay, población de la Faucterie, escrito por el autor de esta acción», agregando en el nobre de Rivipere; «Detalle y edxplicación del acontecimiento ocurrido el 3 de junio en la Faucterie, por Pierre Rivière, autor de esta acción», introducción del nombre que le da el aspecto de constituir un título de libro, «lo que refuerza la pertinencia del análisis que conduce a la palabra «autor».

Tampoco Lejeune considera legítima la presentación del libro en letras rojas, como si fuera una versión moderna de los periódicos del siglo XIX, ni que el texto comience con la primera frase de la Memoria. Rivière continúa la crítica, inventó el verbo «enuepharer» para designar la técnica de clavar ranas y pájaros con un clavo de tres puntas en un árbol. Esta técnica, en la pluma de Foucault, se convierte en una máquina, en un arma para golpear las nubes y los pájaros, retórica que carga de alegorías los gestos y prácticas de Rivière.

Podría alegarse que estas observaciones son francamente triviales, carentes de interés sustancial. Pero su interés radica en que detrás de ellas, se oculta una de las polémicas más sordas que cruza el tejido de la historia y que concierne también a muchas otras disciplinas sociales. A saber: ¿cuál es el verdadero estatuto de la narración histórica? ¿Debe ésta privarse de toda ficción imaginativa, de todo colorido, debe bloquearse toda expresión estética o que traduzca pasión, sentimiento, emotividad? ¿Debe reducirse a la narración a una reproducción de los hechos enmarcada en una teoría de lenguaje, del significado-Bild como la propuesta por el primer Wittgenstein? ¿Lo objetivo debe enlazarse exclusivamente a la enumeración descriptivo-positivista de *res factae*, a riesgo de considerarse el texto pura literatura? ¿Pierden cientificidad el relato y las referencias

históricas cuando no responden a estos cánones? Dejemos para más adelante una respuesta a estos interrogantes.

Lejeune, entre tanto, observa con razón que el propósito manifestado por Foucault, y su grupo, de reproducir el texto de la Memoria establecido por J. P. Peter, evitando toda interpretación, es inalcanzable. Puntualiza como ingenuidad textual la idea de una suerte de transparencia o verdad del texto que, según Foucault, operaría como «punto cero» para juzgar los otros discursos y las relaciones que se establecen entre ellos. No entiendo -aduce- cómo esto se puede hacer, qué es en definitiva y cómo se puede juzgar con un «point zéro». Crítica que no advierte o finge no advertir que lo que Foucault hizo en realidad fue usar una expresión equivalente a «degré zero», tomada en préstamo de Roland Barthes[4], para aludir a la Memoria a la que quería preservar de toda interpretación psiquiátrica o psicoanalítica.

Ahora bien, la pretensión de Foucault de preservar la Memoria de este tipo de lecturas es muy controvertible. La mala disposición de Foucault en relación a estas interpretaciones fue, sin duda, el motivo básico de la Memoria-degré zéro, propuesta por él. Es altamente improbable, en efecto, que el análisis por psiquiatras y psicoanalistas no hubiera aportado esclarecimientos esenciales sobre la relación entre el espantoso crimen y la psicología y subjetividad del autor. De hecho, Foucault no quiso correr el riesgo que se abalanzara sobre la Memoria la colonia «psi», produciendo sobre ella una Babel de interpretaciones. Trató de evitar la asimilación del caso-Rivière al caso-Schreber. Lo paralizó, quizá, la idea de que la Memoria pasara

[4] Véase *Le degré zero de l'ecriture*. Editions du Seuil, París, 1972. Traducción castellana, Siglo XXI, Madrid, 1973. El cambio de la palabra «degré» por «point» no altera el sentido que Foucault pretende asignar a la Memoria: un texto del que se elimina toda interpretación, una escritura neutra, que podría ser comparada luego con los distintos y múltiples lenguajes que las piezas judiciales ponen en movimiento, el de los peritos, testigos, defensor, lo psiquiátrico, lo jurídico, lo periodístico, etcétera. Barthes tematiza por su lado la relación del silencio con la escritura literaria. «En el mismo esfuerzo por liberar el lenguaje literario -explica Barthes- se da otra solución: crear una escritura blanca libre de toda sujeción con respecto a un orden ya marcado del lenguaje. Una comparación tomada de la lingüística quizá pueda dar cuenta de este hecho nuevo: sabemos que algunos lingüistas establecen entre los dos términos de una polaridad (singular-plural, pretérito-presente), la existencia de un tercer término, término neutro, o término cero, así entre el modo subjuntivo y el imperativo, el indicativo aparece como una forma no modal. Guardando las distancias, la escritura en su grado cero es en el fondo una escritura indicativa o si se quiere amodal... Se trata aquí de superar la literatura entregándose a una especie de lengua básica, igualmente alejada de las lenguas vivas y del lenguaje literario propiamente dicho. Esa palabra transparente inaugurada por *El extranjero* de Camus, realiza un estilo de la ausencia que es casi una ausencia real de estilo...»

por la misma experiencia que la Memoria de Daniel Paul Schreber, es decir, la famosa *Denkwürdigkeiten eines Nervenkranken* del Presidente de Sala del Superior Tribunal Provincial Dresde, que atrajo el interés y preocupación desde Freud a Lacan, desde Franz Baumeyer a William G. Niederland[5].

Destacar, empero, en uno y otro caso, un cuadro clínico, evidenciar o incluso conjurar los factores psicológicos por los cuales un joven campesino, o un culto, erudito y acomodado miembro de la Justicia Superior de Alemania, hayan podido realizar actos de tipo criminal, en un caso, o caer en una profunda paranoia, en el otro, sin aparecer confundidos ni inhibidos psíquicamente, interesándose ambos por la política, la ciencia, el arte y exhibiendo una alta capacidad de argumentación ordenada y saber jurídico, lejos de perjudicar la Memoria o la Denkwürdigkeiten, habría permitido ampliar valiosamente el análisis de estos textos.

En esto, pues, Lejeune no carece de razón, pero el hecho cierto es que ni Foucault, ni Peter, ni Fontana lo hicieron, y no resulta posible exigir de ellos la absorción integral y completa de todos los aspectos, privándolos de su propio derecho a la selección y al trato escritural de su objeto de estudio. La reivindicación de este derecho aparece insinuada en la contracrítica que veremos acto seguido y que asume uno sólo de los miembros del grupo, ya muerto como lo estaba Michel Foucault.

La respuesta de Jean-Pierre Peter

Al recoger el desafío crítico, Jean-Pierre Peter señala que nunca

[5] En 1884, siendo Daniel Paul Schreber candidato a las elecciones del Reichstag para ocupar el cargo de Reichstagabgeordneter, estando Bismarck en la cima del poder, comenzó su primera enfermedad mental (hipocondría). La segunda, en 1893, después de haber sido nombrado para el alto cargo de Senatpräsident de la Suprema Corte de Justicia de Sajonia. Internado en la clínica de Leipzig, y en 1894 en el Hospicio de Sonnestein con un agudo cuadro de paranoia, redactó los famosos Denkwürdigkeiten publicados por Oswald Mutze en Leipzig, 1903 (edición Carlos Lohlé, Buenos Aires, 1980). Muchos aspectos de este texto tienen marcado interés para la teoría jurídica, en particular los apéndices, en los que formula una defensa exitosa sobre su derecho a no estar confinado sin su acuerdo, que se constituye en una obra perfecta de argumentación jurídica. El actual desarrollo de La Teoría de la Argumentación en el derecho, cuenta aquí un material de inapreciable valor para un análisis que, en teoría jurídica no se ha producido hasta el momento. Ver sobre el caso Schreber, Sigmund Freud, «Observaciones psicoanalíticas sobre un caso de paranoia (dementia paranoides) autobiográficamente descripto». (Obras Completas, t. XII, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1980). Jacques Lacan, Le Séminaire, livre 3, Edition du Seuil, París, 1981.

hubo intenciones en el interior del grupo -no constituido en rigor como un equipo, dado los diferentes intereses profesionales de sus miembros- de prohibir allí y para siempre todo recurso a la interpretación de la Memoria. Lo que estuvo presente fue más bien el deseo de evitar la reducción de cualquier aspecto del dossier «a las clausuras, a los cierres de cualquier ideología unificadora: psiquiatría, penal, marxista o freudiana... No reenviar el todo de Pierre Rivière ni a la locura, ni a la monstruosidad, ni a la debilidad rural, o confusión edípica». Por lo demás, lo hace notar Peter y se comprueba con la lectura de las notas, es evidente que interpretaciones se produjeron en masa en el grupo.

Daniel Fabre, por su parte, produce un impecable análisis antropológico de la sociedad rural del tipo y época de la de Aunay, destacando en especial la influencia que el régimen dotal del códico civil francés tuvo en las relaciones matrimoniales y cómo las reglas jurídicas de los bienes comunitarios fueron una fuente constante de reyertas entre Pierre-Margrain y Victoire Brion, padres del homicida. Este tipo de investigación y estudio es el modelo que, según Lejeune, se debió seguir en este caso. Peter, por su lado, simpatiza con los trabajos de Fabre y no encuentra incompatibilidad entre ellos y la vía seguida por Foucault.

De cualquier modo, es dable añadir, aunque el profundo estudio de Fabre pueda ser apto para corregir algunas interpretaciones equivocadas acerca de las reacciones de un «oiseleur» (pajarero) como Pierre Rivière que no quiere salir de su adolescencia, este modelo tampoco se embarca en las cuestiones jurídico-penales o psiquiátricas; no se expide ni sobre la culpabilidad, ni sobre la locura del autor de los crímenes.

La discrepancia central de Peter se focaliza, pues, en el trabajo de Lejeune. Más allá de puntualizar algunos datos de interés sobre la constitución y organización del grupo, el modo de encarar los trabajos y las dificultades que debieron superar, más allá de aclarar con visible ironía la nota que en la página 135 de la Memoria incorporó sobre unn error tipográfico de los Annales[6], Peter pone el problema

[6] Se trata del pasaje en el que Pierre Rivière le pide a su hermana Aimée que cante el cántico «jour heureux, sainte alegresse». El tipógrafo había escrito incorrectamente «jouir hereux, sainte alegresse, y en la nota Peter refiriéndose a este error, de jour (día) por (jouir) disfrutar, gozar, escribe: «lo que mucho tiempo nos extravió, nos hizo *rêver*». En uno de sus significados (pensar, imaginarnos) este verbo es también soñar. Para Lejeune esto es la prueba del abandono interpretativo en que cayó Peter. En una palabra, lo encuentra cercano al sadismo. Peter aclara que era una nota irónica e inútil en venganza contra el transcriptor desconocido de los Annales, médico, juez, corrector o quien fuera, de quien sospechaba pensamientos ocultos y odiosos contra Rivière. Debió escribir «nos dejó pensativos», pero quedó la expresión de su nota y se vlovió como acto fallido contra él. Dirigiéndose a Lejeune. Peter ironiza: me hago cargo, iré a consultar al analista.

de la crítica exactamente en la cuestión central a la que en verdad se remite: «Nuestro diferendo es la representación respectiva que tenemos sobre la ciencia».

En efecto: todo el debate, ya lo adelantamos, circula y recae en este problema de notable envergadura, constituyendo la puntualización crítica de algunos errores de menor importancia, una cortina de humo. Una cortina de humo que reproduce en verdad el sentido de nuestra cuestión originaria: por más que se diga lo que se ve, lo que se ve no está en lo que se dice. Por más que Lejeune vea y puntualice errores, lo que se ve, la esencia de la cuestión, no está en lo que dice acerca de esos errores. No deja de ser llamativo, entonces, que la crítica de Lejeune se constituye así en una nueva *Lettre Volée* del caso.

Consideremos, entonces, en qué forma Peter conduce esta crítica a su verdadero e íntimo sentido. Lo que en rigor plantea Lejeune, aduce Peter, es que el grupo foucaltiano contaminó el candor de la marcha científica con desbordes de pasión y afectividad. No se privó de instrumentos estéticos, ligó la tragedia al lenguaje lírico y a intuiciones poéticas propias, y. al hacerlo, desvió el caso al campo de las *res fictae*. La respuesta de Peter es que una crítica así articulada toma como punto de partida el señuelo visible de la transparencia de los textos, es decir paradójicamente aquel defecto que precisamente Lejeune imputaba a Foucault al pretender que la Memoria hablara por sí misma, coartando toda interpretación. La contracrítica de Peter se resume en una palabra: Lejeune propone una lectura positivista del caso Rivière. Con esto el crítico olvida que las publicaciones que disfrutan de pleno estatuto científico no revelan sus varios secretos, y se ocultan con frecuencia detrás de apariencias rigurosas. «En el discurso codificado de la ciencia, nada permite adivinar (pero gracias a Dios el historiador curioso reencuentra después rastros, elementos, piezas de convicción) cuán improvisados han sido a menudo los protocolos de experimentación, inadecuados los útiles, subjetivos los motivos, cuán milagrosamente productivos han sido ciertos errores». El prestigio de la superficie lisa que todo positivismo se atribuye no define de por sí, afirma Peter, el espacio científico. Cuando se afirma esto se borra el Newton visionario y místico, el Kepler astrólogo, se pone mala cara a Michelet y Bachelard. El mejor escalpelo del más moderno laboratorio no permite captar la naturaleza y profundidad de la tragedia que vive un ser.

De todos modos el proyecto de lectura positivista textual, el proyecto de hacer *leer* el libro como lo reclama Lejeune, en el fondo no merece objeciones a Peter. Sólo que él opone al leer, *el oír y hacer oír Pierre Rivière*, para lo cual hay que ir más allá de los métodos de la asepsia que no son suficientes para seguir el relato de vida de un

joven hombre que, irremediablemente, ingresó en el territorio de la muerte mucho tiempo antes del día fatal.

Conclusión. Los métodos de la lectura en la narración histórica

Centralizada, como se advierte, toda la polémica en el estatuto de lectura de la narración histórica, conviene dar fin a estas observaciones, con algunos breves desarrollos teóricos. Como hace notar Harald Weinrich en su mencionado texto, desde la lingüística, pero también desde la sociedad, la mentira está en el mundo. Está en nosotros y para nosotros. No se puede cerrar los ojos frente a ella. Un salmo lo asevera: «Omnis homo mendax». Agustín, que fue el primero en hacer una reflexión filosófica y teológica acerca de la mentira, vio también sus aspectos lingüísticos. Recuerda que el lenguaje no fue dado a los hombres para que se engañen recíprocamente, sino para que compartan y transmitan sus pensamientos. Para Agustín quien usa el lenguaje para engañar lo pervierte, y esto es pecado. Pero los hombres han sido creados también de tal manera que ellos usan los signos del lenguaje para el bien o para el mal[7].

Todas estas reflexiones son aplicables también a las ficciones. Completando la referencia de *Lingüistic de Lüge* (pág. 11) de Shakespeare en Enrique V, escrita en francés: «O Bon Dieu! ¡Les langues des hommes son pleines de tromperies», podríamos añadir «O Bon Dieu!» les langues des hommes sont pleines de fictions», Sólo que las ficciones tienen estatuto científico, se relacionan con la verdad y pueblan todas las disciplinas, en particular la historia y el derecho[8].

---

[7] Harald Weinrich, *op. cit.* Véase de este lingüista, *Sprache in texten,* Ernst Klett, Sttugard, 1976. Al referirse a la lectura del texto Japan de Max Frisch, Weinrich observa con agudeza que «...cuanto menos sea capaz el análisis lingüístico de agotar un texto, tanto más elevada es quizá la calidad literaria de ese texto». Se trata de una observación muy profunda y aplicable a casi todas las disciplinas sociales, en particular la historia y el derecho, que nos interesan aquí.

[8] Además de la obra clásica de Hans Vaihinger *Die Philosophie des als ob,* pueden verse en materia de ficciones jurídicas, *De la fiction comme procedé juridique,* de Lucien Lecocq, Ed. Arthur Rousseau, París, 1914. «Revewing Legal fictions», de Aviam Soifer, Georgia Law Review, nº. 20, 1985-6; *Ancient Law. Legal Fictions,* de Henry Summer Maine, Ed. Holt and Co. New York, 1987; *Philosophy in the Development of Law,* de Pierre de Tourtoulon, translate by Martha Mac. Read, prefacio Morris Cohen, The Macmillan Company, New York, 1922; Poetry and Equity: Aristotle Defense of Fiction» by Kathy Eden; *Diritto e Realtà Storia de la fictio juris,* de Franco Todescan, Facotà di Giurisprudenza dell'Università de Padova, Cedam, 1977; «Fiktionen im Recht», von Ministerialrat Dr. W. Hofacker, Stuttgart, Kant Studien, Band 4, 1924-5; *Le procedé de la fiction datis la pensée juridique.*

Si colocamos ahora la polémica Lejeune/Peter del caso Rivière a la luz de la semántica que cabe emplear en la historia, ubiquémonos en el terreno propio de esta última, para preguntarnos si es posible que la historia pueda apoderarse de la realidad exclusivamente a la luz de medios lingüísticos reproductores de *res factae.* Veremos en este ámbito que una posición positivista como la de Lejeune tiene pocas oportunidades de verificarse en la ciencia. Reinhart Koselleck, uno de los historiadores más originales en esta disciplina produjo una obra fundamental en esta cuestión, renovadora de los estudios en la materia. Nuestro ya citado libro *Futuro Pasado. Para una semántica de los tiempos históricos* examina este problema extensamente.

En el capítulo XX «Terror y Sueño», recuerda que una cuestión como la que nos ocupa tiene más de dos siglos de antigüedad en el pensamiento. Altsed, en el XVIII, la resumió en Scientiarium omnnium encyclopaedia con una sencilla frase: «Si fingat, peccat in historiam; si non fingat, peccat en poesin». Quien inventa o incurre en ficciones peca contra la historiografía; quien no lo hace, peca contra la poesía. Sencilla oposición, conforme a la cual la historia debía atenerse a acciones y acontecimientos, a las *res gestae,* mientras la poesía vivía de la ficción. *Res factae* y *res fictae,* eran los dos términos de esta profunda separación entre los modos de representar. En estos modos tramitaban respectivamente el ser y el parecer. Así establecida la oposición, la historia que debe mostrar la realidad desnuda, o bien la poesía en que las *res fictae* inducen a la mentira, se hacían más fuertes, eran superiores una a la otra según los expertos en cada disciplina o la opinión de los filósofos con sus variadas inclinaciones. En el siglo XVI Francis Bacon con su *Of the Proficience and Advancement of Learning Divine and Human*, y más tarde en el XVIII Jean Le Ron D'Alambert, en *Discourse Preliminaire de l'Encyclopédie ou Dictionnaire Raisonné des Sciences, Arts et Métiers,* dividió filosofía, historia y poesía, conectando la filosofía con la razón, la historia con la memoria y la poesía con la imaginación. Con arreglo a ello se instauró un dualismo tajante entre verdad cognoscitiva y ficción-imaginativa, recogido en nuestros tiempos[9].

[9] Representantes del positivismo y el realismo en filosofía suelen abrir una profunda división entre verdad-cognoscitiva y ficción-imaginativa. El primer concepto queda remitido a un universo semántico-referencial, en el que lenguaje y realidad se conectan en forma rígida, con arreglo a una serie de correlaciones ordenadas. Algunos ejemplos los suministran el criterio de correspondencia de la verdad, el Tractatus logico-philosophicus de L. Wittgenstein, la teoría causal de la referencia de Saúl Kripke, «la historical explanation», de Keith Donnellan y otras concepciones realistas y fisicalistas del lenguaje como las de Hilary Putnam y D. Föllesdal. A ellas aludo en mi artículo «La epistemología de Emile Zola» incluido en mi libro *Papeles de Filosofía,* Editorial Biblos, Buenos Aires, 1993.

Así los historiadores, explica Koselleck, se sirvieron de los argumentos de los *res factae* que favorecían su propia posición. Aristóteles, en cambio, devaluó la historia frente a la poesía. Esta se acercaba a la filosofía que planteaba lo posible y general, mientras que la historia se dirigía al transcurso del tiempo en el que muchas cosas ocurrían por azar o casualidad. Desde la Ilustración, los historiadores se vieron enfrentados con el postulado aristotélico y Lessing, el aristotélico de la Ilustración, lo hizo de esta forma: el poeta adquiere su credibilidad por su verosimilitud interior; es señor de la historia, y puede aproximar los acontecimientos tanto como quiera (*«Briefe, die neuste Literatur betrefend»*, nº. 63). Con esto comenzó un proceso de acercamiento, se suavizó la oposición retórica entre la poesía que inventa y la historia que informa. Se percibió, por ejemplo, respecto de los textos bíblicos, que sin sacarlos de su contexto primitivo, sin poder leerlos en varios estratos, no habría sido posible una interpretación progresiva de la confusa realidad histórica. Y al verse coaccionado el historiador a construir su historia fundamentándola artística, moral y racionalmente, debió remitirse también a los medios de la ficción.

Chladenius demostró que la realidad, una vez pasada, no podría ser recapturada por ninguna representación, Así, la antigua pareja de opuestos *res factae/res fictae* perdió fuerza y, tanto desde la teoría del conocimiento, como de la técnica de la representación, no se exige ahora al historiador que ofrezca una realidad pasada, sino la ficción de su facticidad. Esto no implica que se niegue la diferencia que tiene que existir entre las narraciones que informan lo que ha acaecido realmente, y las que relatan o renuncian a toda señal de realidad. Para Koselleck, la dificultad consiste sólo en que el status lingüístico de un relato histórico o de una representación no determina si se debe tratar de un informe de la realidad o de una mera ficción. Lo esencial es que se salió de la pura relación de oposición entre los *res factae* y los *res fictae,* en cuyo interior se incluyen las tonalidades de las pasiones, sentimientos y emociones.

Otra razón del cambio deriva de nuevas reflexiones sobre el problema del tiempo histórico. A causa de la necesidad de intervalo temporal -inalcanzable desde la teoría del conocimiento- para crear un nuevo pasado, y no debido a concesiones románticas a la poesía, los historiadores han podido remitirse a la proximidad existente entre la historiografía y la poesía. Antes de pasar a estudiar esta problemática en un conmovedor terreno, como el de la conexión entre los sueños y el terror bajo el Tercer Reich, Koselleck afirma con convicción: «Der reflektierte Zeitenabstand zwingt den Historiker, geschichtliche Wirklichkeit zu fingieren, und zwar nicht in der Redeweise des ‘es war’. Vielmehr ist er grundsätzliche gehalten,

sich der sprachlichen Mittel einer Fiktion zu bedienen, um einer Wirklichkeit habhaft zu werden, derem Tatsächlichkeit entschwunden ist» (pág. 282) («El intervalo temporal reflexionado obliga al historiador a fingir la realidad histórica y, por cierto, no según la forma de hablar del 'fue'. Más bien está fundamentalmente obligado a servirse de los medios lingüísticos de una ficción para apoderarse de una realidad cuya autenticidad ha desaparecido»). No sólo razones de estilo y estética escrituraria obran, pues, para determinar el enlace entre lo real y lo ficto-emotivo, sino inevitables problemas de técnica temporal, trabajada a fondo por nuestro autor.

Si nos apartamos de la historia y contemplamos, ahora, el punto a partir de la estética, veremos que este tipo de análisis se mantiene en todas sus líneas. En *Aesthetic Experience and Literary Hermeneutics* (University Minessota, 1982) Hans Robert Jauss confirma la inexistencia de provincias del significado completamente separadas entre la estética y los otros campos. No se puede acordar a la estética, revela el status de un subuniverso cerrado. La tradicional formación y renovación del poder de la experiencia estética «presupone que su provincia de significado no está completamente contenida en el aquí y ahora de un subuniverso cerrado». En términos de la sociología del conocimiento, la experiencia estética puede formar un mundo por sí sin eludir por ello la referencia al suspendido mundo de todos los días. La experiencia estética puede entrar más bien «en una relación comunicativa con el mundo de todos los días o cualquier otra realidad y anular la oposición polar de ficción y realidad». Remitiéndose a Wolfgang Iser, afirma con él: «en lugar de ser su mera oposición, la ficción nos dice algo acerca de la realidad»[10]. Este último, en su magnífico texto *Das Fiktive und das Imaginäre* (Suhrkamp, Frankfurt an Main, 1991), se pregunta en el capítulo 1, punto 1, «El saber mudo de la Ficción y la Realidad»: ¿Son los textos realmente ficticios tan fictivos y carecen de ficciones aquellos que no se pueden designar así? Como no puede dejar de atenderse a la legitimidad de esta cuestión, nacen dudas acerca de si, «en el mudo saber», todavía resulta útil la oposición entre ficción y realidad, para la descripción de textos ficticios. «... Wenn es sich so verhält, dann ist damit auch die Opposition von Fiktion und Wirklichkeit verabschiedet,

[10] Sobre la función cognoscitiva de las ficciones, el más logrado texto es *Funktionen des Fiktiven. Poetik und Hermeneutik X,* Wilhlem Fink Verlag München, 1883, con artículos de Odo Marquard, Wolfgang Iser, Richard Rorty, y el mismo Jauss, entre otros. El libro de Iser, al que se refiere Jauss es *Theorie ästhetischer Wirkung,* Uni-Tascenhnbuch 636, Munich, 1976. En el mismo sentido, puede verse *Fantasy and Mimesis,* de Kathryn Hume, Methuen Inc., New York, 1984: «... As sublimation, fiction takes our worst fears and tames them by organizing them in form charged with meaning and value», pág. 173.

denn sie impliziert als «stummen Wissen» immer ein Bezugssystem, das für dem Akt des Fingierens als Grenzüberschreitung nicht mehr in Anschlag gebracht werden kann. Denn nun gilt es, Relationen aufzusuchenm statt Oppositionen auszumachen...». «Cuando esto así acaece entonces, la oposición entre Ficción y Realidad es también despedida, pues implica siempre, en tanto «mudo saber», un sistema de referencia, que ya no puede ser tenido en cuenta para el acto del fingir concebido como límite insuperable. Entonces resulta válido escoger relaciones, en lugar de hacer oposiciones...». En este libro W. Iser desarrolla, tanto sistemática como históricamente, las condiciones de constitución de lo ficticio y lo imaginario de la literatura, y hacer captable su obrar común en una teoría del juego de los textos literarios. El acercamiento, y los efectos recíprocos indispensables entre ficción y realidad, es planteado, como se ve desde ambos ángulos: la historia y la literatura.

Ahora bien, lo que ha hecho Lejeune en su crítica ha sido precisamente plantear la exclusiva legitimidad de un lenguaje sustentado en *res factae*. Y lo hizo para abonar el relato de un episodio histórico como el de Rivière presentado por Foucault y su grupo, en el que los *res fictae*, las emociones y las pasiones debieron necesariamente acompañar a lo fáctico para la mejor reproducción y difusión del caso. Sin este modo de narración, concluimos probablemente el caso Rivière hubiera quedado irremediablemente sepultado en el polvo de los archivos de Aunay.

A la manera de n positivista obstinado y dogmático como algunos quedan todavía en algunas disciplinas como la jurídica, Lejeune podría de cualquier manera argüir que la relación y acercamiento ente *res factae* y *res fictae* evidenciados por la ciencia histórica moderna a la Koselleck, le resulta extraña, tan extraña, tan extraña como la fórmula de Foucault del «On a beau dire ce qu'on voit, ce qu'on voit ne loge pas dans ce qu'on dit», con la que comenzamos este trabajo.

Está en su derecho. Pero Peter estaría también en el suyo si le replicara con la fina ironía empleada por Poe (para no salir de *La lettre volée*) al referirse en un pasaje al Prefecto de Policía, ante una idea de Dupin:

-«Si es un caso que requiere reflexión -observó Dupin, absteniéndose de encender la mecha- lo examinamos mejor en la oscuridad.

-Ésta es otra de sus extrañas ideas -dijo el Prefecto, quien tenía la costumbre de llamar "extrañas" a todas las cosas que superaban su comprensión, y que vivía así entre una legión completa de "extrañezas"».

NOTAS SOBRE DISCRECIONALIDAD Y LEGITIMACIÓN

El lugar de la discrecionalidad en un Derecho en cambio

Aunque me hubiera gustado hablar de cuestiones de legitimidad, porque creo que afectan al núcleo de los problemas de justificación y exige un gran esfuerzo en torno a la construcción de criterios de racionalidad y justicia -legitimidad crítica- tal como hace Elías Díaz, mi propósito es mucho más modesto. Se circunscribe principalmente al área de la legitimación, a la percepción por parte de los ciudadanos de la conexión entre Derecho, ejercicio del poder y criterios de justificación en un momento en el que sobre el Derecho planean importantes transformaciones sociales. Entre todos los aspectos que cabría analizar mi interés se encuentra también limitado a una sola de las cuestiones que es posible suscitar en este contexto: el alcance de la discrecionalidad. Es cierto, que la existencia de decisiones discrecionales o de lo que se denomina un «Derecho flexible» no es un fenómeno enteramente novedoso, sin embargo, los cambios operados en muchos sistemas jurídicos han hecho de la discrecionalidad un factor suficientemente central como para que repercuta en algunas de las proyecciones de la legitimación del sistema.

Como resultaría imposible en este trabajo tratar de explicar los cambios a los que me he referido y sobre todo describir y calibrar adecuadamente sus causas, fijaré mi atención sólo en algunos aspectos muy concretos de las formas de regulación que el poder político ha elegido para ejercer el poder a través del Derecho, y aquí nos encontramos con aspectos que aunque puedan parecer de matiz, en mi opinión constituyen un indicador de algunas de las direcciones que hoy adopta el Derecho y que están relacionadas con su legitimación. De lo que no es posible desentenderse, sin embargo, es de que el objeto de análisis -el Derecho- pasa por momentos de cambio o,

dicho con otros términos, precisa acomodarse a nuevas formas y a funciones distintas, lo que exige, como consecuencia, nuevas categorías, conceptos e instituciones que comienzan a primar frente a otras que han sido tradicionalmente básicas.

En este sentido, quisiera llamar la atención sobre dos perspectivas que a la vez están relacionadas. De un lado, que los cambios y transformaciones que se están produciendo en el orden social, económico, cultural, exigen que el Estado y el Derecho desempeñen nuevas funciones. Sin embargo, si se observa cómo se está articulando este proceso, vemos que no consiste tanto en sustituir funciones tradicionales o clásicas por otras, sino en aumentar o solapar nuevas dimensiones funcionales, en algunos casos yuxtaponiendo unas a otras. Lo que, claro está, no puede producirse sin tensiones y contradicciones. Así, tradicionalmente, el Estado ha desempeñado, entre otras, una función de tratamiento de conflictos y de orientación social a las que después se unieron tareas de prestación de servicios públicos y de intervención económica; ahora además asume un cierto papel de intermediario o moderador, de organizador y coordinador de objetivos sociales y de intereses públicos y privados, que ha dado lugar a una importante descentralización de las decisiones, a que los procedimientos negociadores ocupen un lugar destacado y no periférico y a mayores grados de flexibilidad. Lo que comporta, desde el punto de vista jurídico, nuevos problemas de regulación, procedimientos de toma de decisiones, estructuras y acciones que tienen unas facetas distintas[1]. Pero además, esas modificaciones tienen efectos en la percepción que los ciudadanos tienen del Estado y del Derecho y en sus expectativas y exigencias. Uno de los problemas que surgen desde estos presupuestos es si los nuevos modos de ejercicio del poder estatal se establecen sobre la base de la aceptación pública del poder político, es decir, de su legitimación.

De otro lado, y como es sabido, en el orden jurídico nos encontramos, por un conjunto de causas y factores, entre las que se encontrarían las que he mencionado, con un cambio en el centro de gravedad del mismo que hoy se sitúa básicamente en la toma de decisiones y en su justificación. Por tanto el cambio de funciones del Derecho se produce íntimamente conectado a la expresión de nuevas concepciones sobre el Derecho y a una distribución distinta de papeles entre los operadores jurídicos. Si la toma de decisiones pasa a

[1] Sobre los factores, procesos y consecuencias de los cambios sociales de los que he hecho mención existe una abundante bibliografía imposible de recoger aquí. No obstante y concretamente por lo que respecta a las repercusiones que pueden tener en el Derecho me parece muy interesante la lectura del primer capítulo del libro de L. Parejo, *Crisis y renovación en el Derecho Público,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ocupar un lugar central significa que cobran una relevancia especial todos los titulares de ese poder de decisión, especialmente claro está legislador y juez y en segundo lugar otros muchos operadores jurídicos. En este sentido no es posible desconocer que los sistemas jurídicos se caracterizan en la actualidad porque en ellos se produce una dispersión del poder de toma de decisiones. Entre otras razones porque su estructura está cada vez más descentralizada y, por otro lado, la actividad interpretativa cobra un valor especial. Por otra parte, y desde la perspectiva de la decisión, se hace especial hincapié en la diversidad de razones que es posible adoptar a la hora de motivar una decisión jurídica, porque entre ellas no interesan sólo las normas jurídicas válidas asumidas como premisas, ni las proposiciones descriptivas de hechos, sino también diversos argumentos que van dirigidos a justificar la aceptación de ciertas normas o los que están orientados a la toma en consideración de las consecuencias de una decisión o a los fines y objetivos que se pretende realizar. Todo ello, como veremos tiene una proyección importantísima en la discrecionalidad.

El Derecho, como orden normativo predominante en una sociedad y monopolizado por el Estado, ha sido el fundamento y el instrumento de poder estatal moderno; modelo de Estado basado en la concepción del Estado de Derecho, es decir, en la idea de un poder político sometido a normas que él mismo produce. En este sentido, el Derecho ha sido considerado tanto como un instrumento del Estado, como factor elemental de legitimación del mismo y esta decisiva función, entre otras, como tantas veces ha subrayado Elías Díaz[2], es la que hace del Derecho una realidad suficientemente autónoma, capaz de manifestar una influencia propia y específica en el grupo social y, por tanto, su aceptación y su efectividad devienen de su congruencia con valores, intereses, usos sociales o tensiones del grupo social y no de la concentración del poder político en manos del Estado.

Como tantas veces se ha señalado de un tiempo a esta parte, el Estado de corte europeo occidental, como tipo de Estado, se encuentra

---

[2] Elías Díaz, *Sociología y Filosofía del Derecho,* Madrid, Taurus, (1971) 1989, págs. 11-12, 201-204. A estos efectos, habría que llamar la atención sobre el punto de vista de las teorías «sistémicas» que si bien aciertan a explicar el sistema social como conjunto de dimensiones funcionales o subsistemas que se encuentran interrelacionados, sin embargo, tienen que hacer frente a importantes obstáculos a la hora de explicar qué subsistema tiene, en cada momento, mayor capacidad para estructurar las formaciones sociales. Ciertamente, todos tienen relaciones de dependencia respecto de los demás, pero esto no puede significar que se encuentren en planos de igualdad; de lo contrario no se podría explicar, por ejemplo, cuáles son las razones por las cuales el subsistema político muestra una capacidad limitada para dirigir la economía.

sometido a un intenso debate y además su propia existencia está permeada de importantes tensiones y movimientos contradictorios o paradójicos, sometido aun a la inercia de su propia evolución[3]. Como señala Parejo Alfonso[4] el éxito del modelo socioeconómico y político que se va afianzando a través de la fórmula del Estado Social de Derecho genera nuevas condiciones sociales, económicas y culturales que acaban por desbordar el marco de referencia que las hacía posibles. La quiebra del principio del crecimiento y desarrollo continuados y los límites de la expansión de las funciones redistributivas e integradoras del poder público minan la confianza en la capacidad del Estado para la dirección efectiva de los procesos sociales. Pero esta quiebra, como escribe Elías Díaz[5], no lo es sólo de unas condiciones y un modelo económico, sino también una crisis de legitimación, es decir, de valores culturales y sociales, de concepciones del mundo que la sociedad expresa, también, contradictoriamente y donde conviven valores marcadamente individualistas con perspectivas que subrayan la dependencia social del individuo en un marco social complejo en el que la interrelación social y la contradicción entre los diversos intereses se hace cada vez más patente. Todo ello, además cuando la construcción jurídica del Estado y del Derecho público, desde el punto de vista dogmático, aun pervive solapando principios, categorías y técnicas procedentes tanto del Estado Liberal de Derecho como del Estado Social[6]. La yuxtaposición de dimensiones,

---

[3] Entre otras razones, por la falta de claridad de la propia definición de poder público, identificada reductivamente en determinados momentos con la idea de poder estatal y depositada en la actualidad en manos tanto de poderes públicos como privados que imponene su lógica y su protagonismo a partir de parámetros de racionalidad limitados, en muchas ocasiones a postulados de eficiencia que plantean importantes problemas respecto de su legitimidad. J. J. Aguirre de la Hoz, *La dicotomía público-privado: descripción y crítica. Ideología e historia de su constitución,* Tesis Doctoral, Dirigida por J. de Lucas, Valencia, 1993, pág. 181-182. 652, 669-677, 741, 753-754. Vid. también, Olivas, «Problemas de legitimación del Estado social», cit. págs. 25-25.

[4] L. Parejo Alfonso, *Crisis y renovación en el Derecho Público, op. cit.,* págs. 11-13.

[5] Elías Díaz, «El nuevo contrato social: instituciones políticas y movimientos sociales», *Crisis y futuro del estado de bienestar,* R. Muñoz de Bustillo (comp), Madrid, Alianza, pág. 227.

[6] A esta dualidad de la regulación jurídica del Estado hacen referencia muchos autores a través de la referencia a realidades ya acuñadas a las que se refieren como «Derecho informal», *Infra droit,* etc.. En nuestro contexto podemos referirnos a J. A. Santamaría Pastor que habla de tres niveles o esferas en el Derecho administrativo. Un derecho *oficial,* cuyos principios se recogen en la Constitución y en las principales leyes, pero cuya estructura responde fundamentalmente a la del Estado liberal. Un derecho subterráneo que ha afectado directamente al principio de legalidad y a la teoría de fuentes y finalmente, un derecho marginal que se ha desarrollado al margen

a veces, forzada y contradictoria de los dos modelos de Estado ha conducido a una combinación compleja entre funciones de control de orden jurídico, político y social[7]. La evolución del Estado social ha dado lugar a dos dimensiones fundamentales de este modelo de Estado de Derecho, la que se denomina materialización del Derecho que, como muestra Estévez[8], es una consecuencia de la puesta en cuestión de determinados presupuestos del diseño del Estado liberal clásico. En particular, de las relaciones entre política y economía y de la división de poderes. Y una segunda línea evolutiva que se denomina procedimentalización del Derecho, a través de la cual, el Derecho desempeña una función facilitadora que se desarrolla básicamente a través de la regulación de procedimientos, formas de participación y organización, cuyo objeto es lograr una cierta autorregulación de diverso sectores jurídicos[9].

Discrecionalidad: alcance y límites

La diversificación de funciones del Derecho, su articulación como un complejo policéntrico de titulares de decisión, las exigencias que provienen del carácter central de la toma de decisiones, el tipo de procedimientos que comportan y el papel de los operadores jurídicos, han contribuido, entre otros factores a dar un mayor peso a la discrecionalidad en el orden jurídico. La idea que vertebra un proceso así es que la distribución de poderes de decisión se atribuye a instancias que por sus rasgos característicos reúnen mejores condiciones para adoptar una decisión lo más acertada posible.

La discrecionalidad ha sido calificada como un aspecto central del Derecho y a la vez inevitable[10]. Central porque los sistemas jurídicos

---

[7] E. Olivas, «Problemas de legitimación en el Estado social», en *Problemas de legitimación en el Estado social,* Madrid, Trotta, 1991, págs. 12-13.

[8] J. A. Estévez Araujo, «Estructura y límites del Derecho como instrumento del Estado social» en *Problemas de legitimación en el Estado social, op. cit.* págs. 151-155 y 157-158.

[9] G. Teubner, «After Legal Instrumentalism? Strategic models of postregulatory Law», *Dilemas of Law in the Welfare State,* Berlín, New York, Walter de Gruyter, 1985, págs. 314-319. Donde explica las transformaciones en las relaciones entre Derecho y poder y la tendencia a la delegación de competencia para la toma de decisiones hacia organizaciones privadas y público-privadas que, como otra cara de la moneda, ponen de relieve que esas capacidades de decisión hacen de las instituciones entidades políticamente responsables. esp. págs. 317-318.

[10] K. Hawkins, «The Use of Legal Discretion: Perspectives from Law and

contemporáneos distribuyen cada vez más poderes expresos de decisión a funcionarios y operadores en general con objeto de realizar los objetivos legislativos de carácter más general[11]. Inevitable por que el paso de las normas a la acción, de la abstracción a la realidad, implica sujetos que interpretan, realizan y adoptan decisiones. Este último aspecto encierra la perspectiva más tradicional sobre la discrecionalidad, es decir, el planteamiento sobre el alcance de decisiones individuales que proporcionan las normas y es lo que ha llevado a pensar, durante mucho tiempo, que la discrecionalidad no es sino algo periférico en relación con un núcleo de normas que es el que da entidad a un sistema jurídico. Tal punto de vista es, con palabras de Galligan[12] reductivo, menosprecia la discrecionalidad como una desviación y no alcanza a la dimensión más importante de la discrecionalidad que se encuentra precisamente en el modo de ejercicio del poder y su legitimidad, es decir, en todas aquellas áreas en las que se confiere un poder de decisión y donde en mayor o menor medida ese poder puede determinar también los criterios de acuerdo con los cuales se ejerce un abanico de competencias. Por otra parte, ha ocurrido también que allí donde se ha prestado mayor atención a la discrecionalidad dentro del orden jurídico, se ha centrado la atención en el razonamiento judicial de los tribunales superiores, especialmente, en la forma en que los jueces justifican sus decisiones en los casos difíciles y no se ha prestado tanta atención a la toma de decisiones de funcionarios judiciales de menor rango o de los funcionarios de la administración. Con todo, es muy importante recordar que la presencia creciente de discrecionalidad ni proporciona inmunidad ni es equivalente a una toma de decisiones arbitraria, por el contrario, su existencia, correlativa, al cambio de funciones operado por muchos sistemas jurídicos es, antes que nada, un desafío para la existencia de controles jurídicos y sociales críticos e inescindible de la exigencia de mayores cuotas de responsabilidad por quiénes son titulares de un poder de decisión[13].

Social Science», *The Uses of Discretion,* Oxford, Oxford University Press, 1992, pág. 11.

[11] El punto de vista clásico de los teóricos del Derecho sobre la discrecionalidad centra su atención en el Derecho como sistema de normas y criterios que en cierto modo predeterminan la decisión. En todo caso, el comportamiento discrecional quedaría limitado a los casos de ausencia o indeterminación del material jurídico. Es decir, se plantearía como uno de los problemas que genera la interpretación jurídica en el supuesto de falta de claridad o en los casos de lagunas.

[12] D. J. Galligan, *Discretionary Powers. A Legal Study of Official Discretion,* Oxford, Clarendon Press, 1986, págs. 1-2.

[13] Es bien conocida la dicotomía que expresa A. V. Dicey al contrastar un sistema de autoridad donde los poderes de los funcionados están regulados por normas jurídicas generales y un sistema en el que los poderes son «amplios, arbitrarios o

Ciertamente, el punto de vista que se adopta en relación a la discrecionalidad es plural y depende básicamente de la visión que se tiene del Derecho y de la función de los operadores en él. Como tantas veces se ha escrito[14], el viejo anhelo del formalismo jurídico -plenitud del ordenamiento jurídico, carácter mecánico del proceso de aplicación, única respuesta correcta, etc- ha sido fuertemente criticado, y sin embargo, sus premisas ideológicas han pervivido inalteradas durante mucho tiempo y defendidas en la actualidad por posiciones enfrentadas al positivismo como es, por ejemplo, la representada por Dworkin[15]. Desde estos presupuestos el papel de los operadores jurídicos y especialmente de los jueces está estrechamente unido a los presupuestos ideológicos a los que me refería. De tal forma que la pervivencia de un modelo de juez que debe encontrar siempre la respuesta correcta porque ésta existe en el orden jurídico

---

discrecionales», *The Law of the Constitution,* London, MacMillan, 1961, pág. 188. Es característico de la utilización del término en el lenguaje jurídico que una decisión es arbitraria no cuando es menos racional de lo que podría ser, sino cuando no alcanza el mínimo umbral de racionalidad. K. Hawkins indica también, a estos efectos, cómo la acusación de arbitrariedad o del carácter caprichoso de una decisión surge de la distancia que se produce entre las expectativas que produce la toma en consideración de una norma jurídica y cómo se debe adoptar una decisión y de otro lado, las determinaciones sociales prácticas de las decisiones y los modelos de comportamiento rutinario de los operadores. «The Uses of Discretion», cit. pág. 13.

[14] Por lo que respecta al planteamiento de la tensión entre unidad de solución justa y discrecionalidad, vid. L. Prieto, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, págs, 103 y ss, 119-120.

[15] R. Dworkin en su obra *Los derechos en serio,* Barcelona, Ariel, 1984, trad. M. Guastavino, establece, como es sabido, la distinción entre un sentido débil de término discrecionalidad y un sentido fuerte. El primer sentido hace referencia a una decisión que se basa en una norma que ha de ser interpretada, que no admite una aplicación mecánica o bien cuando una autoridad adopta una decisión que no es susceptible de ser revisada por ninguna instancia superior (pág. 49). Habla de discrecionalidad en sentido fuerte para aquellos casos en que el juzgador no está vinculado por criterios impuestos por la autoridad y debe crear su propio criterio de decisión (pág. 85). Su concepción integrativa del Derecho, la confianza que muestra hacia la unidad de solución justa, la estructura del razonamiento judicial que defiende y la posición institucional de quien administra justicia le llevan, como indica L. Prieto en *Sobre principios y normas,* cit. págs. 111 y ss. a excluir la discrecionalidad fuerte, que se limitaría a los supuestos de lagunas y de soluciones normativas injustas o inadecuadas a la luz de los principios- y a reducir el peso de la discrecionalidad débil que se resuelve a través del ejercicio del discernimiento o buen sentido, porque en el fondo no acepta las consecuencias de este tipo de discrecionalidad (pág. 115). En definitiva, «para Dworkin la discrecionalidad no es aceptable en ningún sentido porque a la luz del Derecho -tal y como él lo entiende- *debe* existir siempre una respuesta correcta o, al menos, una más correcta que cualquier otra» (pág. 116).

preconstituida a la decisión del caso[16], ha comportado el mantenimiento de un juez irresponsable o, al menos, aunque sea responsable desde el punto de vista técnico, no lo es desde el punto de vista político porque su decisión está determinada previamente.

Dworkin, sin embargo, tiene razón cuando afirma que la discrecionalidad sólo cobra sentido en contextos normativos, «El concepto de discrecionalidad -escribe- sólo es adecuado en un único tipo de contexto; cuando alguien está en general encargado de tomar decisiones sujetas a las normas establecidas por una autoridad determinada»[17]. Es un problema que se plantea inmediatamente al adentrarse en la complejidad de los procesos y en la diversidad de sujetos que adoptan decisiones. Es decir, con Galligan[18], la discrecionalidad no es tanto un efecto colateral de la existencia de normas, sino un modo de conferir poderes allí donde se considera importante que los operadores y especialmente los funcionarios adopten decisiones atendiendo fundamentalmente a los criterios que deben guiar su forma de ejercer el poder. Normas y principios no son el reverso de la discrecionalidad, puesto que son ellos los que constituyen, definen y someten a sujeción la discrecionalidad. Para K. Hawkins no es sino «el espacio entre las normas jurídicas en el que los operadores pueden ejercer su capacidad de decisión»[19]. Sin embargo, es importante tener en cuenta que el alcance y el contexto en el que se ejerce la discrecionalidad no afecta sólo a sus límites jurídicos y a su definición, porque en primer lugar es un ejercicio de poder social y en ese sentido en ella se producen importantes implicaciones entre valores sociales y jurídicos[20].

---

[16] Entre otros muchos textos, para un examen sintético de las diferentes versiones de la tesis de la respuesta correcta, puede verse A. Aarnio, «La tesis de la única respuesta correcta y el principio del razonamiento jurídico», *Doxa,* nº. 8, págs. 24, 32 ss.

[17] R. Dworkin, *Los derechos en serio, op. cit.* págs. 84-85.

[18] D. J. Galligan, *Discretionary Powers, op, cit.* pág. 2. Donde insiste en que la discrecionalidad del poder no es un fenómeno meramente periférico al ejercicio de autoridad, ni tampoco una desviación indeseable de un ideal de gobierno a través de normas.

[19] K. Hawkins, «The Uses of Discretion», cit. pág. 11.

[20] De entre el abanico de cuestiones que plantea la discrecionalidad este es uno de los más importantes. Al respecto puede verse, por ejemplo, el trabajo de John Bell, «Discretionary Decision-Making: A Jurisprudential View», en *The Uses of Discretion, op. cit.* págs. 95 y ss. Sobre ello inciden muchos autores y es importante destacar que, en este sentido, el punto de vista de los científicos sociales es quizá más amplio que el de los teóricos del Derecho, porque sitúan el análisis de la discrecionalidad en el contexto general de la toma de decisiones Y prestan atención a los condicionamientos de tipo social, económico y político que afectan al ejercicio del poder.

En el tratamiento doctrinal sobre la discrecionalidad suele señalarse dos aspectos o dimensiones de la misma. Por un lado el relativo a la elección y por otro el del poder. Por lo que respecta al primer aspecto, casi todas las definiciones de discrecionalidad comienzan con la noción de elección[21]. En este sentido, un poder discrecional es entendido como capacidad de decidir circunscrita a un conjunto de límites. La idea de elección, por su parte, como indica Venezia, hace referencia al grado de autodeterminación que posee el sujeto que decide y al área sobre la que ejerce la elección, como una consecuencia de la responsabilidad que tiene. La elección que realiza el operador jurídico puede afectar a la decisión sobre si debe actuar, sobre cómo debe hacerlo y sobre las razones apropiadas para su acción[22]. El ejercicio de la discrecionalidad como posibilidad de elegir criterios de decisión, por su parte, no es incompatible, evidentemente, con la existencia de condicionamientos o restricciones, que no quedan limitados a los objetivos que deben ser perseguidos y al espacio en el que se puede elegir, aunque estos criterios cumplen un papel básico en la decisión ya que los términos del poder delegado constituyen, como se ha escrito, las fuentes primarias de orientación, sino que afectan también a la racionalidad en el ejercicio de la discrecionalidad. De modo que la decisión debe resultar justificable desde el punto de vista racional y desde los objetivos que se persiguen al conferir un poder de decisión. Es decir, dentro de la esfera definida de poder, el operador que adopta una decisión debe reflejar los objetivos y propósitos que la guían y establecer los criterios para su realización y, es posible que la discrecionalidad se de en alguno de esos dos factores[23].

---

[21] Como recuerda John Bell, tanto en las definiciones que proporcionan Galligan o J. C. Venezia, *Le Pouvoir discrétionnaire,* París, L. G. D. J., 1959, pág. 132 que son consideradas como los trabajos más importantes de teoría del Derecho sobre la discrecionalidad, como en la contribución de K. C. Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry,* Baton Rouge. Louisiana Univ. Press, 1969, pág. 4, se pone el peso del concepto en la comprensión de la discrecionalidad como elección.

[22] Galligan afirma que el sentido básico de la idea de discrecionalidad hace referencia a «un alcance significativo para establecer las razones y estandars de acuerdo con los cuales... se va a ejercer un poder, y para aplicarlas en la toma de una decisión específica», *Discretionary Powers, op. cit.* pág. 21.

[23] D. J. Galligan señala a estos efectos que los poderes discrecionales pueden ser entendidos como subsistemas de autoridad dentro de los cuales los funcionados tienen diversos grados de libertad y autonomía. Por tanto, que pueden decidir en algún sentido significativo cuáles son los estandars y pautas, así como las estrategias para su realización y su aplicación a casos específicos, sujetos a una guía que deriva de la red de principios que envuelven a la propia institución. Desde este punto de vista, para entender la idea de discrecionalidad hay que poner en relación dos conjuntos de variables. En primer lugar está en función de la presencia relativa o la ausencia de criterios para la decisión, del alcance que pueda tener la valoración por estandars para la decisión, del alcance que pueda tener la valoración y el juicio por

En este sentido la revisión judicial de las decisiones está estrechamente vinculada a criterios de racionalidad orientados a fines u objetivos. Es posible detectar, a estos efectos, una tendencia a desarrollar criterios generales en la toma de decisiones, que se centran en la definición de objetivos sociales y en criterios sobre las formas de ejercicio del poder lo que da como resultado la formulación de una red de estandars generales, como pautas de acción racional que proporcionan consistencia entre las decisiones. En este sentido, las directrices políticas o las consideraciones sobre el bienestar general (policies) forman una parte muy importante de esta red de criterios[24]. Finalmente, existen también límites institucionales para toda actuación discrecional, ya que los poderes se confieren en un marco institucional que provee el contexto y los límites para la toma de decisiones. De modo que el espacio real de libertad para elegir sólo puede ser valorado adecuadamente desde un marco institucional concreto[25].

Si la elección implica un grado de autodeterminación en el marco de un conjunto de límites, la discrecionalidad puede producirse, pero también es más amplia que el juicio que se emite en la interpretación y aplicación de criterios. Como indica Bell[26], tener una libertad

---

parte de quién decide y de los términos de su autoridad. El segundo conjunto de variables estaría integrado por el punto de vista interno, es decir, por las actitudes de los funcionarios respecto de sí mismos y por los acuerdos institucionales existentes.

[24] Como subraya L. Prieto en relación con las decisiones judiciales, de un lado, la toma en consideración de objetivos sociales no es una práctica judicial antidemocrática, sino que representa un cabal sometimiento a las decisiones constitucionales. De otro, la evaluación de las consecuencias de la decisión, si bien no puede elevarse a único criterio justificatorio, está integrada en el conjunto de criterios generales, en la medida que supone tomar en cuenta el posible impacto de la decisión y tiene una relación directa con funciones básicas del Derecho como es la de estimular o desalentar conductas. *Principios y normas, op. cit.* págs. 120-121. Con relación al peso de los argumentos de tipo consecuencialista, el autor remite a las tesis de N. Maccormick, «On Legal decisions and their Consequences: from Dewwy to Dworkin», *New York University Lav Review,* nº. 58, 1983, págs. 240 y ss.

[25] En este sentido habría que tomar en consideración un conjunto relativamente amplio de límites normativos. Como pone de relieve K, Hawkins, la discrecionalidad está ampliamente relacionada con la utilización de normas y con la decisión sobre la relevancia del uso de las normas. Puede ocurrir que desde el punto de vista jurídico una decisión parezca discrecional y flexible y sin embargo. esté orientada y condicionada por normas pero que no son jurídicas en sentido técnico, sino institucionales, sociales o de organización. «The Use of Legal Discretion...», cit. pág. 13. Vid. También, M. Baumgartner, «The Myth of Discretion», págs. 152-156. Otros autores, insisten, sin embargo, en las restricciones que imponen al ejercicio de la discrecionalidad factores tales como la formación de los juristas, la estructura institucional y la dinámica interna de la entidad en la que se encuentra incardinado quién decide. Puede verse, entre otros, C. E. Sscheider, «Discretion and Rules. Lawyer's View», en *The Uses of Discretion, op. cit.* pág. 79-87.

[26] J. Bell «Discretionary Decision-Making...», cit. pág. 94.

genuina de acción dentro de un abanico significativo de opciones es suficiente para identificar la importancia de un poder, desde el punto de vista político, aunque, evidentemente, no se trate de una elección ilimitada. En un sentido estricto, habría discrecionalidad en aquellas decisiones en las que los criterios y su aplicación a casos particulares plantean problemas de determinación final por la propia autoridad delegada. Este planteamiento se reconoce frecuentemente en muchos sistemas jurídicos, pero esta visión de la discrecionalidad no ofrece con carácter previo una defición clara de una forma de poder, por el contrario, existen grados y diversas formas atendiendo a los factores que intervienen en la discrecionalidad[27]. Además los poderes discrecionales, ni siquiera en sentido estricto son inmunes al control jurídico, no sólo porque en última instancia son los tribunales los que determinan, desde un punto de vista jurídico, qué titulares de un poder tienen discrecionalidad y en qué medida sino porque además -escribe Galligan- «pueden constituir un potencial considerable para un sistema de controles jurídicos más crítico y penetrante de los poderes discrecionales»[28].

Una segunda dimensión o aspecto relevante de la idea de discrecionalidad es la existencia de una autorización para determinar los propios criterios de acción por parte de un sujeto en relación a otros. A estos efectos podríamos afirmar que diferentes perspectivas doctrinales dirigen su atención a problemas como las formas a través de las cuales se ejerce el poder, los modos de control del mismo o la forma en que se distribuye el poder en una sociedad. Ciertamente, el

---

[27] A pesar de la gradación y la limitación de un poder discrecional «auténtico» a estos supuestos, es imposible desconocer, como ponen de relieve numerosos autores la persistente asociación que se produce entre discrecionalidad y discriminación. Cuando se utiliza para justificar mecanismos de exclusión, como una faceta más del ejercicio del poder que no opera sólo sobre quienes toman parte en las decisiones, sino que opera excluyendo a personas y asuntos. Sobre este punto vid. J. Handler, «Discretion: Power, Quiescence, and Trust» en *The Uses of Discretion, op. cit.* págs. 335 y ss, que remite su examen de las formas de poder a las tesis de S. Lukes, Power, New York, New York University Press, 1986. Uno de los efectos más importantes de la carga negativa que comporta la discrecionalidad, como muestra J. de Lucas, a propósito de la aplicación del principio de igualdad y la condición de ciudadano, se encuentra en hacer de los derechos fundamentales un problema de «administración o de policía» que conduce a través de la actividad interpretativa a una dinámica de fragmentación y división de sujetos. *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural,* Madrid, Temas de Hoy, 1994, págs. 185-197.

[28] D. J. Galligan, *Discretionary Powers, op. cit.* pág. 23 y 86-87. Es interesante la reflexión del autor sobre los diversos sentidos en los que puede establecerse la relación entre la revisión jurisdiccional de la discrecionalidad y los principios democráticos, así como los cambios apreciables en las actitudes de los jueces, al respecto vid. págs. 234-257.

modelo o el supuesto básico de poder en el que se produce la discrecionalidad es el que tiene lugar entre funcionarios y ciudadanos, pero también tiene importantes dimensiones en el espacio de las relaciones jurídico-privadas. Aunque, ciertamente, las dimensiones de poder varían de acuerdo con los dos grandes modelos que representan el Derecho público y el privado, a pesar de que hoy una de las transformaciones del Derecho a la que estamos asistiendo es consecuencia del desdibujamiento o la pérdida de límites precisos entre lo público y lo privado en las relaciones sociales. El Derecho privado desempeña una función básicamente facilitadora, esto es, el Derecho tiene la función de proveer condiciones estables para la relaciones privadas en las que las acciones ejecutivas están limitadas a la realización de normas. Aquí la discrecionalidad tiene un papel limitado y lucha por realizar, por obtener un status de legitimidad. Por su parte el modelo de Derecho público el orden social, precisa medidas de intervención y mediación muy importantes, y es aquí donde la discrecionalidad puede entenderse como una parte de la realización de los objetivos políticos, en el sentido más amplio del término, y de este modo plantea mayores problemas en el orden de la legitimación tanto para el sistema político como para el jurídico. Sin embargo, si bien el poder discrecional se muestra preferentemente en la capacidad de decisión de algunos funcionarios esto no significa que la discrecionalidad se produzca sólo en la esfera de acción estatal, por el contrario otra de las manifestaciones importantes de los cambios sociales se sitúa en la expansión del alcance de la discrecionalidad privada por ejemplo, en las áreas que están sometidas en la actualidad a procesos de desregulación. Y no está muy claro que el tipo de discrecionalidad que se produce en estos ámbitos sea de un tipo diferente a la que se ejerce hoy desde los poderes públicos[29], pero el problema más que en la propia identificación de la discrecionalidad se encuentra, si atendemos a las actitudes de los funcionarios y de todos aquellos que ejercen un poder discrecional, es si coinciden en sus propósitos, esto es en realizar objetivos de bienestar social -*Social policies*-.

Es decir, la cercanía de los modelos correspondientes al Derecho público y al privado se explica, en parte, de un lado, porque la discrecionalidad no puede ser entendida como una relación de poder unilateral y, de otro porque la descentralización, coordinación interna y separación funcional son rasgos que permean todo el orden jurídico. Así, como muestra L. Parejo[30], el poder público necesita apoyarse en la esfera de la economía privada y acudir a fórmulas de

[29] J. Bell, «Discretionary Decision-Making...», cit., pág. 96.
[30] L. Parejo Alfonso, *Crisis y renovación en el derecho público, op. cit.* pág. 20-21.

concierto, transacción y cooperación con grupos y agentes privados, incluso, como ya he señalado para definir y dar contenido a la categoría de interés público. Este proceso ha dado lugar a la aparición de lo que se denomina «Derecho negociado», para hacer referencia a la idea de que tanto la función de tratamiento de conflictos como la de promoción de las condiciones básicas de la vida social se realizan de un modo tendencial a través de acciones concertadas, pactadas o negociadas más que por imposición unilateral de mandatos. Lo que ocurre es que estas transformaciones se producen en el marco de una cierta tensión, como ya señalado anteriormente, entre la actuación formal -conforme a las categorías y procedimientos establecidos y regulados por el Derecho- y una actuación informal que cada vez hace más difícil explicar el sistema jurídico únicamente como resultado de su formalización legal.

Aparentemente y frente al modelo propio del Derecho privado liberal que institucionalizó, en cierto modo, la libre elección de modelos de conducta; al posterior desarrollo de importantes sectores del Derecho público que se proponían normativamente más vinculantes, le ha sucedido una mayor flexibilidad de los modelos jurídicos. Lo que ha dado lugar, tal como advierte Ferrari a «un Derecho móvil, disponible, imprevisible, regido por una especie de tácita metarregla que advierte que cualquier regla, durante la interacción puede ser desconocida o modificada»[31]. Tal flexibilidad puede observarse en el ámbito de la administración en cuanto hoy existen mayores márgenes de acción que alcanzan incluso a la negociación o acuerdo sobre los términos de aplicación de la ley, pero también en el Derecho penal, aunque paradójicamente sea el que presente un mayor grado de vinculación. Existe un fenómeno en el ejercicio público de la acción penal que hoy se haya inserto en muchos órdenes jurídicos aunque no esté institucionalizado en todos, el denominado *plea bargaining* o negociación, que consiste en «el intercambio de concesiones oficiales y un acto de reconocimiento de culpabilidad»[32].

Desde el punto de vista legislativo, además es posible observar cómo no sólo se ha producido un creciente aumento de las normas

---

[31] V. Ferrari, *Funciones del Derecho,* Madrid, Debate, 1989, trad. J. de Lucas, M. J. Añón, págs. 150-151.

[32] A. W. Alshuler, «Plea Bargaining and its History», *Law and Society Review,* vol. 13, pág. 213. Sin embargo, como muestra V. Ferrari, el aspecto más interesante de la «negociación» entre acusado y acusador, desde el punto de vista sociológico, está relacionado con los casos de ejercicio unilateral de la discrecionalidad acusatoria o judicial, como la absolución injustificada o la reducción de las acusaciones y los casos de intercambio de concesiones oficiales y diferentes actos de reconocimiento de culpabilidad, como ofrecer el resarcimiento del daño a la víctima de un delito, dar informaciones o prestar testimonio contra otros sospechosos. Vid. también. C. Menkerl-

de competencia u organización, que como sabemos no responden al esquema tradicional de mandato de carácter general y abstracto y deberes directos hacia los ciudadanos, sino que se regula a través de determinaciones de fines y objetivos, así como de mandatos de búsqueda y encuentro de la solución que en cada caso sea más idónea y adecuada[32]. Cambios que no pueden sino repercutir en el comportamiento de sus destinatarios y especialmente en el de los operadores jurídicos.

Con todo, y como parece evidente, la discrecionalidad no consiste en tener un poder de decisión y realizar una elección, sino en la posibilidad de adoptar una decisión legítima. Por una parte, como hemos advertido, el Derecho crea una específica discrecionalidad, aquella a la que dota de límites y objetivos, Pero la incorporación de situaciones sociales de poder en el marco de una regulación jurídica produce diversos grados de aprobación o confirmación de las relaciones de poder, incluso aun cuando la regulación jurídica a menudo establezca ciertos límites sobre esta legitimación, imponga controles o abandone el reconocimiento de ciertos acontecimiento. Sin embargo, la importancia de esta legitimación interna al sistema depende en gran medida de la existencia de otras razones justificatorias en el mantenimiento de una autoridad como tal.

Por ello, la justificación de los poderes discrecionales ni puede tener sólo un carácter intrasistemático ni puede establecerse de un modo genérico. Precisamente, la importancia que para un orden jurídico

---

Meadow, «Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving», *Los Angeles Law Review*, nº. 31, 1984, págs. 754-842. Por otra parte, este cambio hacia procesos negociadores en la formulación del Derecho y en el tratamiento de conflictos es uno de los rasgos de identidad del Derecho del Trabajo. A estos efectos puede verse C. L. Alfonso, *Proceso de conflicto colectivo. Sistemas alternativos de solución y autonomía colectiva,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 1993.

[32] L. Parejo, *Crisis y renovación en el derecho Público, op. cit.* pág. 23. En este sentido sostiene que los instrumentos tradicionales -reglas, mandatos, órdenes- se muestran poco idóneos para articular satisfactoriamente una programación de los objetivos del poder. Por ello se ha acudido, en muchos casos, a evitar los conceptos jurídicos indeterminados y a sustituirlos por fijación de criterios materiales de ponderación y decisión, principios y valores-marco, fines y objetivos de acción, criterios sobre un óptimo social, en definitiva a modelos de referencia que se pretenden suficientes como para orientar una decisión (pág. 48). En el mismo sentido, sobre la toma de decisiones a partir de objetivos políticos y sobre la responsabilidad jurídica y política de ahí derivada, vid. Galligan, *Discretionary Powers, op. cit.* Además, como muestra M. S. Feldman, «Social Limits to discretion: An Organizational Perpective», en *The Uses of Discretion,* cuando se ha seguido la técnica de redactar normas absolutamente detalladas con el fin de eliminar la discrecionalidad, se ha producido un efecto contraproducente y la gran complejidad provocada por la profusión de normas ha otorgado mayor libertad de elección al titular de la decisión, págs. 167 y ss.

tiene la toma de decisiones en cuanto se presume que va dirigida a la realización concreta de objetivos y principios básicos de proyectos político-jurídicos, habrá que determinar su legitimación en cada caso y para ello habrá que interrogarse sobre cómo y por qué se procede a delegar un poder de decisión concreto, cuáles son los criterios o principios que provee tal capacidad de decisión y cómo los realiza. A este respecto, parece importante evitar la presunción en favor de la racionalidad de los imperativos funcionales de tipo burocrático y atender a las razones concretas a partir de las cuales se motiva una decisión. Como se trata por tanto de poner el acento en la esfera de la responsabilidad, la relación entre legitimación y discrecionalidad replantea si una de las funciones del Derecho es la de proveer unos parámetros de legitimación para orientar el comportamiento de funcionarios y ciudadanos. Desde esta perspectiva, suele argumentarse que el poder depositado en instituciones puede transformarse en autoridad en la medida en que los valores y prácticas que son aceptadas o constituyen expectativas en un determinado contexto social son sentidas como legítimas en dicho contexto. La aplicación de este presupuesto a la toma de decisiones por parte de los operadores jurídicos lleva a considerar que esas decisiones deben reforzar o estimular el acuerdo u obtener la conformidad de los destinatarios de la decisión en sentido amplio. Pero desde el punto de vista del fenómeno de toma de decisiones discrecionales se entiende que esta función va más allá de crear relaciones de poder y frecuentemente lo que ocurre es que legitima y regula situaciones de poder existentes. Esta función tiene dos órdenes de proyecciones, de un lado, ofrece al titular del poder discrecional razones adicionales para la acción orientadas a asegurar la legitimación social en la forma en la que ejerce dicho poder. Por otra parte, al sujeto de la decisión y a los terceros les da razones para aceptar el poder de quién tiene esa capacidad discrecional como poder de una autoridad legítima. En este sentido, el Derecho afecta -puesto que validez y efectividad de las normas no son categorías idénticas- a las razones para la acción y a las actitudes de los miembros del grupo social.

DOXA 15-16 (1994)

IMPARCIALIDAD, IGUALDAD Y OBEDIENCIA EN LA ACTIVIDAD JUDICIAL

Tienen los jueces la obligación de resolver siempre en conformidad con el Derecho? Las distintas contestaciones que a lo largo de la historia del Derecho, se han dado a esta pregunta, varían por la forma de entender lo que es el Derecho. En efecto, las diferencias se han producido a la hora de concebir a éste como conjunto de normas válidas en cuanto justas, o en cuanto incorporadas al Ordenamiento y aceptadas por ciertos órganos con competencia para ello, o en cuanto expresión del «espíritu del pueblo», etc... En cualquier caso, incluso a aquellos para quienes el Derecho se reduce a las decisiones de los jueces, no les queda más remedio que admitir que éstas se toman desde una premisa normativa (legal, judicial o de otro tipo). Desde una concepción del Derecho como Ordenamiento jurídico, estas páginas van a tratar de adentrarse en algunas cuestiones relacionadas con esta pregunta.

En nuestro Ordenamiento los jueces están sometidos al Derecho (art. 9,1 y 117 de la CE). Ahora bien, existen una serie de cuestiones controvertidas relacionadas con ese sometimiento, tales como la producción normativa judicial, la vinculación de la actividad judicial a los valores constitucionales o la posible existencia de un derecho a la objeción de conciencia en los jueces. Me referiré básicamente a la segunda cuestión, si bien también haré alusión al último problema, que ya he tratado en otro lugar[1] aclarando algunas de sus perspectivas. Todo ello se hará desde la vinculación del Poder judicial a los principios de independencia y sometimiento al Derecho, y teniendo en cuenta su papel dentro de un Estado social y democrático de Derecho[2].

---

[1] Concretamente en «Juez y objeción de conciencia», *Sistema, nº. 113,* 1992. También en «Las tres conciencias», en AA.VV., *Ley y conciencia,* ed. a cargo de G. Peces-Barba, BOE-Universidad Carlos III, 1993.

[2] Esta última expresión se conecta con prescripciones constitucionales tales como el sometimiento al Derecho (art. 9,1), el reconocimiento del pluralismo político y de los derechos de participación (arts. 1,1, 9,2, sufragio...) y, por último, la promoción de los derechos por parte de los poderes públicos (art. 9,2).

1. Alcance de la obediencia al Derecho del Poder judicial

2.1.1. Consideraciones preliminares

Cualquier problema referente a la obediencia al Derecho exige llevar a cabo algunas consideraciones preliminares, tales como la diferenciación entre obligación jurídica y obligación moral[3], entre el significado de la obligación jurídica y el de la obediencia[4], y entre obligación jurídica de obediencia y obligación moral de obediencia.

En relación con ésta última, tres argumentos han destacado en la historia para su justificación. Los argumentos versan sobre el consentimiento, el contenido y la autoridad. El célebre diálogo de Sócrates con las Leyes expuesto por Platón en el *Critón,* es muestra de los primeros, si bien puede encontrarse también en Locke, dentro de su *Ensayo sobre el gobierno civil*[5]. Atendiendo a los argumentos de éste último, es posible distinguir entre consentimiento tácito o expreso. El primero se produciría por la simple utilización de las normas; el segundo por una actuación expresa de reconocimiento del valor del Derecho o del sometimiento al mismo.

La justificación centrada en el contenido tiene también como exponente histórico a Sócrates, si bien está reflejada más claramente en el pensamiento cristiano medieval[6], donde se alude a la obligación de obedecer al Derecho que se considera justo, trasladando el problema, pues a la noción de justicia.

Por último puede destacarse otro grupo de argumentos que vendrían a justificar la obediencia al Derecho proveniente de determinada autoridad. Exponente histórico de este tipo de argumentación vuelve a ser el pensamiento cristiano medieval, si bien puede citarse

---

[3] Se trata de mandatos impuestos por una norma, si bien la primera es jurídica y la segunda moral. Así, la diferencia fundamental se sitúa en su fuente de creación (aunque puede darse el caso de que un centro de producción jurídica sea para algunos también fuente de obligaciones morales).

[4] Una obligación jurídica es un mandato impuesto por una norma jurídica; la obediencia afectará al cumplimiento o no de esa norma. Así, la obligación de obediencia será la obligación de obedecer esa norma (concretamente, la obligación de obedecer la obligación jurídica).

[5] Vid. *Apología de Sócrates y Critón o el deber del ciudadano,* 16 ed., versión castellana de T. Meabe, Espasa-Calpe, Madrid, 1986, págs, 113 y 127; también *Ensayo sobre el gobierno civil,* trad. de A. Lázaro Ros, Aguilar, Madrid 1980, págs. 73 y ss. y 90 y ss. Sobre la obediencia al Derecho vid. Eusebio Fernández, *La obediencia al Derecho,* Civitas, Madrid, 1987.

[6] Vid. por ejemplo Lutero, «Sobre la autoridad secular: Hasta donde se la debe obediencia», en Escritos Políticos, est. prel. y trad. de J. Abellán, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 30 y ss.

también a Max Weber[7]. Desde esta perspectiva se relaciona obediencia con legitimidad y por ende, existe una estrecha relación con los dos argumentos anteriores.

Como he señalado en otro lugar[8], estos argumentos no sirven para justificar la existencia de una obligación moral absoluta de obedecer al Derecho. Son razones para obedecer que, cuando adquieren una consistencia real, apoyan la existencia de una obligación *prima facie.* En la actualidad, el discurso sobre la obediencia viene relacionado con el de la legitimidad, y se suele afirmar que existe una obligación prima facie de obedecer al Derecho cuando este presenta unos contenidos cercanos a la idea de justicia y cuando se han aceptado (consentido) los centros de producción normativa.

Pero junto a la reflexión sobre la obligación moral de obedecer al Derecho, señalaba la posible existencia de una obligación jurídica con ese significado. En nuestro Ordenamiento, tal obligación está recogida con carácter general en el art. 9,1 CE.

Interesa aquí destacar su papel en relación con los poderes públicos. Para ello, hay que acudir no sólo a éste artículo, sino a su juego con los artículos 9,2 y 9,3 también del texto constitucional.

Cabe así hablar de dos proyecciones de la obligación jurídica de obediencia en relación con los poderes públicos. La primera es la tradicional y se identifica con la no transgresión de las normas y con el principio de legalidad. La segunda impone no sólo la no transgresión, sino también la actuación en conformidad con el Derecho. Esto es, una actuación que esté en conformidad con los valores y contenidos básicos del sistema jurídico[9].

2.1.2. La obligación de obediencia de jueces y tribunales: especial referencia a la igualdad y la seguridad

Una vez realizadas estas consideraciones preliminares, abordaré el problema de la obediencia al Derecho de los jueces y tribunales, si bien desde la perspectiva jurídica y no moral. En relación con esta última, sólo señalaré que la obligación moral de obediencia de los jueces es más fuerte, tanto por los principios que definen su actuación, especialmente el de sometimiento al Derecho, cuanto porque si que cabría hablar de un consentimiento expreso y no tácito, prestado

---

[7] Vid. *Economía y Sociedad,* ed. prep. por J. Winckelman, Fondo de Cultura Económica, México 1962, T. I, págs. 172 y ss. y T. II, págs. 707 y ss.

[8] Vid. mi libro *Deberes y obligaciones en la Constitución,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 332 y ss.

[9] Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional 101/83 de 18 de noviembre, fj. 3º. y, con más claridad la 53/85 de 11 de abril, fj. 4º.

en virtud del art. 318 de la LOPJ[10] (aunque ciertamente subsiste el problema del valor de las promesas).

En lo que atañe a la proyección jurídica de la obediencia, señalábamos antes que la sujeción al Derecho de los Poderes públicos forma parte de su misma definición. El principio de legalidad define uno de los rasgos culturales de nuestros sistemas jurídicos. Y todo esto se acrecienta en relación con los jueces, que son un Poder público y que, como señala el art. 117 CE, están sujetos únicamente al Derecho[11].

La obligación jurídica de obediencia que poseen los jueces, se relaciona con la seguridad jurídica y con la obligación promocional. El análisis del significado de estas obligaciones permitirá comprender el valor normativo de la actividad judicial y matizar uno de los postulados que a lo largo de la historia de la cultura jurídica se ha querido proponer como característica esencial de la distinción entre las dos grandes formas de entender el Derecho en nuestro área cultural: la anglosajona y la europeo-continental[12].

En efecto, tradicionalmente se ha acudido a la idea del precedente para establecer una neta diferenciación entre ambas culturas jurídicas. Desde el presupuesto de la inexistencia del valor del precedente en la cultura jurídica europeo-continental se ha negado la consideración normativa de los enunciados judiciales generales.

Entiendo por enunciado judicial general, aquel que fruto de la labor interpretativa y argumentativa, es «creado» por el juez para la

---

[10] En él puede leerse: «1. Los miembros de la carrera judicial prestarán, antes de posesionarse del primer destino, el siguiente juramento o promesa: 'Juro (o prometo) guardar y hacer guardar fielmente y en todo tiempo la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico, lealtad a la Corona, administrar recta e imparcial justicia y cumplir mis deberes judiciales frente a todo'. 2. El mismo juramento o promesa se prestará antes de posesionarse del primer destino que implique ascenso de categoría en la carrera».

[11] No hay que olvidar la relevancia y el significado que posee la interpretación de las normas jurídicas. Vid. Daniel Mendonca, *Introducción al análisis normativo,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992. Y en esta tarea los jueces desempeñan un papel esencial (aunque no único). Por otro lado, la textura abierta de las normas, la existencia de zonas de penumbra, o el imperativo del 1,7 del CCiv, que ordena a los jueces a resolver en todo caso lo asuntos de que conozcan, hacen imposible concebir la tarea judicial como algo no valorativo. Esto no significa que la actividad judicial no esté presidida por el sometimiento al Derecho. La tesis de que los jueces crean Derecho no se enfrenta a esta exigencia normativa. Se trata de un centro más de producción normativa, sometido al Derecho, en ocasiones a las normas dictadas por otros centros y, por supuesto siempre, a la Constitución. La crítica de su composición no democrática vale para quienes consideran que son libres en la determinación de sus decisiones pero no para quienes los consideran como centros de producción normativa sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico.

[12] Vid. P. Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder judicial,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 224.

resolución de cualquier controversia, y que sirve como premisa mayor del silogismo en que culmina la actuación judicial. En ocasiones, la premisa mayor -el enunciado- coincidirá completamente con una norma expresa, pero en otras será fruto de la labor argumentativa del juez. En cualquier caso, toda decisión judicial debe contar con ese enunciado general, aunque a veces sea difícil determinar cual es[13].

Pues bien, existe un camino que servirá para dotar de significado normativo a los enunciados generales, y que se deriva del análisis de las obligaciones de los poderes públicos.

La exigencia de seguridad jurídica se funda en el art. 9,3 CE, si bien se comprende como uno de los fines esenciales del Derecho. En lo que aquí interesa, posee dos significados principales: a) que los operadores jurídicos sepan a qué atenerse en la creación normativa (en el sentido de que sean capaces de predecir, al menos mínimamente, esta producción); b) que la producción normativa se haga respetando los derechos y valores fundamentales. Ambos significados coinciden en la exigencia de prohibir la arbitrariedad en la producción de normas. A través de esta exigencia, los operadores jurídicos saben que la producción normativa no puede ser arbitraria (en el sentido de opuesta al Ordenamiento). Esto es, todo cambio normativo legal, reglamentado, judicial, debe estar justificado jurídicamente. El control del cumplimiento de esta exigencia se lleva a cabo a través del examen de legalidad y de constitucionalidad de las distintas disposiciones.

En relación con el poder judicial, la seguridad exige el control de su producción normativa, en el sentido de que las modificaciones que se puedan realizar en los enunciados judiciales generales, no pueden ser arbitrarias.

Lo que denomino como obligaciones promocionales adquieren su significado general en el art. 9,2 CE que, en lo que aquí interesa, contiene una obligación destinada al Poder judicial, como parte integrante de los poderes públicos, de promover la libertad y la igualdad.

Haré exclusiva referencia a dos sentidos de la igualdad en los que se recoge con carácter muy general su significado en el Ordenamiento:

---

[13] Vid. E. Bulygin, «Sentencia judicial y creación del Derecho», en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 358 y ss. Normalmente, el problema de la producción normativa judicial se centra en la determinación del valor normativo del fallo. Sin embargo, parece que lo interesante es determinar el valor normativo del enunciado que en toda decisión funciona como premisa mayor. Es imposible, por razones de espacio, describir como se produce éste y qué papel desempeña en cada decisión. Basta con examinar las decisiones judiciales para encontrar estos enunciados. Puede verse reflejada también esta presencia en los estudios sobre argumentación jurídica. Vid. así M. Atienza, *Las razones del Derecho,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, págs. 235 y ss.

«igualdad como no discriminación» e «igualdad como exigencia de diferenciación».

La igualdad como no discriminación es una obligación indiscutida de los poderes públicos. Estos deben tratar de forma idéntica a los ciudadanos sin que exista discriminación. En este sentido se afirma que los ciudadanos son iguales ante la ley sin distinción alguna, por lo que la legislación y la aplicación del Derecho no debe establecer diferencia de trato.

En relación con el Poder judicial, y concretamente con su actuación, este sentido de la igualdad, impide establecer diferencias de trato entre los ciudadanos; impone resolver de forma idéntica casos idénticos. La reflexión anterior sobre la seguridad incide en este punto. Así, un enunciado normativo general que sirve de justificación a una determinada decisión, deberá utilizarse en todas las restantes decisiones que versen sobre casos idénticos.

Ahora bien, hay que llamar la atención sobre la dificultad de que se produzcan casos totalmente idénticos[14]. No es extraño así que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 21 de marzo de 1988 (Ref. Ar. 2340) afirmara: «Salvo absoluta coincidencia de todos y cada una de las reducciones en su identidad y grado -que es rarísimo, si no prácticamente imposible que se produzca, la invocación de precedentes judiciales resulta inefectiva». Y ello porque, «cada concreto supuesto reclama también una precisa decisión, ya que sólo así queda otorgada la plena tutela judicial».

Simplemente con el paso del tiempo, la realidad se modifica, lo que se acrecienta cuando son sujetos distintos, objetos diferentes, etc...[15]. Pero además, conviene ser consciente también que, si existe identidad total, estamos en presencia del mismo caso y por lo tanto no cabe plantear el problema. Si no hay identidad total, sino relación, normalmente el sentido normativo del enunciado funcionará de manera

[14] Vid. sobre el tema la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/87 de 22 de abril, fj. 2º.

[15] Ahora bien, si por ejemplo se trata de la interpretación de una norma en relación con dos sujetos dentro del mismo momento (sin que deba tenerse en cuenta circunstancia alguna), es evidente la obligación del Tribunal de no tratar discriminadamente. Vid así la Sentencia 184/92 de 16 de noviembre, (fj. 2º. donde se afirma: «Ello con la circunstancia agravante de que un mismo razonamiento, común para los dos apelantes, ha llevado a conclusiones radicalmente opuestas respecto de cada uno de ellos. Todo lo cual pone de manifiesto que, con independencia de la corrección de la interpretación de la legalidad urbanística de la que la Sala parte, y sobre la cual este Tribunal nada tiene que decir, la Sentencia que se impugna es manifiestamente irrazonable...». No obstante el Tribunal Constitucional ha llegado a afirmar la posible existencia de dos soluciones correctas para casos idénticos, es decir, la «existencia de dos criterios distintos que alternan y representan concepciones jurídicas también diferentes pero ambas razonadas fundamentadas», en casos de soluciones desiguales de

idéntica a los diferentes materiales normativos (no directamente referidos al asunto), que utilizará el juzgador en la resolución de la controversia, sin que exista obligación de emplearlo. Podrá utilizar la anterior decisión, a pesar de la modificación de la realidad, entendiendo que esos cambios no son relevantes para tratar de manera diferente (es el sentido más preciso de la igualdad como no discriminación).

Estrechamente relacionado con esto se presenta el segundo sentido de la igualdad: la igualdad como exigencia de diferenciación. Esta consiste básicamente en un trato desigual a través de criterios no arbitrarios. Se parte de una determinada situación desigual que se pretende corregir a través de un trato especial justificado jurídicamente.

En relación con la actuación judicial, este sentido de igualdad, permite establecer diferencias de trato, siempre y cuando estas no sean arbitrarias. La reflexión sobre la seguridad jurídica cobra aquí también un importante papel. Así un enunciado normativo general que ha servido de justificación a una decisión, podrá ser dejado a un lado, en ocasiones similares, siempre y cuando exista una justificación no arbitraria, esto es, fundada en el Derecho. Como vemos, esta dimensión coincide con algunas de las matizaciones que hacíamos al examinar la proyección del primer sentido de igualdad en la actuación judicial.

¿Cómo incide todo esto en el análisis de los enunciados judiciales generales? En virtud de lo que dispone el Ordenamiento jurídico, parece que éstos servirán para ser utilizados en casos idénticos. Es decir, el Tribunal debe emplear el enunciado utilizado para resolver un caso idéntico. Y esto es válido para cualquier órgano judicial. Sin embargo, teniendo en cuenta el significado de la igualdad como exigencia de diferenciación, la obligación de trato igual permite un trato diferente no arbitrario. Así, el Tribunal cuando en el caso se presentan ciertas circunstancias que justifican un trato desigual podrá hacerlo, y por lo tanto apartarse del enunciado general anterior.

Imaginemos un caso modelo con un enunciado normativo general y su relación con otros casos. Uno completamente distinto, otro relacionado en algún punto, otro prácticamente igual, y un último idéntico. En relación con el primero, el enunciado normativo general modelo no sirve para nada, pero está presente, claro está, la obligación de justificar el enunciado normativo del nuevo caso. Respecto al segundo, la situación es similar, si bien, el enunciado modelo podrá ser utilizado en la justificación del nuevo, junto con otros

---

un mismo órgano sobre el mismo objeto (Sentencia 42/93 de 8 de febrero, fj. 5º.). Claro está que el problema se plantea a la hora de la valoración pero no cuando la decisión se ha tomado (cosa que por otro lado puede darse entre normas jurídicas en sentido estricto). Es decir, no hay una única respuesta fundada en el Derecho, pero una vez que se ha dado una solución esta debe ser adoptada en todos los casos iguales, salvo que exista una razón con apoyo jurídico, para proceder de forma contraria.

materiales normativos. En el tercer caso, manteniéndose esa misma situación, puede aparecer una nueva dimensión que se proyecta en la justificación del nuevo enunciado. En efecto, su justificación debería incidir en el porqué de la diferencia con el supuesto modelo, lo que significará fundamentar la no utilización de su enunciado (algo obligatorio si la decisión se recurre). El último caso presenta, al menos, dos variantes. Una consistiría en el planteamiento de un supuesto idéntico en todos los aspectos al modelo. En este caso, el valor de cosa juzgada impediría cualquier nueva decisión. La segunda variante supondría algún cambio (bien de las partes, del objeto, etc...). Respecto a ella, el Tribunal podría utilizar bien el enunciado modelo o bien crear otro. La utilización del enunciado modelo sería expresión de la igualdad como no discriminación. El Tribunal, aún apreciando alguna variación, no consideraría ésta como suficientemente relevante para justificar un trato distinto. La creación de un nuevo enunciado sería expresión de la igualdad como exigencia de diferenciación. El Tribunal, apreciando alguna variación, a pesar de la similitud de los casos, considera aquella suficientemente relevante para justificar un trato distinto. En cualquier caso, la necesidad de motivar la decisión se mantiene, si bien lo problemático sería ver si existe no sólo esa obligación, sino también la de justificar el trato desigual, es decir, la no utilización del enunciado modelo (igual que nos ocurría en el tercer supuesto).

En la mayoría de los casos la mera motivación del nuevo enunciado va a servir para justificar la no utilización del enunciado modelo, e incluso puede afirmarse que esta será necesaria en casos de gran similitud. Pero aunque se niegue la existencia de este sentido de la obligación, si alguna de las partes pide justificación por la no utilización del enunciado modelo a través de los instrumentos procesales adecuados, el Tribunal deberá explicar y justificar. Las exigencias de seguridad e igualdad lo imponen.

En este sentido, los enunciados judiciales generales y las normas jurídicas expresas, parecen desempeñar un papel similar en la decisión judicial[16]. Ambas actúan como razones para la decisión y poseen por tanto un sentido similar. Lo relevante es la ausencia de arbitrariedad[17].

---

[16] Esta afirmación lleva implícita otra, que no será analizada aquí: la no utilización e incluso la transgresión de una norma tiene los mismos efectos que la no utilización o la transgresión del enunciado judicial general.

[17] El Tribunal Constitucional se ha expresado en este sentido con cierta claridad. Así, en su Sentencia 25/87 de 26 de febrero, dentro del fund. juríd. 1.º refiriéndose a la igualdad en la aplicación del Derecho, afirma: «obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, de tal manera que cuando un órgano entienda que debe apartarse de sus resoluciones precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable». En cualquier caso, conviene subrayar como la prohibición de arbitrariedad en la actuación judicial, posee unos límites muy amplios, que se corresponden con las diferentes interpretaciones posibles del Ordenamiento y de los hechos objeto de decisión.

Pero, ¿puede afirmarse esto en el plano de la actuación jurídica? Marina Gascón, recientemente y desde una perspectiva general se ha referido a éste problema, en *La técnica del precedente y la argumentación racional.* Para esta autora, aunque el punto de partida de la discusión sobre el precedente sea el principio de igualdad, no debemos identificar completamente a ambos, ya que es posible respetar el precedente y no promover igualdad. Esto ocurriría, por ejemplo, en relación con un conjunto de sentencias que de manera continua se caracterizasen por tratar discriminadamente a los extranjeros[18]. Sin embargo, el ejemplo de Marina Gascón puede ser matizado. Un conjunto de sentencias cuya principal característica es llevar a cabo siempre un trato discriminatorio seguirían estando vinculadas a la idea de igualdad, aunque en su sentido formal. Serían expresión de un igual trato desigual. La afirmación de la profesora Gascón sólo es comprensible desde la distinción entre precedente, entendido como aplicación formal, e igualdad, entendida desde el contenido de la aplicación. Pero en esta distinción están presentes criterios valorativos y subjetivos que matizan el sentido de la igualdad. Su sentido menos problemático es el formal. Desde este, la igualdad no es otra cosa que el mismo trato ante la ley, pero claro está, desde sus criterios. Si por ejemplo, una norma señala que los extranjeros no tienen los mismo derechos que los españoles, las sentencias que declarasen de forma reiterada que *x* sujetos extranjeros no tiene derecho al trabajo serían sentencias iguales, aunque discriminasen a los extranjeros en relación a los españoles. Un cambio en ese criterio sería distinto o desigual en relación con los anteriores. Incluso, si no se apoyara en el Derecho, sería susceptible de ser entendido como arbitrario (aunque nos pareciese justo).

La posición de Marina Gascón se apoya en la distinción que la jurisprudencia constitucional ha establecido entre igualdad en la ley e igualdad en la aplicación de la ley. La primera afecta al poder legislativo y se refiere al trato dado por la ley; la segunda afecta al poder judicial y poseería, según Marina Gascón, dos sentidos: el de la interpretación no discriminatoria y el del respeto al precedente[19]. En mi opinión, estos dos sentidos coinciden.

---

[18] Vid. Marina Gascón, *La técnica del precedente y la argumentación racional,* Tecnos, Madrid 1993, págs. 57 y 58.

[19] Vid. Marina Gascon, *La técnica del precedente y la argumentación racional,* cit., págs. 64 y 65.

El primero exigiría que los jueces no llevasen a cabo una interpretación discriminatoria de las normas y por lo tanto se traduciría en la evaluación del criterio en el que se funda la decisión sin hacer referencia a otras actuaciones o criterios[20]. En este sentido opera claramente la prohibición de arbitrariedad tal y como lo apuntábamos al comienzo de este punto. El juzgador no debe discriminar, no debe tratar de forma desigual, salvo que existan razones de peso. Lo importante es explicar y justificar el criterio en sí mismo. Sin embargo, parece que reducir el ámbito del posible sentido discriminatorio del criterio al de las normas jurídicas supone ya negar desde el principio la consideración normativa de las decisiones anteriores. Desde nuestra posición, defendiendo el sentido normativo de las mismas, hay que admitir que la interpretación no discriminatoria puede ser proyectada también en relación con las decisiones anteriores.

El segundo sentido se relacionaría con la regla o doctrina del precedente (concretamente con lo que el Tribunal Constitucional denomina como igualdad en la aplicación de la Ley). Desde este sentido, existiría la prohibición de modificar arbitrariamente los criterios en la resolución de casos sustancialmente idénticos, aún cuando ninguno de los criterios posibles sean en sí mismos discriminatorios. Se trata por tanto de tratar de forma igual, es decir, no discriminar en relación con un enunciado jurídico anterior. Si se admite el valor normativo de los enunciados judiciales los dos casos son idénticos.

Aunque se afirme que el juzgador no tiene la obligación de justificar su cambio de criterio, pero si de motivar su decisión, hay que ser consciente de que en ocasiones cuando se hace esto último también se hace lo primero. Pero además, lo relevante es que la decisión puede ser recurrida por violación del principio de igualdad, y en estos casos, el juzgador deberá dar razones que justifiquen el cambio de criterio (es decir, la no violación del principio de igualdad por ese cambio)[21].

Si se trata de determinar si una decisión judicial, es contraria al principio de igualdad o puede ser tachada de arbitraria (y transgredir la exigencia de seguridad jurídica), el Tribunal podrá por un lado analizar si se ha producido un trato desigual en relación con casos anteriores, y en el caso de que esto sea así, si el criterio es o no arbitrario. Caso de que no lo sea, no se habrá violado el principio de

[20] Vid. por ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/81 de 30 de marzo, fj. 6.º.

[21] En relación con el tema que nos ocupa pueden ser destacadas dos perspectivas. Por un lado el de la vinculación del precedente en relación con el propio juez, que sería el aspecto subjetivo. Por otro está el de la fuerza real o aspecto objetivo. Desde este el precedente adquiere valor al poder ser alegado a la hora de recurrir una decisión que se aparta del mismo.

igualdad, pero tampoco se habrá transgredido el respeto al precedente porque en realidad no estamos ante un caso idéntico a ningún otro: han cambiado las circunstancias.

A pesar de este razonamiento, y de que existan normas que parecen coincidir o, al menos apoyar relativamente su contenido[22], el Tribunal Constitucional se ha mostrado contrario a aceptar explícitamente el valor del precedente[23]. El examen de su valor, se ha relacionado, como ya señalamos, con la reflexión sobre la igualdad en la aplicación de la Ley. En este sentido, si se analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pueden destacarse cuatro requisitos que servirían para saber si hay o no igualdad en la aplicación:

a)Debe tratarse del mismo órgano judicial (p. ej. 269/93 de 24 de septiembre). Esta exigencia se justifica sorprendentemente en la independencia judicial (p. ej. 120/87 de 10 de julio). Y digo sorprendentemente porque en ningún caso puede pensarse que la independencia judicial es en relación con el Derecho, sino todo lo contrario. Parece que cuando el Tribunal se refiere a la independencia está afirmando que esta se alza incluso por encima del sometimiento al Derecho[24]. Por otro lado, este requisito se enfrenta con otras declaraciones del Tribunal en las que reconoce que los tribunales superiores son los que deben unificar criterios interpretativos dispares (p. ej. 304/93 de 25 de octubre).

b) Deben ser supuestos de hecho sustancialmente idénticos (p. ej. 235/92 de 14 de diciembre). Aunque ya hemos advertido sobre la dificultad de que esto se produzca sin que exista algún género de dudas.

c) El término de comparación debe consistir en criterios insertos en resoluciones anteriores que constituyan una línea jurisprudencial cierta y consolidada (p. ej. 235/92 de 14 de diciembre). Si bien también se ha declarado que el no seguir una linea jurisprudencial no lesiona sin más el art. 14 CE (p. ej. 304/93 de 15 de octubre).

d) Debe producirse una diferencia de trato arbitraria (p. ej. 235/92 de 14 de diciembre).

Ciertamente, toda la problemática parece centrarse en el último

---

[22] El art. 13 de la LOTC afirma: «Cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del pleno».

[23] Vid. su Sentencia 90/93 de 15 de marzo, fj. 3º.

[24] Puede pensarse que cuando se destaca en estos casos el valor de la independencia se hace pensando en posibles instrucciones u órdenes de órganos superiores a inferiores y no desde la consideración de la posible fuerza vinculante de las decisiones anteriores. En este sentido hay que interpretar el contenido de los arts. 12.2 y 12.3 de la LOPJ.

requisito: ¿Cuándo la diferencia de trato es arbitraria? La primera contestación que surge desde el Derecho a esta pregunta es que será arbitraria cuando no se ajuste al Ordenamiento (entendiendo por tal todo los enunciados normativos, incluso los judiciales). Ahora bien, siendo conscientes de la necesidad de interpretar estos enunciados, nuestro Tribunal Constitucional, en las Sentencias anteriores, ha venido a recalcar cuatro requisitos de la no arbitrariedad: interpretación fruto de reflexión no discriminatoria, razonada, razonable y genérica (con vocación de universalidad independientemente de que luego esto sea así).

No obstante, esto sigue sin resolver el problema de las decisiones anteriores: ¿No hace falta motivar el cambio de criterio? El Tribunal ha expresado que será necesario expresar el fundamento del efectivo cambio de criterio (p. ej. 269/93 de 20 de septiembre), si bien basta con que éste pueda ser deducido de la motivación de la solución concreta (p. ej. 71/93 de 1 de marzo).

Como podrá observarse, esta última conclusión no se diferencia mucho de lo que afirmábamos con anterioridad. Normalmente en la motivación del fallo podrán encontrarse las razones para apartarse de las decisiones anteriores. No obstante, lo relevante aquí es determinar a quien corresponde decidir la suficiencia de las razones. En efecto, siempre podrá plantearse la arbitrariedad del cambio de criterio mediante un recurso, y será al Tribunal ante el que se sustancia el recurso, a quien corresponda decir si hay o no fundamento, si este se deduce o no de la motivación, si se ha violado o no el principio de igualdad, si se ha transgredido o no el precedente.

En esta problemática está presente el problema del control del precedente por el Tribunal Constitucional. Conocida es la posición del Tribunal en lo referente a su configuración como órgano de supercasación y su negativa a incidir en el campo del Poder judicial admitiendo la existencia de una especie de amparo por infracción de jurisprudencia. Ahora bien, esto no tiene por qué proyectarse en el Tribunal Supremo[25].

Aunque los pronunciamientos mayoritarios de los tribunales vayan en la línea de negar valor vinculante a los enunciados judiciales generales, si se analizan los valores y principios constitucionales y el proceso real de decisión judicial, podrá observarse como esa vinculación existe. Hay alguna decisión del Tribunal Supremo que parece expresarlo con claridad. Es el caso de la Sentencia de 23 de enero de 1988 (ref. ar. 108), donde se afirma: «La doctrina legal se

[25] Vid. Marina Gascón. cit., págs. 95 y ss. Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1979 (RA 2090), y la del Tribunal Constitucional 30/87 de 11 de marzo, fj. 2.º

constituye así en precedente judicial, según la terminología acuñada por la técnica del *case law*, que se nos impone como consecuencia del principio de seguridad jurídica, en relación con el de igualdad de todos ante la ley...». Y esta afirmación se comprueba con el análisis del proceso de decisión judicial. Otro tema será el que los tribunales deseen o no un control sobre su actuación.

En este sentido, pueden alegarse razones de peso, tales como el control de la actividad judicial y la tutela judicial efectiva, que justifican el valor vinculante[26]. La relevancia de la actuación judicial en un Estado de Derecho exige un control exhaustivo de su actuación y del sometimiento al Derecho[27]. Está justificado apartar al Poder judicial del control al que se ven sometidos los restantes poderes públicos en el sentido de exigírseles que los tratamientos diferenciados se justifiquen, no sólo en sí mismos sino en relación con los casos similares? ¿Es posible que exista una tutela judicial efectiva de los derechos sin que los ciudadanos sepan que los tribunales van a resolver casos idénticos de manera idéntica, salvo causa suficientemente justificada?

2. Independencia, imparcialidad y desobediencia

¿Es posible que la moral del juez esté por encima de la del Derecho?; ¿es posible que una disposición injusta a juicio de quien juzga pueda ser transgredida por éste?; ¿puede el juez elaborar normas enfrentadas a las que componen el Ordenamiento?; ¿cabe hablar de un derecho a la objeción de conciencia en los jueces?

Tal vez, desde las reflexiones anteriores, estas preguntas puedan ser ya contestadas. Existen una serie de normas en las que se apoya el propio sistema jurídico-político en relación con las cuales difícilmente va a poder reconocerse un derecho a la objeción de conciencia. Un ejemplo, estaría representado por el sometimiento al Derecho de los Poderes públicos[28]. Esta exigencia, y más si tenemos en cuenta su especificidad en relación con los jueces, parece ser una de esas normas que ponen en juego al sistema. Ningún juez puede ampararse en su conciencia para adoptar una solución no ajustada al Derecho.

---

[26] Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional 114/93 de 24 de marzo, fj. 2.º

[27] Por mucho que puedan citarse decisiones que lleguen a afirmar que el hecho de que un Juez aplique o interprete incorrectamente una norma no vulnera el art. 24.1 CE. Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/93 de 19 de abril, fj. 3.º

[28] Otros ejemplos de estas obligaciones nos harán entender este límite. Un primer ejemplo está constituido por la obligación de defensa a España. Se trata de una obligación que se hace efectiva en casos extremos, que no exige que sea llevada a cabo con las armas y que no debe se identificada con la obligación del cumplimiento del servicio militar (en efecto, entre las notas que distinguen ambas pueden ser

Sin embargo, existe un mecanismo jurídico a través del cual la conciencia del juez puede verse protegida sin que el sistema sufra, aumentando así también el grado de su legitimidad y, lo que es más importante, manteniendo uno de los postulados más relevantes de la actividad judicial: su imparcialidad. Se trata de la abstención por la existencia de un interés directo o indirecto[29]. Aunque el Tribunal Constitucional ha declarado que no cabe alegar este motivo para la recusación de jueces y magistrados, no parece que sus razones sean trasladables a la abstención. En esta es el propio juez quien se encuentra bajo determinados condicionantes que le impiden ser imparcial, teniendo por tanto determinado interés en la causa.

Una reciente Sentencia del Tribunal Supremo ha vuelto a destacar el valor de la imparcialidad y de los márgenes valorativos de la actividad judicial. Se trata de la Sentencia de 23 de abril 1992 (caso de la colza), donde se afirma que, «un Tribunal deja de ser imparcial cuando realiza acciones que pueden implicar, desde un punto de vista objetivo, una toma de posición respecto de las cuestiones que le son sometidas a su decisión. Por ello, la pérdida de imparcialidad depende de las propias acciones de los jueces». En esta Sentencia se ha recalcado la presencia de valoraciones y su implicación en la decisión final, con la única limitación de su sometimiento a los márgenes del Derecho[30].

Así, si es el propio juez el que piensa que va a ser parcial, siendo conocedor de que a pesar de ello podría dar una resolución aparentemente legal, la mejor solución, tanto desde el punto de vista ético como desde el jurídico, es la abstención. Un juez, en la resolución de determinada controversia podría alegar poseer un interés directo o

---

citadas: a) la obligación de defensa se dirige a todos los ciudadanos, la del servicio militar no; b) la obligación de defensa no se extingue, la del servicio militar sí). Un segundo ejemplo estará constituido por la obligación de contribuir al gasto público, necesaria para el mantenimiento del sistema. Difícilmente el sistema podría permitir una objeción fiscal general. En cambio no sería problemático, un reconocimiento de la objeción en relación con determinadas partidas (en el caso de que se proyectase sobre la misma partida y fuese general, esto debería hacer pensar al Poder sobre la legitimidad de ese gasto concreto).

[29] Vid. mi trabajo «Juez y objeción de conciencia», cit., págs. 57 y ss.

[30] Pronunciándose sobre una recusación por supuesta influencia de la opinión pública el Tribunal afirma que todo juzgador posee unas determinadas influencias provenientes de su educación y de su particular orientación. Y aclara: «Pero, precisamente por ello, el esfuerzo de las ciencias jurídicas se dirige directamente a objetivar los juicios de los Tribunales y neutralizar a la vez, tales influencias individuales. Consecuentemente, mientras los juicios del Tribunal aprezcan como jurídicamente fundados de manera sostenible, no cabe pensar que éste haya abandonado las formas objetivas que corresponden a un Tribunal imparcial».

indirecto basado en razones de conciencia, que le harían no reunir las condiciones de independencia e imparcialidad[29].

Acabo de decir que esta sería la decisión correcta desde un punto de vista ético y jurídico. En ambos casos se plantean problemas. Desde la moralidad del juez, quizá la mejor solución pudiera ser utilizar el Derecho para dar una resolución que estuviera en conformidad con sus creencias. Ahora bien, creo que está por encima el Derecho. La misión del juez es actuar en conformidad con él. Su moral no puede estar por encima de la del Derecho, cuando actúa como juez.

En la dimensión jurídica, los problemas de esta fórmula han sido señalados por Gregorio Peces-Barba y pueden ser reunidos en tres grupos[30]:

A) «A través de esta solución se está primando la moralidad del juez sobre la del Derecho». Sin embargo, entiendo que ocurre todo lo contrario. Más bien lo que se está haciendo es apartar la posible incidencia de la moralidad del juez, sin exigir el sacrificio y lo problemático de la dimisión.

B) «¿Cómo puede demostrarse y probarse la existencia de razones de conciencia?» Ahora bien, el art. 221, punto 2.º de la LOPJ obliga a motivar la abstención y, en el punto 3.º de esa misma disposición se señala que, en el caso de que no parezca haber justificación para la abstención, se ordenará al juez la continuidad del proceso estableciéndose incluso la posibilidad de sancionarle disciplinariamente (tratamiento muy distinto en relación con otras situaciones semejantes). La prueba es complicada, pero no hay que olvidar que no lo es menos la que se proyecta en los supuestos clásicos de la objeción de conciencia y que esta se lleva a cabo.

C) «¿Qué ocurriría si todos los jueces hiciesen lo mismo respecto a una norma?» Ciertamente el supuesto cambiaría porque estaríamos moviéndonos en una especie de desobediencia civil. En relación con este supuesto, extremo en cualquier caso, el Ordenamiento debería reaccionar a través de los mecanismos antes señalados. Ahora bien, junto a esa reacción debería también producirse una reflexión sobre la norma en cuestión.

De todas formas, es importante subrayar como este recurso a la abstención no supone abrir la posibilidad a la desobediencia al

---

[29] La alusión a la conciencia del juez no tiene por qué sorprender, sobre todo en un sistema como el español, donde ésta posee un relieve fundamental en lo que tal vez sea el momento procesal penal más importante: la determinación de los hechos. Vid. al respecto lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim.

[30] Vid. los problemas en mi trabajo «Juez y objeción de conciencia», cit., pág. 72.

Derecho por parte de los jueces. Tampoco es identificable con el reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia. Aunque aquí los problemas son mayores.

Dos perspectivas parecen coincidir. Puede pensarse que se trata de un mecanismo para que la conciencia ética individual del juez no se vea transgredida. Pero también puede afirmarse que se trata de un mecanismo para que uno de los principales valores que presiden la labor judicial, la imparcialidad, no sea transgredido. La primera perspectiva ve la solución como derecho; la segunda como obligación.

La perspectiva del derecho encontraría su fundamento en la necesidad de proteger una actuación en conciencia del juez cuando su dignidad pudiese verse afectada por la aplicación de una norma determinada. La perspectiva de la obligación estaría fundada en la necesidad de imparcialidad de la actuación judicial, que se constituye básicamente en determinante de la dignidad del aparato judicial. Desde el primer punto de vista cabría hablar de objeción de conciencia, si bien sería un tipo especial. Sería más correcto hablar en todo caso de derecho-obligación.

De todas formas, si hubiese que destacar alguna de las dos dimensiones primaría la segunda. Si la comparamos con ciertos tipos de objeción de conciencia veremos como en ellos es un imperativo ético el que impone la desobediencia a una norma. En nuestro caso, se trataría más bien de un imperativo jurídico. Respecto a la situación del objetor, el Ordenamiento toma como relevante una determinada postura moral hasta el punto de conceder la posibilidad de incumplir una obligación determinada; la figura de la abstención lo que hace es, partiendo de un principio jurídico, tomar como relevante una determinada postura moral hasta el punto de imponer una obligación. Lo primero protege la moral del individuo aunque indirectamente la del Ordenamiento; lo segundo protege la moral del Ordenamiento, aunque indirectamente la del individuo.

EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: ALGUNAS CUESTIONES SOBRE SU JUSTIFICACIÓN

1. Introducción

De manera cada vez más frecuente aparece en los planes de estudios de las licenciaturas en Derecho una asignatura cuyo título es «Análisis Económico del Derecho». No podemos decir que, como desde hace una década ocurre en las principales universidades estadounidenses, en los claustros de nuestras Facultades de Derecho la presencia de analistas económicos del Derecho sea notable, pero sí podemos constatar la creciente importancia que esta disciplina, o quizá mejor, que esta manera de aproximarse al fenómeno jurídico, está adquiriendo entre nuestros juristas[1].

En cualquier caso, los juristas debemos asumir las importantes contribuciones que desde la economía se han realizado al análisis de las relaciones sociales e intentar tenerlas presentes cuando sea necesario -que lo es muy a menudo- en nuestros análisis del Derecho. Ello no debe impedirnos ser conscientes de algunos de los peligros implícitos en esa política expansionista de los economistas, o para no personalizar, del análisis económico. Importantes contribuciones de la ciencia económica -estoy pensando en este momento en el Teorema de Coase- pueden haber sido empujadas más allá de sus límites razonables hasta convertirlas en punto de partida del discurso moral; lo cual no parece aceptable[2]. Asimismo, la relevancia casi

[1]Un exponente de la gran relevancia a nivel internacional de este tipo de análisis lo encontramos en la abundante bibliografía que se ha producido en los últimos años. Véase Bouckaert, B. y De Geest, G., *Bibliography of Law and Economics,* Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1992.

[2]En este sentido, Charles Fried, «Difficulties in the economic analysis of rights», en *Markets and Morals,* Dworkin, G., Bermant, G. y Brown P. G. (eds.), Hemisphere Publishing Corporation, Washington, 1977, págs. 175 y ss.

exclusiva dada por el análisis económico al problema de la eficiencia, no sólo deja sin resolver cuál es el concepto más correcto de eficiencia (Pareto, Kaldor-Hicks, maximización de la riqueza...)[3], sino que soslaya el posible conflicto con otros criterios normativos (justicia, igualdad...), y además olvida otras importantes cuestiones éticas, principalmente las conectadas con la asunción de que todos los bienes son económicos; como ha señalado Elizabeth Anderson[4], «tendríamos que preocuparnos también por el tipo de personas y de comunidades que estamos construyendo cuando consideramos a las mujeres como factorías comerciales de bebés, a los espacios públicos de interacción social como lugares para comerciar o a evitar, y el medio ambiente como cualquier otro recurso económico a explotar».

2. ¿Qué es el análisis económico del Derecho?

Ciertamente bajo este título se engloban diferentes aproximaciones al fenómeno jurídico, unas de carácter descriptivo y otras de carácter normativo. Antes de entrar a analizar con precisión el significado del análisis económico del Derecho, quiero realizar unas puntualizaciones previas acerca de la necesidad de superar, desde el análisis económico, algunas de las insuficiencias tradicionales de la ciencia jurídica dominante en la cultura continental durante los dos últimos siglos.

2.1. Dogmática Jurídica, Política jurídica y análisis económico

Quizá la insuficiencia fundamental de la Dogmática jurídica haya consistido en su incapacidad para plantear cuestiones cruciales que pueden servir de guía al legislador; con otras palabras, en su radical separación de la política jurídica. En efecto, la Dogmática Jurídica ha consistido en una actividad reflexiva sobre un objeto dado, el Derecho positivo; se trata de una actividad lógico-formal o deductiva preocupada por organizar lógica y sistemáticamente un determinado material -las normas jurídicas- de cara a facilitar su aplicación.

---

[3]En este sentido, Jules Coleman ha señalado lo siguiente: «Mi sugerencia es que una gran cantidad de confusión existente en la literatura se debe a la incapacidad de apreciar lo diferentes que varias teorías económicas (todos descansando en la deseabilidad de promover la eficiencia) pueden llegar a ser». en «The foundations of constitutional economics», en *Markets, Morals and the Law,* Cambridge University Press, 1988, pág. 144.

[4]*Value in Ethics and Economics,* Harvard University Press, 1993, prefacio, pág. XI.

Puede, en este sentido, decirse que los problemas más relevantes que se han planteado los juristas dogmáticos son de carácter intrasistemático; analizaban -y analizan- si en el interior de los sistemas jurídicos existen normas incompatibles o ambiguas, o lagunas o conceptos jurídicos indeterminados, en definitiva, su actividad descansa en un determinado concepto de racionalidad, la denominada *racionalidad jurídico-formal*.

Precisamente por ello, y tal y como apuntaba anteriormente, la Dogmática jurídica se ha manifestado incapaz de ofrecer pautas de actuación -salvo los citados requisitos lógico-formales- para los agentes sociales encargados de legislar. Y por ello resulta plenamente justificada la crítica que apunta a los juristas (dogmáticos) como seres poco sensibles al análisis de los problemas jurídicos desde el punto de vista de su justicia o injusticia, de sus consecuencias sociales o de sus costes y su eficiencia.

Proclamar hoy la necesidad de tomar en consideración las previsibles consecuencias sociales de una norma antes de su elaboración, o de analizar su justicia o injusticia, es un asunto pacífico. Sin embargo, proclamar la necesidad de analizar la eficiencia o ineficiencia de dicha norma puede originar alguna controversia. Probablemente el origen de la misma se encuentre en una idea que se encuentra muy generalizada y que George Stigler[5] ha sabido resumir:

> «La diferencia entre una disciplina que persigue explicar la vida económica (y también todo comportamiento racional) y una disciplina que persigue alcanzar la justicia regulando todos los aspectos del comportamiento humano es profunda. Esta diferencia significa que, básicamente, el economista y el jurista viven en diferentes mundos y hablan diferentes lenguajes».

Aun asumiendo los diferentes objetivos de ambas disciplinas, ¿podemos seguir aceptando pacíficamente que juristas y economistas sigan viviendo en dos mundos diferentes y hablando dos lenguajes mutuamente ininteligibles? ¿No podrán ofrecer los economistas algunas herramientas útiles de cara a conseguir el objetivo de los juristas, a saber, alcanzar la justicia regulando todos los aspectos del comportamiento humano? ¿No estarán, por su parte, los juristas en condiciones de ofrecer a los economistas, en su intento de explicar la vida económica y en general todo comportamiento racional, algunas claves acerca de la existencia de algunos bienes valiosos, difíciles de

[5]«Law or Economics?», en *Journal of Law and Economics,* vol. XXXV, oct. 1992, págs. 455-468.

valorar desde los presupuestos del análisis económico? Creo que la primera respuesta negativa, debe ir acompañada de dos respuestas afirmativas.

Centrándonos ahora en aquellas aportaciones del análisis económico que pueden resultarnos de utilidad en nuestro intento de superar las deficiencias de la Dogmática jurídica antes apuntadas, podemos sugerir las siguientes:

(i) Es sabido que el análisis económico concibe al individuo como hombre económico, es decir, como agente racional maximizador de su bienestar, en un contexto caracterizado por la escasez de recursos. Creo que sería un error -aunque no es éste el lugar para argumentarlo- reducir el hombre jurídico al hombre económico[6], pero esa salvedad no debe ser óbice para que reconozcamos que, en muchas ocasiones, los individuos en relación con el Derecho se comportan como agentes racionales maximizadores de su bienestar; lo cual va a querer decir que el comportamiento jurídicamente relevante de los individuos en ocasiones vendrá determinado no tanto por razones morales, como por razones prudenciales; asimismo, implicará que los individuos responden a incentivos, es decir, que si su entorno cambia de tal modo que pueden mejorar su nivel de bienestar modificando sus pautas de conducta, éstos lo harán. En tanto en cuanto las normas jurídicas supongan variaciones del entorno, los individuos variarán su comportamiento, obedeciendo o desobedeciendo las normas, en función de lo que requiera la maximización de su bienestar.

(ii) Desde esta perspectiva, Albert Calsamiglia[7] ha propuesto retomar una distinción formulada desde el análisis económico entre *racionalidad paramétrica y racionalidad estratégica*[8] para analizar

---

[6]Posner, sin embargo, se manifiesta a favor de la aplicabilidad a todas las esferas de la vida humana del supuesto de los individuos como agentes racionales maximizadores de su bienestar. Sus palabras son elocuentes: «Considero contraintuitiva e implausible una concepción rígidamente compartamentalizada de los procesos de toma de decisión de los individuos, de tal manera que éstos actuarán racionalmente a la hora de hacer una adquisición trivial y lo harán irracionalmente a la hora de decidir si estudiarán o no Derecho, si se casarán, evadirán impuestos, o tendrán tres hijos mejor que dos...», *The Economics of Justice,* Harvard University Press, 1983, pág. 2.

[7]«Justicia, eficiencia y optimización de la legislación», en *Documentación Administrativa,* nº. 218-219, abril-septiembre 1989, págs. 113-151.

[8]Mientras que la *racionalidad paramétrica* opera en aquellas situaciones en las que las preferencias de un individuo son las únicas variables, no tomándose en cuenta las preferencias de los demás, la *racionalidad estratégica* opera cuando las elecciones de los agentes están determinadas por las elecciones de otros sujetos, y por ello a la hora de tomar una decisión hay que considerar las elecciones de los demás y la conducta esperada de ellos.

el comportamiento de los individuos ante el Derecho. Su idea es que la noción de racionalidad estratégica es relevante para la toma de decisiones sociales y que muchas situaciones jurídicas no suponen racionalidades paramétricas, sino estratégicas, en el sentido de que los individuos reaccionan ante las leyes, y por eso hay que prever cuál va a ser la reacción de éstos a la hora de elaborar la ley. En definitiva, en muchas ocasiones -pero no siempre, ni todos- los destinatarios de las normas reaccionan estratégicamente frente a ellas; toman las normas como un dato, y no como la conducta a seguir obligatoriamente; como ya hemos apuntado, las normas crean incentivos, y si no están bien formuladas, puede ocurrir que esos incentivos lo sean a su incumplimiento.

(iii) Los economistas suelen poner mucho énfasis en que las normas jurídicas sean eficientes. Qué es lo que con ello quieren decir es cuestión controvertida. Asumamos de momento que tan sólo significa que deben contribuir a alcanzar los objetivos socialmente deseados de la manera menos costosa[9]. En este sentido no parece descartable que las normas deban ser eficientes, entre otras razones porque, dada la escasez de recursos existentes, derrocharlos parecería injusto.

Manuel Atienza, en sus trabajos sobre Ciencia de la Legislación[10], a la hora de determinar cuáles son los requisitos que deben satisfacer las buenas leyes, ha apuntado que éstas deben satisfacer cinco racionalidades: comunicativa, jurídico-formal, ética, pragmática y teleológica. Voy a detenerme en las dos últimas, pues son las que tienen alguna conexión con los problemas que aquí estamos abordando. Por *racionalidad pragmática* Atienza entiende que las normas deben ser formuladas de tal modo que logren que las conductas de los individuos se ajusten a lo prescrito en la ley, o lo que es lo mismo, que sean *eficaces*; si asumimos con Calsamiglia, que muchas situaciones jurídicas son estratégicas, y que las normas modifican el entorno de incentivos de los individuos, elaborar normas eficaces no es una tarea trivial.

Cuando Atienza señala que las normas jurídicas deben satisfacer las exigencias de *racionalidad teleológica,* está apuntando que, en la medida en que las normas son instrumentos para conseguir determinados objetivos sociales, deben contribuir a alcanzarlos, deben ser

---

[9]Éste es el concepto de eficiencia que propone Stigler al tiempo que critica el de Posner, en «Law or Economics», citado, concretamente en el apartado II, «Efficient Law».

[10]Véase «Sociología jurídica y ciencia de la legislación», en Bergalli, R. (coordinador), *El Derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica,* PPU, Barcelona, 1989, y «Contribución para una teoría de la legislación», en *Doxa,* nº. 6, 1989, págs. 385-403.

eficientes. Calsamiglia[11], por su parte, subdivide este requisito de eficiencia social en dos: por un lado, dirá, las normas deben ser *efectivas* (es decir, deben ayudar a alcanzar los fines que persiguen) y por otro, deben ser *eficientes* (deben alcanzar tales fines con los medios e instrumentos más adecuados y menos costosos).

Debe quedar claro que este concepto de eficiencia que estamos asumiendo presupone dos elementos valiosos con los que alcanzar tal objetivo; en este sentido, la eficiencia consiste en alcanzar un máximo valor de *output* -en nuestro caso el objetivo socialmente deseado- con un valor dado de *inputs*.

El análisis económico, sin lugar a dudas, puede ofrecer instrumental de gran utilidad de cara a alcanzar ese objetivo de elaborar leyes racionales no sólo desde un punto de vista comunicativo, jurídico-formal y ético, sino también con palabras de Atienza, pragmático y teleológico. La política jurídica requiere de una pluralidad de saberes, y entre ellos el económico ciertamente ocupa un lugar destacado.

2.2. *El análisis económico del Derecho*

Bajo este título no hay que englobar cualquier tipo de aproximación económica al fenómeno jurídico, ni cualquier tipo de reivindicación de la importancia del análisis económico de cara a una cabal comprensión del Derecho. Probablemente tampoco sea correcto concebir el análisis económico del Derecho como una determinada escuela o corriente filosófico-jurídica, pues realmente no presenta una gran homogeneidad.

Siguiendo a Posner[12], podemos distinguir dos ramas dentro del análisis económico del Derecho: por un lado, la clásica, el análisis de las normas reguladores de la actividad explícitamente económica (lees antitrust, sistema impositivo, comercio internacional...), que se remontaría a los análisis de Adam Smith sobre las consecuencias económicas de la legislación mercantilista; por otro lado, una rama más reciente, que encuentra su origen en dos trabajos de Ronald Coase[13] y Guido Calabresi[14], y que se caracteriza, por un lado, por extender el

---

[11] «Justicia, eficiencia...» citada, págs. 143-145.

[12] *The Economics of Justice*, citada, págs. 3-5.

[13] «The Problem of Social Cost» en *Journal of Law and Economics*, 3, 1960. (Hay traducción española «El problema del coste social», en *Hacienda Pública Española*, n.º 68, 1981, págs. 245-374).

[14] «Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts», Yale LawmJournal, 70, 1961, págs. 449 y ss.

análisis económico a sectores del ordenamiento jurídico que no regulan actividades económicas -sectores ajenos al mercado-, y por otro lado, por proponer un doble objetivo para el Derecho: proveer las condiciones necesarias para que el mercado funcione e imitar al mercado cuando su libre desenvolvimiento no sea factible.

Cabe, sin embargo, una mayor precisión a la hora de concretar las diferentes actividades que caen dentro del análisis económico del Derecho. Jules Coleman[15] ha propuesto diferenciar tres tipos de actividades, dos de carácter analítico (una descriptiva y otra positiva) y una de naturaleza normativa. Por mi parte, creo que es posible distinguir dos tipos de análisis normativo sustancialmente diferentes. Veamos la propuesta de Coleman:

(a) Descriptiva: se basa en el principio de eficiencia económica como herramienta explicativa de reglas legales y decisiones judiciales. El artículo de Posner «Theory of Negligence»[16], señala Coleman, es un buen ejemplo de este planteamiento; en él, Posner muestra cómo la resolución de un buen número de casos de negligencia puede ser entendida a la luz del principio de eficiencia. Posner sostiene, genéricamente, que muchos sectores del ordenamiento, especial pero no únicamente, las grandes áreas del common law (propiedad, accidentes, delitos y contratos), deben ser comprendidos como un sistema que persigue la eficiencia, o lo que es lo mismo, maximizar la riqueza de la sociedad[17]. Admite, sin embargo, que el criterio de eficiencia no explica importantes reglas constitucionales, como las relativas a la no discriminación racial, ni importantes decisiones de la Corte Suprema, como las relativas a la doctrina constitucional en materia de intimidad[18].

(b) Positiva: proclama la capacidad de los «modelos de mercado» para proporcionar un aparato conceptual en el que los problemas legales puedan ser analizados[19].

(c) Normativa: normas jurídicas existentes son evaluadas y nuevas

---

[15]«Efficiency, Auction and Exchange», en *Markets, Morals and the Law,* citada, págs. 67-68.

[16]*Journal of Legal Studies,* I, 1972, págs. 29 y ss.

[17]*Economic Analysis of law,* 3ª. ed. Little Brown and Co., 1986, pág. 20-22. Véase sobre todo el capítulo 8, «The Common Law, Legal History and Jurisprudence». Una defensa del carácter eficiente y no utilitarista del common law en «The ethical and political basis of wealth maximization», en *The Economics of Justice,* citada, págs. 103-107.

[18]Véase *The Economics of Justice,* capítulo 11, «The Privacy Jurisprudence of the Supreme Court», y el apartado IV, «The Supreme Court and Discrimination».

[19]El ejemplo de este tipo de análisis que propone Coleman es un trabajo en materia penal de Isaac Ehrlich, «The Deterrent Effects of Criminal Law Enforcement», *Journal of Legal Studies,* 1, 1972, págs. 259 y ss.

normas son propuestas en función de su eficiencia económica[20].

Apuntaba anteriormente que el análisis económico del Derecho de tipo normativo es susceptible de ser dividido en dos actividades diferentes; por plantearlo en términos de autores: aun siendo análisis normativo -y por tanto un análisis que evalúa y realiza propuestas sobre la base de criterios de eficiencia- tanto el realizado por Posner como el propuesto por Calabresi, cabe establecer sustanciales diferencias entre ambos, y sobre todo entre dos maneras diferentes de entender el papel del principio de eficiencia. No es lo mismo afirmar, como lo hace Calabresi[21], que el objetivo de un determinado sector del ordenamiento jurídico -por ejemplo el Derecho de accidentes- es doble, perseguir la justicia y reducir los costes, que proclamar, como lo hace Posner, que «la eficiencia, tal y como yo concibo el término, es un adecuado concepto de justicia»[22].

En efecto, Calabresi se limita a reivindicar el importante papel que el criterio de eficiencia debe jugar en amplios campos del ordenamiento, pero es consciente de las limitaciones del mismo y de su escasa relevancia moral[23], e incluso, cuando Dworkin le acusa de postular un cierto compromiso o trade-off entre justicia y eficiencia[24], señala que el principio de justicia debe ejercer un papel de veto ante las exigencias de la eficiencia[25].

---

[20]El ejemplo que propone Coleman es el libro de Guido Calabresi *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis,* Yale University Press, 1970 (traducción española *El cosle de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil,* Ariel, Barcelona, 1984).

[21]Por ejemplo en *El coste de los accidentes...,* citada.

[22]*The Economics of Justice,* citada, pág. 6. Podemos adelantar que el concepto de eficiencia que propone Posner es sinónimo de «maximización de la riqueza» («wealth maximization»).

[23]Véase, por ejemplo, «Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho,* 1985, págs. 221-228, o su artículo con A. D. Melamed, «Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral», en Harvard Law Review, vol. 85, nº. 6, 1972, págs. 1089-1128.

[24]Véase «Is wealth a value?», en *A matter of principle,* Clarendon Press, Oxford, 1986, págs. 237-266 (inicialmente publicado en *Journal of Legal Studies,* 9, 1980). Dworkin sostiene que Calabresi (*El coste social...,* citada) admite que los dos grandes objetivos que el Derecho de accidentes debe perseguir, la justicia y reducir los costes, pueden entrar en conflicto, siendo necesario en esos casos adoptar una decisión política acerca del objetivo a perseguir, siendo posible un cierto compromiso o trade-off entre justicia y eficiencia. En opinión de Dworkin, el planteamiento de Calabresi es representativo de la teoría, agudamente criticada por Dworkin, que defiende que la riqueza social es uno de entre los varios componentes del valor social. Esta teoría quedaría perfectamente ilustrada con las célebres curvas de indiferencia dibujadas en espacios definidos por dos ejes, uno de los cuales sería la justicia (o moralidad) y el otro, la riqueza social (o eficiencia). La conclusión de Dworkin es que «es absurdo considerar la maximización de la riqueza como un componente del valor...» (pág. 248).

[25]«About Law and Economics: A letter to Ronald Dworkin», *Hofstra Law*

La propuesta de Posner, como sugería anteriormente, es mucho más ambiciosa; formula una teoría normativa del Derecho, alternativa tanto a las teorías utilitaristas como a las de origen kantiano. Merece ser analizada con más detenimiento.

2.3. La eficiencia como justicia. Richard Posner

Los títulos de las dos obras fundamentales de Posner, *Economic Analysis of Law* y *The Economics of Justice* reflejan perfectamente el objetivo de sus trabajos, demostrar la capacidad del análisis económico para explicar y ordenar áreas del comportamiento social que no suelen ser concebidas como económicas. No es, en este sentido, exagerado afirmar que Posner no sólo se ha aventurado a proponer una Teoría económica del Derecho, sino también una Teoría Económica de la Justicia, que establezca los contenidos que el Derecho debe respetar, y que señale las pautas que los jueces deben seguir en la aplicación del Derecho[26]. El objetivo que proclama[27] es que «la ética que está implícita en la teoría del valor o del precio -la ética que yo he llamado de la «maximización de la riqueza»- sea analizada junto a otras éticas». Es consciente, sin embargo, de que una aplicación estricta de la misma produciría resultados inaceptables[28], y por eso, quizá, señala que sus propuestas éticas deben ser consideradas más como materia de especulación que como un conjunto de fórmulas para la acción social[29].

En todo caso, Posner quiere sentar las bases de una teoría ética alternativa tanto al utilitarismo como a las éticas kantianas. Parte de la necesidad de diferenciar el utilitarismo de los principios éticos

---

Review, 8, 1980, págs. 553 y ss. Es su respuesta al artículo de Dworkin, «Is wealth a value?». Éste a su vez le responderá en «Why efficiency», en *A matter of principle*, citada, págs. 267-289.

[26]Una crítica del papel que Posner atribuye a los jueces, en Dworkin, «Why efficiency?», citada, págs. 275 y ss., y en Coleman, «Efficiency. Utility and Wealth Maximization», en *Markets, Morals...,* citada, págs. 130-132.

[27]*The Economics of Justice...,* citada, prefacio a la 2ª. ed. pág. V.

[28]Asume que en caso de que la hormona del crecimiento fuera muy escasa, su teoría conduciría a asignarla antes a un galán rico que quisiera crecer un poco más que a un enano pobre incapaz de pagar por dicha hormona. De todos modos, Posner no es un autor que se caracterice por su sensibilidad moral. Un ejemplo ilustrativo es una observación que realiza a alguna de las críticas que le dirigió Dworkin en «Is wealth a value?», citada. Posner argumenta del siguiente modo: «Dworkin establece que 'una teoría que hace depender el valor moral de la esclavitud de los costes de transacción es grotesca'. No lo argumenta». Véase «The ethical and political basis of wealth maximization», citada, pág. 111, nota 47.

[29]Ibídem.

subyacentes en el análisis económico, para posteriormente criticar las concepciones utilitaristas, fundamentalmente por la imposibilidad de comparar y agregar utilidades de gentes diferentes[30]. Propone la idea de «maximizacion de la riqueza» como alternativa a la idea utilitarista de maximizar la utilidad, creyendo que de ese modo se pueden eludir las deficiencias del utilitarismo. Cuando Posner habla de riqueza está haciendo referencia a la suma de todos los bienes y servicios existentes en la sociedad medidos por su valor, y aunque dice expresamente que valor no es lo mismo que precio (y nos recuerda la noción de excedente del consumidor y del productor), su concepción de la «maximización de la riqueza» puede plantear algunas dudas:

> «La idea más importante que tenemos que tener presente en relación al concepto de valor es que está basado en lo que la gente está deseando pagar por algo, más que en la felicidad que derivarán de su tenencia... Pero mientras el valor necesariamente implica utilidad, la utilidad no implica necesariamente valor. El individuo que desearía enormemente tener un bien pero no quiere o es incapaz de pagar por él -quizá porque es indigente- no valora el bien en el sentido en el que yo estoy usando el término 'valor'»[31].

En todo caso, como decía, propone como objetivo ético último del sistema social maximizar la riqueza, objetivo que sitúa en estrecha relación con el de respetar el funcionamiento de los mercados y con el de imitarlos cuando el libre funcionamiento de los mismos no sea posible. Posner asume las críticas dirigidas al utilitarismo por justificar invasiones a la libertad individual y por sacrificar a individuos inocentes en el altar de la necesidad social; pero cree que una insistencia excesiva en la libertad o autonomía individuales, con

---

[30]«Blackstone y Bentham», en *The Economics...,* págs. 13-47.

[31]«Utilitarianism, Economics, and Social Theory», en *The Economics...,* citada, pág. 60. Y añade que «la riqueza de la sociedad está constituida por la satisfacción agregada de aquellas preferencias (las únicas que tienen peso ético en un sistema de maximización de la riqueza) que están respaldadas por dinero, es decir, que están registradas en un mercado» (pág. 61); sin embargo, ese mercado no tendrá por qué ser explícito y por ello «la riqueza no es equivalente al Producto Nacional Bruto ni a ninguna otra medida pecuniaria del bienestar» (pág. 61). Coleman sostiene que Posner hace descansar la noción de maximización de la riqueza en los precios y lo critica («Efficiency, Utility and...», citada, págs. 108-111). Russell Hardin, un defensor de los planteamientos posnerianos, por el contrario, rechaza que el criterio de maximización de la riqueza no sea sino el criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks medido a precios de mercado. Véase «The morality of Law and Economics», en *Law and Philosophy,* 11, 1992, pág. 345.

independencia de sus consecuencias para la felicidad o utilidad del conjunto de la sociedad, es igualmente inaceptable[32]. Por eso, persigue distanciarse tanto de la «monstruosidad moral» del utilitarismo como del «fanatismo moral» kantiano, y propone una teoría ética alternativa a ambas, o mejor, combinación de ambas. Con sus propias palabras:

> «La ética de la maximización de la riqueza puede ser entendida como una mezcla de estas dos tradiciones filosóficas rivales. La riqueza está positivamente correlacionada, aunque de manera imperfecta, con la utilidad; pero la persecución de la riqueza, al descansar en el modelo de las transacciones voluntarias del mercado, implica un mayor respeto a la libre elección individual que el utilitarismo clásico»[33].

A una conclusión semejante llega cuando da un repaso a los diferentes conceptos de eficiencia para defender el criterio de Kaldor- Hicks[34]; en su opinión, esta es la manera de conciliar la exigencia de maximizar la riqueza con el respeto a la autonomía individual que reclaman las teorías morales consensualistas[35].

Posner encuentra cinco grandes ventajas en su propuesta[36]:

(a) Explica satisfactoriamente el porqué de la crítica moral a los delitos contra la propiedad.

(b) Fundamenta más sólidamente que el utilitarismo la libertad económica.

(c) Fundamenta la mayoría de las virtudes convencionales: mantenimiento de las promesas, decir la verdad, e incluso el altruismo.

(d) Proporciona una sólida justificación a una teoría distributiva de la justicia.

(e) Ofrece un aceptable concepto de Derecho.

---

[32]«... la ética de la autonomía personal, interpretada y aplicada sin tener en consideración sus consecuencias en térnimos de bienestar, (...) produciría una gran cantidad de miseria». «The ethical and political basis of wealth maximization», en *The Economics*..., citada, pág. 98.

[33]*The Economics*..., citada, pág. 66.

[34]«The ethical and political...», citada, fundamentalmente el primer epígrafe, «The consensual basis of efficiency», págs. 88-102.

[35]«La maximización de la riqueza como principio ético toma en consideración tanto la utilidad, aunque menos intensamente que el utilitarismo, como el consentimiento, aunque también menos intensamente de lo que Kant lo hubiera hecho». «The ethical and political...», citada, pág. 98. La noción posneriana de consentimiento ha sido criticada por Dworkin («Why efficiency?», citada, págs. 275 y ss.) y Coleman («Efficiency, utility...», citada, págs. 115 y ss.).

[36]«Utilitarianism, Economics...», citada, págs. 66-75.

Un planteamiento como el de Posner ha sido objeto de importantes controversias, siendo Ronald Dworkin[37] y Jules Coleman[38] dos de sus más feroces críticos.

3. Algunas cuestiones básicas

No querría concluir esta visión panorámica sobre el análisis económico del Derecho sin llamar de nuevo la atención sobre la necesidad de plantearnos la corrección de los supuestos en los que descansa y de los objetivos que persigue. Jules Coleman[39] ha señalado cuatro cuestiones fundamentales que los analistas económicos del Derecho deben responder:

(i) ¿Qué es la eficiencia económica?; ¿qué significa proclamar que los recursos son asignados de un modo económicamente eficiente?; ¿qué significa proclamar que un cuerpo legal es eficiente? No descubrimos nada si apuntamos que estas preguntas no tienen una única respuesta[40].

(ii) ¿Tiene el principio de eficiencia alguna virtud explicativa?; pueden un conjunto de reglas y principios jurídicos ser racionalizados y explicados por una teoría económica de la legislación o de la adjudicación?[41]

(iii) ¿Cómo debe ser formulado el Derecho para promover la eficiencia?; ¿cómo deben ser asignados y protegidos los deberes y derechos legales de modo que las normas que los asignan y protegen sean eficientes?[42]

---

[37]Véase «Is wealth a value?» y «Why efficiency?», citadas. Un riguroso análisis de las controversias entre Dworkin y Posner en Liborio Hierro, «Dworkin vs. Posner. Contra el imperio de la riqueza», en *Ronald Dworkin. Estudios en su homenaje,* Revista de Ciencias Sociales, nº. 38, Valparaíso, 1993, págs. 383-411.

[38]Fundamentalmente en «Efficiency. Auction and Exchange» y «Efficiency, Utility and Wealth Maximization», citadas.

[39]«Efficiency, utility...», citada, pág. 95.

[40]Un buen análisis de los distintos conceptos de eficiencia en Coleman, «Efficiency, Auction and Exchange», citada.

[41]Una contundente respuesta negativa, y por tanto una abierta crítica a los planteamientos de Posner, en Owen Fiss, «¿La muerte del Derecho?», en *Doxa,* nº. 10, 1991, págs. 123 y ss. También Dworkin critica la dimensión descriptiva del análisis económico del Derecho en «Is wealth a value?», citada, págs. 263-266.

[42]Quizá uno de los temas más controvertidos del análisis económico del Derecho sea, precisamente, el concepto de derecho subjetivo que proponen, y que como ha criticado Charles Fried, «resulta contraintuitivo, en la medida en que sugiere que todos los derechos, incluso derechos básicos como la libertad de conciencia, derechos políticos, o el derecho a no ser sometido a malos tratos, no son derechos morales sino derivaciones contingentes de un mecanismo optimizador». («Difficulties in the Economic Analysis of Rights», citada, pág. 181). Sobre el análi-

(iv) ¿Debe el Derecho perseguir la eficiencia económica?; ¿en qué medida es la eficiencia un valor jurídico deseable y un principio normativo atractivo?; incluso, tal y como se preguntaba Dworkin[43], ¿es la eficiencia -la entendamos como la entendamos- valiosa en sí misma, en tanto que componente (único o uno junto a otros) del valor social, o lo es en la medida en que contribuya a alcanzar fines valiosos en sí mismos, es decir en tanto que instrumento del valor social?

Las cuestiones básicas que el analista económico del Derecho debe responder no se agotan en las cuatro anteriores. Dicho análisis descansa en una serie de supuestos que conviene explicitar y cuestionarse:

(a) ¿Es razonable hacer descansar el análisis -descriptivo y normativo- del Derecho en el supuesto de que los individuos son siempre agentes racionales maximizadores de su bienestar? ¿No obviamos importantes dimensiones del ser humano? ¿No oscurecemos de ese modo el papel del diálogo y de la relación con otros en la adopción de la conciencia de nosotros mismos? ¿Cabe seguir asumiendo acríticamente el supuesto de la soberanía del consumidor, rechazando radicalmente cualquier política paternalista?

(b) ¿Son todos los bienes «bienes económicos»? Elizabeth Anderson[44] ha definido los bienes económicos en función de dos características: en primer lugar, su valor puede ser plenamente realizado con el uso, siendo el uso un modo de valoración bajo e impersonal que consiste en subordinar el bien en cuestión a los fines del sujeto sin considerar su valor intrínseco; en segundo lugar, su producción, distribución y disfrute están gobernados por las reglas constitutivas del mercado[45]. Podemos preguntarnos también: ¿son

---

sis económico de los derechos, la propuesta más ortodoxa es la de Posner, *Economic Analysis of law*, citada, concretamente la parte II, «The common law», y también en «Utilitarianism, Economics and social theory», citada, págs. 69-74; un planteamiento diferente en Calabresi y Melamed, «Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral», citada. Un análisis crítico con la propuesta de Calabresi y Melamed en Coleman, «Rethinking the theory of legal rights», en *Markets, morals...,* citada, págs. 28-63.

[43]«Is wealth a value?», citada.

[44]*Value in Ethics...,* citada, capítulo 7, «The ethical limitations of the market», págs. 141-167, concretamente, págs. 143-146.

[45]Estas reglas se caracterizan por cinco rasgos: *impersonalidad* (es la renta y no el status social, las características personales, o las relaciones sociales, la que determina el acceso a los bienes); *egoísmo* (las partes en el mercado persiguen la satisfacción de sus objetivos, definidos con absoluta independencia de los objetivos de la otra parte); *exclusividad* (el acceso a los beneficios está limitado al propietario); «*want-regarding*» (los bienes se intercambian sin tener en consideración las

todos los bienes intercambiables con la misma moneda?[46] ¿Es el sistema de precios universal?[47] ¿Existen bienes inconmensurables?[48]

(c) ¿Puede discutirse racionalmente de valores morales?, o ¿deben ser éstos absolutamente relativizados?; ¿son los valores equiparables a las preferencias individuales[49], no pudiendo, por tanto, establecerse ninguna jerarquía entre ellos, gozando todos de igual título a ser satisfechos? ¿Puede aceptarse pacíficamente que el valor de un bien viene dado por la cantidad que estamos dispuestos a pagar por él (o a recibir a cambio de desprendernos de él, aunque ambas cantidades no sean coincidentes)? ¿No tiene sentido distinguir, como, basándose en Kant, ha sugerido recientemente Anderson,[50] entre

---

razones por las que la gente los quiere: el mercado no establece diferencias entre necesidades urgentes y meros caprichos); «*exit not voice*» (los bienes en el mercado se toman o se dejan).

[46] Calabresi señala que ésta es precisamente una crítica acertada dirigida al análisis económico del Derecho desde lo que él llama el «método filosófico», cuyos más ilustres representantes serían Bruce Ackerman y Ronald Dworkin. Las palabras de Calabresi son esclarecedoras: «Sin embargo hemos de admitir que el método filosófico contiene una crítica acertada al análisis económico del Derecho cuando señala que este último tiende a tratar las cosas como si todas fuesen intercambiables con la misma moneda, ignorando que el intercambio de derechos, de bienes jurídicos es muy complejo, ignorando que muchas veces hay que convertir dólares en pesetas o realizar el intercambio en el mercado negro», en «Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho», citada, pág. 225.

[47] Kenneth J. Arrow, comentando críticamente un libro muy controvertido en la década de los 70 (Richard Titmuss, *The Gift Relationship: From Human Blood to Social Policy,* Allen and Unwin, Londres, 1970), señalaba que «el sistema de precios no es, y quizas en algún sentido básico no puede ser, universal. En la medida en que es incompleto, debe ser completado con un implícito o explícito contrato social» (que explicara los deseos «altruistas» de los individuos). Véase «Gifts and exchanges», en Edmund S. Phelps ed., *Altruism, Morality and Economic Theory,* Russell Sage Foundation, Nueva York, 1975, págs. 13-28.

[48] Sobre el problema de la inconmensurabilidad, véase, J. Raz, *The morality of freedom,* Clarendon Press, Oxford, 1986, concretamente el capítulo 13, «Incommensurability», págs. 321-366, y E. Anderson, *Value in Ethics and Economics,* citada, capítulo 3, «Pluralism and incommensurable goods», págs. 44-64.

[49] Una crítica del concepto de valor en el que descansa la economía, en Griffin, «Contra el modelo del gusto», en *Doxa,* nº. 9, 1991, págs. 41-68. Griffin señala que existen dos modelos diferentes acerca de como están vinculados los deseos y los valores: por un lado, el *modelo de la percepción,* que otorga prioridad al valor (algo es deseado porque es valioso: juzgamos o reconocemos algo como valioso y, por consiguiente, sentimos un deseo por él): y por otro, el *modelo del gusto,* que otorga prioridad al deseo, al gusto, a la preferencia (algo es valioso porque es deseado: dado el tipo de criatura biológica y psicológica que somos, nuestros deseos van a fijarse en ciertos objetos, en virtud de lo cual éstos adquieren valor). En su opinión el modelo del gusto está muy -demasiado- difundido en las ciencias sociales, y sobre todo en la economía.

[50] Obra citada, capítulo 1, «A pluralist theory of value», págs. 1-16: concretamente, pág. 8.

aquellos bienes que son meramente instrumentales y cuyo valor vendría dado por su precio relativo, y aquellos bienes que son fines en sí mismos y que gozarían de un valor intrínseco, que tienen en sí una dignidad?

No pretendo con estas preguntas y observaciones críticas minusvalorar la necesidad de aproximarnos al estudio del Derecho siendo conscientes de la relevancia económica de muchas cuestiones; ni tampoco rechazar las importantes contribuciones que el análisis económico ha realizado al desarrollo de las ciencias sociales y que los juristas debemos aprender a utilizar. Todo lo contrario. Sin embargo, sí es cierto que he pretendido poner de relieve algunas deficiencias y algunos peligros de las versiones más ortodoxas del análisis económico del Derecho, y alertar contra un peligro que ya Mill denunció en Bentham[51], y que puede estar presente en algunos analistas económicos. Decía Mill que se hallaba Bentham tan orgulloso de su modelo basado en la noción de utilidad, que se aproximaba a todas las ideas como si fueran extrañas, como si fueran conceptos raros, nuevos; y si no conseguían pasar el examen de su modelo, las rechazaba como generalizaciones vagas y, por tanto, inútiles. Mill criticaba a Bentham por ignorar que en esas generalizaciones estaba contenida toda la sabiduría histórica de la especie humana; y por ello, aunque el modelo fuera incapaz de explicar esas ideas extrañas, era preciso permanecer atentos a ellas antes que despreciarlas. Mi temor es que una práctica acrítica y dogmática del análisis económico del Derecho pueda conducir a olvidar aquella parte de la sabiduría histórica de la humanidad que, con el paso del tiempo, ha ido sedimentándose en los diferentes saberes morales y jurídicos.

[51]Véase Calabresi, «Sobre los límites...», citada, pág. 228, de quien he tomado este argumento.

LA POBREZA COMO INJUSTICIA (DWORKIN V. CALABRESI)[1]

O *Introducción*. En un trabajo reciente[2] me ocupé de la discusión entre Ronald Dworkin y Richard A. Posner sobre la eficiencia o, más exactamente, sobre la *maximimización de la riqueza* como criterio de eficiencia, criterio que, por otra parte. se afirma que el Derecho -o buena parte de él- satisface y/o debe satisfacer. Esta es justamente la pretensión de un sector del movimiento o escuela denominado «análisis económico del Derecho» (el sector encabezado por Posner)[3]. Advertí entonces que existe otro sector bien definido dentro de este mismo movimiento (el sector encabezado por Guido Calabresi)[4] cuyas tesis fundamentales no coinciden con las del anterior. Este sector ha sido denominado «débil», «moderado» o «modesto» (si hacemos extensivo el calificativo aplicado por Dworkin a una de sus principales tesis) frente al carácter «fuerte», «radical» o «inmodesto» que cabe predicar de aquel otro. Pero este sector moderado ha sido objeto también de las críticas de Dworkin, y relatar y analizar estas críticas constituye

[1] Mi agradecimiento a los profesores Juan Carlos Bayón y Alfonso Ruiz Miguel que leyeron el borrador de este trabajo y me hicieron útiles observaciones para mejorarlo.

[2] Liborio L. Hierro, «Contra el imperio de la riqueza (Dworkin v. Posner)», en *Ronald Dworkin. Estudios en su homenaje,* Revista de Ciencias Sociales, nº. 38, Edeval, Valparaíso, 1993, págs. 383-411.

[3] Este sector cuenta, entre sus más significativos representantes, con G. Becker, H. Demsetz, F. H. Easterbrook, I. Ehrlich, M. Landes y G. Tullock. Puede considerarse, sin duda, la corriente mayoritaria (Torres 1987, pág. 71 y Mercado 1994, págs. 58-64).

[4] Forman parte de este sector -junto a Calabresi- B. Ackerman, P. Bobbit, E. J. Mishan o A. M. Polinsky. La posición crítica que les caracteriza, frente al sector mayoritario, hace difícil encasillarlos. Tengo la impresión de que algunos de ellos aceptarían haber hecho «análisis económico», pero no pertenecer a la escuela del «Análisis económico». Es claro, por ejemplo, el distanciamiento de Ackerman (Ackerman, 1988, págs. 120-123 y, en particular, nota 16 en pág. 135).

el propósito de este artículo que se convierte así en una especie de continuación de aquél.

Me parece conveniente hacer una advertencia preliminar, provocada por alguna discusión suscitada en torno al trabajo anterior[5]. Se refiere al ámbito de las críticas de Dworkin al *Análisis Económico del Derecho,* al menos tal y como yo las entiendo. Estas críticas se mueven -en principio- en el nivel de los «fundamentos» filosóficos y presupuestos axiológicos del análisis económico. Tales fundamentos y presupuestos no sólo están implícitos, sino que han sido objeto de expresas «incursiones» por parte de los autores más representativos[6]. La crítica no pone en cuestión, ni para afirmar ni para negar, la virtualidad científica o técnica de hacer análisis económico del Derecho (la ausencia de mayúsculas y negrilla pretende ser ahora plenamente significativa). No niega, por tanto, la «legitimidad» académica de este tipo de análisis ni su utilidad político-jurídica. Cuestiona sólo las implicaciones filosófico-jurídicas, en un sentido estricto, de la escuela que ha adoptado como nombre propio el de esa posible actividad (el *Análisis Económico del Derecho*[7]), es decir: cuestiona las relaciones entre eficiencia y justicia (los economistas suelen hablar, más modestamente, de «equidad»[8]) en este análisis o, lo que es igual, la concepción implícita o explícita que

---

[5] Debo expresar mi agradecimiento al profesor Albert Calsamiglia por su invitación a presentar el trabajo citado en el Seminario de Profesores de Filosofía del Derecho, moral y política de la Universidad Pompeu Fabra, en Barcelona, el pasado mes de enero; igualmente al profesor Santos Pastor, del Departamento de Economía de la Universidad Carlos III de Madrid, por su atenta acogida y sus observaciones críticas y por invitarme a discutirlo, posteriormente, en el Seminario sobre «Economía y Derecho» que allí dirige.

[6] Como dice Kronman (1980, pág. 227) en referencia a dos trabajos de Posner: «taken together, these two articles represent Posner's only extended foray into the field of moral philosophy...». Posner ha insistido luego en sus incursiones en este campo. Respecto a Calabresi, los trabajos más significativos en este aspecto son -a mi entender- los siguientes: *About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin* (1980) y *The New Economic Analysis of Law: Scholarship, Sophistry or Self-indulgence?* (1983), aunque las referencias a los fundamentos y a los límites ético-políticos del análisis económico son, en sus obras, constantes.

[7] Aunque no me parece de especial utilidad, puede verse una detallada y un poco prolija discusión sobre los nombres que este movimiento o escuela ha recibido en el trabajo de Pierluigi Chiassoni, *Analisi economica del diritto, formularismo, realismo* (1990), págs. 30-39.

[8] Ver, por ejemplo, A. M. Polinski que afirma: «el término *eficiencia* alude a la relación entre los beneficios totales de una situación y los costes totales de la misma, el término *equidad* alude a la distribución de la renta entre los individuos. En otras palabras, la eficiencia se relaciona con «el tamaño del pastel», mientras que la equidad dependerá de cómo se reparta». (Polinski, 1985, pág. 19). También Pastor (1989, pág. 34) señala que «la noción de equidad empleada en Economía es tomada de la Filosofía y se asocia con la noción de Justicia». Polinski señala, sin embargo,

manejan sobre los fines del Ordenamiento Jurídico. Es claro, sin embargo, que este ámbito de cuestiones podría influir en aquél que -en principio- no se discute en la medida en que se llegase a la conclusión de que hay que sustraer parte o partes o, eventualmente, la totalidad del Ordenamiento Jurídico a las pretensiones descriptivas (positivas) y/o a las pretensiones normativas de tal análisis económico, para reducirlo a un papel vicario o meramente instrumental. Esta aclaración me parece importante, en todo caso, pues en alguna discusión he percibido una especie de posición defensiva de los economistas que parecían sentir atacada su legitimidad científica por críticas como las de Dworkin[9]. Para decirlo en pocas palabras, creo que el motivo de esta discusión no es tanto atacar el territorio de los economistas como defenderse contra su pretensión de invadir el territorio de los juristas o, como mínimo, contra cierto tipo de invasión: la de aquellos que han elaborado una teoría completa y pretenciosa, según la cual maximizar la riqueza (aumentar el tamaño del pastel) es el criterio de la eficiencia, la eficiencia es el criterio de la Economía, y la Economía -parece pretender- es el criterio del Derecho.

La atención del profesor Calabresi a este «nuevo» método es coetánea con su mismo nacimiento y puede ser considerado, por ello, uno de sus fundadores. Si aceptamos como fecha de nacimiento la de 1960, en que Coase publica *The Problem of Social Cost,* lo cierto es que en 1961 Calabresi publica *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* y él mismo ha alegado que estas reflexiones nacieron con independencia de la publicación de Coase, que

---

que este concepto económico de «equidad» no incluye el sentido en que el término es utilizado por filósofos y juristas donde se incluyen los procesos por los que se adquiere la riqueza, así como la protección de determinados derechos (ibídem, nota 2). Esta distinción entre «equidad» en sentido económico estricto y «equidad» o «justicia» como un valor más amplio tiene bastante importancia para la discusión subsiguiente.

[9] Torres López señala que «las críticas efectuadas al Análisis Económico del Derecho por su pretendido afán «imperialista» o bien son manifestaciones más bien poco justificadas de lo que Kirchner llama el «tradicional recelo del jurista al diálogo interdisciplinar» (cit. Paz, 1981, pág. 694) o bien suelen formar parte de una crítica más general y rigurosa de los planteamientos que derivan de la íntegra asunción del modelo neoclásico y de ahí que Posner, como su más preclaro representante, se convierta en eje prácticamente exclusivo de las mismas» (Torres, 1987, pág. 92).

Creo que, efectivamente, el objeto de las críticas de Dworkin es, principalmente, una cierta utilización «filosófica» (en el sentido de «globalizadora») de un cierto modelo, el modelo neoclásico.

Sobre el llamado «imperialismo» de la Economía ver también Torres 1987, págs. 89-92, Paz Ares 1981, pág. 689 y -muy especialmente- el más detallado análisis de Mercado 1994, págs. 75-125. Un trabajo al que se hacen frecuentes referencias es el de R. Brenner, *Economics. An Imperialist Science* (1980).

habría luego de convertirse en punto de partida de la nueva escuela[10]. En conjunto esta nueva escuela se presenta como un enfoque distinto al del «antiguo» análisis económico: el antiguo o «viejo» análisis económico del Derecho sería aquél que se desarrolló en los años veinte y treinta y que se mantiene en vigor de forma incontrovertida, aunque con un alcance muy limitado: sería -en palabras de Calabresi- el análisis económico aplicado a situaciones en que la legislación se propone satisfacer ciertos objetivos económicos bien definidos. «El análisis económico se usaba entonces para determinar si sub-reglas específicas del common-law o legisladas servían para alcanzar los objetivos establecidos... la única función del análisis económico era la función vicaria de ver en qué medida estos valores» -de carácter económico, pero legalmente establecidos- «se estaban alcanzando en la práctica por las reglas secundarias y la legislación» (Calabresi, 1983, pág. 86). Por el contrario, el «nuevo» análisis económico se plantea utilizar los métodos de la economía para explicar y criticar las normas jurídicas incluso cuando no tienen un origen o un objetivo explícitamente económico[11].

El nuevo análisis económico del Derecho parece ser el mismo tiempo un cierto desarrollo del *realismo jurídico norteamericano*[12] y, metodológicamente, un sucedáneo del materialismo marxista en cuanto concibe la estructura subyacente del Derecho como exclusiva actividad económica, si bien con la notable diferencia de que el «paradigma» es el mercado como maximizador de la riqueza, la cual es el único criterio mensurable de la eficiencia económica[13] al que -en la tesis mayoritaria de Posner- se reducen tanto las pretensiones

---

[10] Calabresi, 1991, pág. 1.213, nota 8, afirma: «Contemporaneously to, and independently of, the publication of Coase's *The Problem of Social Cost,* I published *Some Thoughts*...».

[11] Ver también, sobre «viejo» y «nuevo» análisis económico, Torres, 1987, págs. 15 y ss. y Paz Ares, 1981, págs. 609-613.

[12] Parece totalmente acertada la apreciación de Horwitz (1980, pág. 905) en el sentido de que «Law and Economics emerges to fill the intellectual vacumn left by Legal Realism. It is one of the many responses to the Realist critique of all attempts to create a completely autonomous and internally consistent realm of 'pure law'». Allí mismo Horwitz establece la comparación con el marxismo vulgar, a la que a continuación hago alusión. Véase también, sobre la relación entre *Análisis Económico y Realismo,* Mercado 1994. Capítulo 4 y, en particular, pág. 204 («El AED ha sido considerado como heredero de la vertiente del realismo denominada -policy science- o -scientificbranch-, en tanto que expresa un intento por reconstruir una teoría objetiva y realista del análisis legal desarrollada a partir de los instrumentos proporcionados por la ciencia económica»).

[13] Uno de los más radicales defensores de Posner, en cuanto a la cuestión que vamos a analizar, es Johnsen, quien sostiene que la riqueza no sólo es un valor, sino que es «el único componente de valor social» (Johnsen, 1986, pág. 266). Para sostener esta tesis Johnsen incluye en el concepto de riqueza «todas las cosas valiosas que

utilitaristas como los valores mayoritariamente aceptados. Calabresi, sin embargo, ha desarrollado toda su obra durante las tres últimas décadas marcando -creo que cada vez de forma más firme- sus diferencias respecto a las pretensiones de Posner tanto a nivel descriptivo como a nivel normativo[14]. Y estas diferencias son tan relevantes que hacen dudar sobre la unidad de la escuela.

1. *Calabresi v. Posner o los límites éticos del análisis económico*. Las críticas de Calabresi a Posner pueden, en mi opinión, enunciarse en cinco postulados y ello prescindiendo de otras diferencias relativas a diversas aplicaciones del análisis mismo (responsabilidad por accidentes, por ejemplo) y limitándome a cuestiones de fundamento. De forma clara podrían formularse así: (1) el Análisis Económico del Derecho posneriano, como pretendida teoría descriptiva, es una sofistería; (2) el Análisis Económico del Derecho basado en el criterio de maximización de la riqueza no es, ni descriptiva ni normativamente, neutro; (3) el criterio de maximización de la riqueza, como criterio normativo, no puede resolver el problema de la asignación inicial de puntos de partida; (4) el volumen de riqueza, sin tomar en cuenta su distribución, no es un valor; (5) el Análisis Económico del Derecho, aun asumiendo un intercambio entre maximización de la riqueza (eficiencia) y su distribución (equidad), no es un modelo normativo exhaustivo porque junto al binomio eficiencia-equidad existen otros valores (justicia) de carácter superior.

(1) Calabresi niega una de las tesis centrales del análisis posneriano: que el *Common Law,* ha obedecido, aun de forma inconsciente, al criterio de maximización de la riqueza[15]. Uno de los argumentos más poderosos del análisis posneriano reside, en efecto, en el

---

son escasas», lo que incluye «desde las tangibles más mundanas, como cañones y mantequilla, a las intangibles más metafísicas, como la «realización de las capacidades humanas exclusivas de cada uno» (ibídem, pág. 269). Sin embargo, en una perfecta ortodoxia posneriana, Johnsen admite que «not all valued things that are scarce are measurable. Those that are measurable can be viewed as the empirical componets of wealth. To test the positive hypothesis of wealth maximization it is neccessary to measure wealth in different states of the world. Dollars or dollar equivalents provide a convenient way of expressing the measurement» (Ibídem, pág. 270). Nótese que, entonces, las cosas intangibles y metafísicas que incluía en su noción de riqueza sólo forman parte de ella siempre que -y en la medida en que- usted las traduzca a dólares.

[14] Sobre el doble aspecto, descriptivo y normativo, del *Análisis Económico del Derecho* ver las referencias en Hierro 1993, pág. 389, nota 4.

[15] Sobre el significado del criterio de maximización de la riqueza, y su crítica, me remito a Hierro 1993, págs. 395 y ss. Entre las muchas formulaciones del aspecto descriptivo de la teoría en Posner, pueden verse estas dos (que no son exactamente

aspecto positivo o descriptivo de la Teoría que, según se pretende, permite descubrir una especie de ley histórica subyacente en la evolución del *Common Law*. Calabresi no es, desde luego, el único que niega semejante pretensión descriptiva, pero no es tampoco el más tímido de los críticos: la afirmación constituye -según él- simple y llanamente una «sofistería» (Calabresi 1983, pág. 87). El carácter sofístico de esta pretensión es doble. En primer lugar, porque es imposible definir en qué consiste la riqueza si no conocemos los puntos de partida: «la riqueza en cualquier sociedad depende de los gustos, de lo que la gente quiere, de lo que ellos valoran. Pero lo que ellos valoran depende de lo que tienen para empezar. Si no tengo nada, valoraré el alimento, si tengo alimento puede que desee el sexo, si tengo ambos puede que codicie el Derecho, y si tengo el Derecho puede que desee el silencio» (ibídem, pág. 90)[16]. En consecuencia, afirmar que el *Common Law* maximiza la riqueza es ignorar su papel previo en establecer y cambiar los puntos de partida que son los que nos permitirán definir la riqueza (ibídem, pág. 91). En segundo lugar, porque la pretensión descriptiva parece conducir a la falacia naturalista en su utilización más conservadora: «sólo hay un pequeño paso desde la pretensión «positiva» de que el *Common Law* ha servido siempre a la maximización de la riqueza hasta la aserción normativa de que el objeto del *Common Law* debería ser la maximización de la riqueza» (ibídem, pág. 87). En esta primera crítica a las pretensiones descriptivas del análisis posneriano Calabresi coincide con muchos otros, aunque me interesa señalar que, entre ellos, coincide con Dworkin, como el mismo Calabresi reconoce expresamente[17].

---

coincidentes): (a) «law can best be understood in wealth-maximizing and rent-seeking terms, the former being the demain of common-law, the latter of statute law» (Posner 1990, pág. 362): (b) «I am associated with several top-down theories. One, which is primarily positive (descriptive), is that the common-law is best understood en the «as if» assumption that judges try to maximize the wealth of society» (Posner 1992, pág. 433). Me parece curiosa la diferencia porque rara vez incluyen el Derecho legislado en el propósito descriptivo de la teoría y, en su aspecto normativo, es una de las cuestiones centrales en el debate -y resueltas con poca claridad por el mismo Posner- si la legislación también debe obedecer al criterio de maximización de la riqueza o puede asumir criterios de distribución.

[16] Ver también Calabresi 1972, pág. 48 («what is a Pareto optimal, or economically efficient, solution varies with the starting distribution of wealth. Pareto optimality is optimal *given* a distribution of wealth, but different distributions of wealth imply their own Pareto optimal allocation of resources») y Calabresi 1980, págs. 554-555 («That without starting points -wether termed rights, entitlements, bodily security, or what have you- it is hard to give any meaning to the term 'an increase in wealth'»).

[17] Calabresi 1983, pág. 91, nota 1, y Calabresi 1980, pág. 554. Me parece destacable que estas críticas no hayan sido objeto de consideración por Posner en el apar-

(2) El segundo postulado ataca una de las más fuertes pretensiones del análisis posneriano: el carácter científico y, por lo tanto, neutral del principio de maximización de la riqueza que al mismo tiempo sirve para explicar la estructura subyacente del *Common Law* (y, ocasionalmente, del derecho legislativo)[18] y para proponer un criterio de decisión judicial (y, eventualmente, de decisión legislativa)[19] que neutraliza las preferencias ideológicas. Esta posición va estrechamente ligada a una concepción naturalista de la verdad científica y a una autoafirmación de que la Economía es precisamente la más «científica» de las ciencias[20]. Ha sido probablemente Horwitz quien con más claridad ha denunciado ese trasfondo cientifista: «El Análisis Económico del Derecho es sólo la más reciente pretensión de apoyarse en el prestigio de las ciencias naturales en el esfuerzo para crear un sistema de pensamiento jurídico que sea objetivo, neutral y apolítico» (Horwitz 1980, pág. 905). Calabresi es también consciente de las pretensiones de neutralidad científica y del sofisma que encubren. A nivel descriptivo porque -como acabamos de ver- esconden la función fundamental del Derecho en atribuir o cambiar puntos de partida; a nivel normativo porque, pese a los intentos paretianos o posnerianos, resulta imposible eludir las comparaciones interpersonales lo que nos introduce «en un mundo completamente normativo donde la identidad y el mérito de los ganadores y perdedores se hace esencial. Permítanme ser claro -añade Calabresi-. El mundo normativo es en

tado que dedica a «Criticisms of the Positive Theory» en Posner 1990, págs. 362 y ss.

[18] Ver supra nota 15.

[19] No es claro tampoco Posner respecto a si la maximización de la riqueza es sólo un criterio de decisión para los jueces o también para el legislador; en unas ocasiones parece haber distinguido una cierta «división del trabajo» que atribuye al legislativo tareas de distribución, sin embargo creo que a la postre se inclina por extender la fuerza normativa de este principio también a la actividad legislativa (ver Hierro 1993, pág. 408). Respecto a la actividad judicial, Posner afirma que la maximización de la riqueza les permite tomar decisiones incontrovertibles: «this may be the only social policy that the tools of the judicial process enable judge to promote in a consistent and reasonably unocontroversial fashion; if so, wealth maximization offers judges a comfortable as well as socially useful guidepost» (Posner 1990, pág. 372).

[20] La cuestión tiene un particular desarrollo en Posner 1990, págs. 362 y ss., donde, por ejemplo, aparecen estas afirmaciones: «Economists pride themselves on being engaged in a scientific endeavour» (pág. 362); «these points suggest that economics is weak in comparison with the natural sciences, although it is the strongest of the human sciences» (pág. 366); y, en referencia a actividades científicas como la Sociología del Derecho, la Psicología del Derecho, la Antopología Jurídica o la *Teoría del Derecho como teoría positiva* (el subrayado es mío), afirma: «these fields of interdisciplinary studies, and other that could be named, are older than economic analysis of law yet are weaker candidates for a leading role in fashioning a positive thoery of law» (pág. 367).

el que vivimos, y podemos decir mucho sobre lo que es bueno y lo que es malo en él. Lo que no podemos hacer, sin embargo, es esconder lo que está metido en ese mundo tras un criterio interpersonalmente neutro y actuar como si no estuviéramos haciendo juicios morales, cuyos efectos imponemos luego sobre otros» (Calabresi 1991, pág. 1.217).

Aunque no voy a extenderme sobre ello, conviene recordar que el principio posneriano de maximización de la riqueza es una reconstrucción (o aplicación simplificada) del criterio de Kaldor-Hicks[21], que se justifica sobre la base de un consentimiento anterior de todos los participantes (Posner 1980, págs. 85-86), es decir que supone que todos han aceptado el principio de maximización de la riqueza -aunque un determinado incremento de la riqueza social suponga para ellos una pérdida sin compensación- porque están compensados ex-ante por la expectativa de que tal aumento les hubiera beneficiado (o, quizá, por la expectativa de vivir en una sociedad cuya riqueza se incrementa continuamente)[22]. Esta formulación permite prescindir de quiénes sean, en una situación dada, los ganadores y los perdedores, y convertir así la maximización de la riqueza en un criterio neutral.

Calabresi ha dedicado bastante atención a negar la realidad de este hipotético consentimiento y a demostrar que, por el contrario, sólo un criterio de optimalidad paretiana estricta sería neutral, aunque es impracticable, mientras que el criterio de Kaldor-Hicks -y por tanto su formulación como maximización de la riqueza- implica siempre redistribuciones, porque siempre hay ganadores y perdedores. Otra cosa distinta es que, a veces, podamos considerar irrelevante quienes sean, en una situación dada, los ganadores y los perdedores y eso es precisa y únicamente lo que justifica dejar cierto número de transacciones a la dinámica del mercado: no que no existan ganadores y perdedores, ni que todos hayan supuestamente consentido antes en perder, sino que para la atribución de ciertos derechos puede resultar indiferente, en efecto, quiénes sean los ganadores y quiénes sean los perdedores. «El argumento para permitir intercambios «libres» cuando lo hacemos (y en modo alguno los permitimos siempre) no es

[21] Sobre las formulaciones del criterio de eficiencia hasta llegar al de maximización de la riqueza adoptado por Posner y su escuela, ver Hierro 1993, págs. 385-396.

[22] Ver Hierro 1993, págs. 394-395, para una explicación más técnica de lo que Posner entiende como compensación ex-ante. Económicamente, significa que el precio (por ejemplo, de un solar) ya incluye la probabilidad o la imposibilidad de alteraciones futuras en su valor (en el ejemplo, de que puedan o no construir al lado una fábrica contaminante). Sin embargo, en el texto he generalizado, un poco toscamente, el argumento posneriano en la medida en que él mismo utiliza este criterio «económico» de compensación anticipada para convertirlo en criterio «filosófico» de justificación del principio de maximización de la riqueza.

-como la gente suele decir estúpidamente- que no hay perdedores como resultado de los intercambios libres. Más bien es que se ha hecho un juicio distributivo consistente en que no nos preocupan los perdedores lo suficiente como para privar a los ganadores de su potencial ganancia. Desde luego, cuando nos preocupamos por los perdedores estamos listos para prohibir el intercambio… Y estamos listos para prohibir el intercambio si creemos que los perdedores en la transacción caen desproporcionadamente en categorías, como los pobres o los ancianos, sobre las que la sociedad tiene preocupaciones distributivas generalizadas» (Calabresi 1983, págs. 94-95)[23].

(3) El tercer postulado es la proyección a nivel normativo del primer argumento que hemos visto sub (1). Si es imposible definir la riqueza prescindiendo de una asignación inicial de puntos de partida (de derechos), y si la función del Derecho es precisamente definir tales puntos de partida (derechos) y darles la protección correspondiente[24], entonces el argumento posneriano de que el Derecho debe asignar los puntos de partida de tal forma que se maximice la riqueza social resulta una pretensión imposible: «Posner alega que los puntos de partida deberían asignarse de modo que maximicen la riqueza. Pero -concluye Calabresi- no hay forma de asignar puntos de partida de tal modo que pueda maximizarse lo que sólo dados ciertos puntos de partida puede ser definido» (Calabresi 1983, pág. 91)[25].

---

[23] Más adelante Calabresi (1983, pág. 96) especifica esta crítica frente a la compensación ex-ante de Posner: «To assume consent in such a situation is implicitly to adopt a distributional theory which deems irrelevant the differences which would keep some people from consenting. This may be a good distributional theory or it may not, but it is a distributional theory, none the less, and its silent adoption cannot be sustained». Los mismos argumentos, con algún matiz, en Calabresi 1991, pág. 1.224: «Nor am I suggesting that Posner's distributional theory is always wrong. There may be situations in which winners and losers are random, or where the incidence of the change cannot be determined, so that we cannot know who the winners and the losers are. Then treating winners and losers as the same may well be justified. There may also be situations in which a just distributional theory leads to the conclusion that we are indifferent between the actual winners and the actual losers».

[24] El artículo de Calabresi y Melamed *Property Rules, Liability, Rules, and Inalienability: one View of the Cathedral* (1972) es un brillante desarrollo de cómo, a partir de la asignación de derechos o posiciones iniciales que puede obedecer a criterios de eficiencia económica, o de preferencias distributivas o a otras razones de Justicia, el ordenamiento jurídico dispone de tres mecanismos distintos de protección de tales asignaciones iniciales: las reglas de propiedad, las reglas de responsabilidad y las reglas de inalienabilidad.

[25] En el mismo sentido Calabresi 1980, pág. 555 («It is hard to know what to make of a statement that maximizing wealth is a good thing, unless one has accepted something, other than wealth maximization, as a round for initial starnting points»).

(4) «Después de todo, ¿quién se ha creído alguna vez que la maximización de la riqueza sin atender a su distribución pudiera tomarse como objetivo del Derecho o de una sociedad justa?» (Calabresi 1983, pág. 89). Calabresi considera que ésta nunca ha sido una pretensión del utilitarismo puesto que, aunque se le puede imputar la defensa de un máximo de felicidad sin atender a su distribución, un máximo de riqueza mal distribuida no conduce a un máximo de felicidad. En la *Carta a Ronald Dworkin* (1980, pág. 556), comentando la discusión Dworkin-Posner y refiriéndose al argumento posneriano de que la maximización de la riqueza promueve un conjunto de valores (las virtudes protestantes), afirmará: «La dificultad es que la maximización de la riqueza, prescindiendo de su distribución, no me parece a mí (y yo aseguraría que a casi nadie) que promueva el embrollo de metas que yo, más tolerante que tú, aceptaría».

(5) Finalmente, Calabresi niega que -incluso admitiendo un equilibrio entre eficiencia (incremento de la riqueza) y equidad (distribución de la riqueza)- la riqueza constituya por sí misma un objetivo valioso. Por el contrario sostiene -señalando aquí también su expreso acuerdo con Dworkin (Calabresi 1980, págs. 554 y 556)- que «incluso con un punto de partida, es difícil ver cómo un incremento en la riqueza constituye una mejora en una sociedad a menos que promueva algún otro objetivo, como la utilidad o la igualdad... el adelanto de eficiencia es, como tú dices, meramente instrumental y necesita ser añadido a algún balance de aquello para lo que es instrumento antes de que pueda evaluarse».

He resumido en estos cinco postulados las críticas de Calabresi, a mi entender más relevantes, a la corriente mayoritaria del Análisis Económico del Derecho. Lo que ocurre es que estas críticas, en el terreno de los fundamentos, parecen ser tan amplias y tan profundas -al poner en cuestión al mismo tiempo sus pretensiones descriptivas y su criterio normativo básico, la maximización de la riqueza- que uno se pregunta en qué consiste, entonces, el análisis económico defendido por Calabresi. Y también Calabresi mismo se hace esta pregunta: «¿Dónde deja esto al nuevo análisis económico del Derecho?» (Calabresi 1993, pág. 100).

La crítica de la «imposibilidad» ha sido también desarrollada por Dworkin (vid. Hierro 1993, págs. 403 y ss. donde traté de distinguir esta crítica de otra estrechamente conectada con ella que sería la de la «circularidad»: cuando Posner afirma que la maximización de la riqueza promueve ciertos valores y cierta asignación de derechos valiosa, resulta que tales valores o esa tal asignación de derechos son «valiosos» porque maximizan la riqueza).

2. *Las posibilidades del Análisis Económico del Derecho como programa constructivo*. Fue el mismo Calabresi quien dijo que todos los críticos del Análisis Económico, sean marxistas, conservadores o radicales, llegan a la conclusión de que no se trata de otra cosa más que de una «tontería sobre zancos» (Calabresi 1983, pág. 85). A juzgar por sus críticas no está él muy lejos de pensar lo mismo en relación con Posner y su escuela, de cuyas tesis afirma -como hemos visto- que son «sofistería», «absurdas a primera vista» (ibídem, pág. 90), «vano intento de convertir la compulsión en consentimiento» (Calabresi 1991, pág. 1.223) y cosas semejantes. Ello no obstante Calabresi piensa que las perspectivas son sustancialmente distintas si el Análisis Económico del Derecho se aborda huyendo de toda tentación dogmática[26] y asumiendo cierta responsabilidad académica sobre las cuestiones distributivas.

Voy a resumir también en cinco puntos las características que entiendo más relevantes en el proyecto analítico-económico de Calabresi, y en cinco puntos que son correlativos con las cinco diferencias críticas que le separaban del grupo mayoritario. Se trata, por supuesto, de una presentación meramente convencional que -me parece- pueda facilitar la comprensión de ambos modelos[27]. Podrían enunciarse así: (1) el Análisis Económico del Derecho es, a nivel descriptivo, un punto de vista más sobre el Derecho; (2) el Análisis Económico del Derecho tiene también una función valorativa (y normativa) instrumental para la creación y aplicación del Derecho; (3) la eficiencia puede ser un criterio relevante para configurar, criticar o modificar las leyes, (4) una mezcla apropiada de eficiencia (volumen de riqueza) y distribución no es lo mismo que la Justicia, pero es un instrumento para alcanzar la Justicia; (5) la Justicia es un valor diferente (al equilibrio entre volumen y distribución de la riqueza) y superior ya que tiene carácter final (no instrumental) y, por ello, capacidad de veto.

---

[26] En una intervención en Barcelona, en junio de 1984, Calabresi defendió matizadamente las acusaciones de dogmatismo contra el Análisis Económico del Derecho: «No estoy del todo de acuerdo con Tom Heller en que el método del análisis económico del Derecho haya llegado a este punto repudiable (convertirse en una dogmática) en los Estados Unidos. Con ello no quiero decir que no me preocupe y no sea crítico respecto del modo como ciertos autores de mi país lo emplean; pues considero que algunos lo hacen de un modo excesivamente dogmático, sin perjuicio de que a veces comparta los resultados que alcanzan» (1985. pág. 221).

[27] Otras presentaciones del enfoque de Calabresi, en castellano, pueden verse en Durán y Lalaguna 1992, cap. VI (págs. 121-136), Mercado 1994, págs. 239-245 y Torres López 1987, págs. 72-80. También un excelente balance de su obra en la *Presentación* de Joaquín Bisbal a la edición española de *El Coste de los accidentes* (1984. págs. 7-17).

(1) La primera respuesta de Calabresi a la pregunta que -como hemos visto- él mismo dejaba planteada es que el Análisis Económico del Derecho tiene una función en el nivel del análisis descriptivo, aun prescindiendo de la aspiración a reinterpretar todo el *Common Law* bajo la «ley» de la maximización de la riqueza. Se trata, por un lado, de la posibilidad de encontrar explicaciones plausibles a ciertas doctrinas jurídicas y cambios legales a partir de determinadas estructuras (puntos de partida) y determinados objetivos distributivos propios de cada época. Es, principalmente, un análisis histórico esclarecedor que permite poner de relieve explicaciones institucionales que, de otra forma, resultan incomprensibles[28]. Por otro lado el análisis positivo puede también operar en sentido contrario: es decir, si se asume que ciertas leyes pretendían o pretenden la eficiencia en ciertos objetivos económicos, el análisis «puede ayudar a sugerir qué teorías distributivas, puntos de partida y presupuestos fácticos habrían sido necesarios» (Calabresi 1983, pág. 101) para obtener el resultado eficiente pretendido[29].

Pero esto no significa que el análisis económico sea «el» punto de vista que explica el Derecho (como, en relación al menos al *Common Law,* pretende el sector mayoritario); se trata sólo de «un» punto de vista. Con una imagen que ha hecho famosa el título de uno de sus trabajos más conocidos, cabe decir que se trata sólo de *«una vista de la Catedral»*[30].

---

[28] Calabresi (1983, pág. 101) afirma que esa fue una de las primeras aportaciones del Análisis Económico y cita, como ejemplo, su obra ya clásica *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* (1961). Un buen ejemplo de este nivel de análisis positivo sería -en mi opinión- la discusión con Posner y otros autores en relación a los fundamentos de la responsabilidad objetiva a partir de la doctrina del juez Learned Hand, en Calabresi y Hirschoff, *Toward a Test for Strict Liability in Torts* (1972).

[29] No hace falta una gran experiencia en cuestiones de política jurídica para darse cuenta hasta qué punto este tipo de análisis es relevante. Suele decirse, por ejemplo, que la legislación arrendaticia española inspirada por el sector más «social» del régimen franquista consiguió resultados opuestos a los deseados. Los ejemplos podrían extenderse, en el pasado y en el presente. Una de las discusiones más frecuentes entre nosotros, durante los recientes años de crisis económica, ha sido si ciertas políticas intervencionistas con el objetivo de abaratar el suelo urbano disponible, e impulsar la industria de la construcción al mismo tiempo que ofrecer vivienda asequible a los jóvenes, no han resultado por el contrario en un incremento del valor del suelo al restringir la oferta. No pretendo con esto sino señalar que este nivel de análisis es obviamente -y no trivialmente- necesario.

[30] Calabresi y Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienabilitv: One View of the Cathedral* (1972). La imagen, según explican en nota *2,* se debe al profesor Harry Wellington que la utilizada en muchas discusiones jurídicas para indicar que -como en los cuadros de Monet de la Catedral de Ruán- «para comprender la Catedral uno debe verlos todos». El artículo de Calabresi y Melamed termina diciendo que «este enfoque también aporta sólo una vista de la Catedral».

(2) El análisis económico no tiene por qué limitarse a esa contribución descriptiva. La venganza de Posner -dice Calabresi con tono de broma- sería fácil si, una vez criticada la falta de neutralidad de la maximización de la riqueza, nos limitáramos a decir que, en su lugar, sólo podemos ofrecer nuestras particulares preferencias (una posición «autocomplaciente») (Calabresi 1983, págs. 97-98). Pero el estudioso que -como antes vimos- no desea eludir que vive «en un mundo normativo» no tiene por qué limitarse a ofrecer, en lugar de criterios seudoneutrales, puras inclinaciones personales. Tiene que asumir la responsabilidad de ofrecer teorías distributivas que sean el resultado de sus conocimientos empíricos y de su habilidad filosófica: «Tal crítica del Derecho, abierta y normativa, basada en nociones académicas sobre la distribución podría ser, sin embargo, frecuentemente rechazada, pero no sería ni sofística ni auto-complaciente» (ibídem, pág. 99). Si, por ejemplo, el análisis puede demostrar que en un cambio en el sistema legal de responsabilidad los perjudicados son los relativamente ricos, los de mediana edad y las familias numerosas, éstos son datos que el legislador desea conocer y la tarea académica no puede limitarse a ofrecer el resultado (científico) en términos de ganancia o pérdida neta, sino que será de gran ayuda si, junto a ello, analiza de forma clara quiénes serán los ganadores y quiénes los perdedores: «El académico, organizando un análisis económico combinado de pérdidas y ganancias con una teoría distribucional que diga para quién es preferible una ganancia neta o una pérdida neta, estaría facilitando sustancialmente la capacidad de los legisladores para reformar la ley» (ibídem, pág. 103).

(3) Puesto que la eficiencia no es, por sí misma, un valor y, mucho menos, un valor excluyente, cualquier ley eficiente puede ser criticada porque, por razones distributivas, es preferible otra ley ineficiente (ibídem, pág. 97); pero -hecha esta importante salvedad- Calabresi reivindica lo que denomina una «proposición calabresiana» que ha sostenido a un sector del Análisis Económico durante años, a saber: *«Siempre que, como consecuencia de un cambio legal, los ganadores ganen más de lo que los perdedores pierden y los efectos distributivos del cambio sean deseables o simplemente aceptables, entonces el economista-jurídico puede atacar efectivamente la ley existente»* (ibídem, pág. 97). Desde luego que esta afirmación -que podríamos llamar «Teorema de Calabresi»- empieza a explicarnos de forma más contundente el alcance que, como teoría normativa, tiene para él el Análisis Económico[31]. Y ello es así porque la

[31] Resulta claro que, para Calabresi, el ámbito normativo del Análisis Económico tiene más importancia que su ámbito descriptivo. Torres López, creo que

eficiencia mantiene alguna conexión necesaria para la propia idea de Justicia: «la eficiencia forma parte de nuestra noción de justicia, debido a que nos resultaría muy difícil sostener que un sistema que admitiera, abiertamente, el despilfarro, fuese justo» (Calabresi 1985, pág. 227).

(4) El problema central para el Análisis Económico reside, precisamente, en la distribución justa. Si partimos de que el volumen de riqueza, sin tomar en cuenta su distribución, no es un valor, la afirmación contraria es que el volumen de riqueza, con una distribución adecuada, sí es un valor o, al menos, es instrumento para alcanzar otros valores. Pero esta afirmación centra el problema en decidir cuál es la distribución deseable y cuál es la mezcla adecuada entre volumen de riqueza (eficiencia) y distribución, o -dicho en otros términos- qué sacrificios en eficiencia deben hacerse en aras de la distribución. Calabresi acepta -creo- que este es el desafío más importante: «No me malentiendan. Yo no sugiero que no podamos decir nada sobre la distribución justa. Mi posición es justamente la contraria... el fracaso del criterio de Pareto para servir como guía real hace inevitable una discusión abierta y continua sobre la distribución y las comparaciones interpersonales» (Calabresi 1991, pág. 1224). Años antes, en la *Carta a Ronald Dworkin* (1980), había sostenido (frente a la apreciación de Dworkin de que la cuestión estriba en saber si la justicia exige alguna redistribución a costa de alguna eficiencia): «Yo iría más lejos y diría que una mezcla apropiada de eficiencia y distribución es altamente instrumental para, y tiene una estrecha correlación con, conseguir lo que muchos verían como una sociedad justa» (Calabresi 1980, pág. 558). Por lo tanto, en este enfoque la función normativa del Análisis Económico no se resuelve bajo un sencillo principio unitario (maximizar la riqueza), sino que se complica notablemente: se trata de entrar en el mundo de lo valorativo o normativo para proponer una distribución justa de la riqueza, o una adecuada mezcla de eficiencia y distribución que formaría parte de nuestra idea intuitiva de justicia. Y, sin embargo, ello no significa que una distribución «justa» de la riqueza, o una mezcla adecuada de eficiencia y distribución, sean lo mismo que la justicia.

(5) En *El coste de los accidentes* (1984, original de 1970) ya

---

muy razonablemente, sitúa el enfoque de Calabresi en un capítulo que dedica a «Proposiciones normativas: crítica de la corriente eficientista» frente al capítulo anterior «Enfoque positivo: el desarrollo del postulado de eficiencia» en que sitúa la teoría de Posner (ver Torres 1987, capítulos III y IV). Ver también Mercado 1994, págs. 54 y 280.

había señalado Calabresi que «la justicia es una función de naturaleza totalmente distinta de la reducción del coste de los accidentes» (esto es, de la eficiencia) (pág. 43) de forma tal que cualquier sistema de responsabilidad civil se propone dos funciones principales: la justicia y la reducción de los costes (es decir, justicia y eficiencia) (ibídem, pág. 42), pero estos dos objetivos son de distinto nivel, ya que la justicia «no es una función, sino un imperativo capaz de vetar sistemas o el uso de determinados instrumentos, o estructuras, en un sistema dado» (ibídem, pág. 43)[32]. La justicia aparece, por tanto, como un límite para la eficiencia que puede incluso exigir sacrificios en ella[33]. Pero ¿qué es la justicia? Calabresi no proporciona una respuesta clara[34]. Insistirá, sin embargo, en que la justicia no es sólo una adecuada mezcla de riqueza y distribución y en que -como acabamos de ver-, aunque esta mezcla tiene un carácter instrumental y una estrecha relación con lo que muchos consideraríamos una sociedad justa, sin embargo «no garantiza una sociedad justa» (Calabresi 1980, pág. 559). Más recientemente Calabresi ha vuelto a presentar la justicia como un valor superior, aunque también de forma notablemente oscura. Llevar más lejos la intuición de Coase (que todos los mercados, actuales o potenciales, tienen costes) nos obliga -dice Calabresi- a plantearnos la «penúltima» cuestión sobre qué conductas permiten, con menor coste, mover la frontera del óptimo paretiano y quién ganará o perderá con ello (Calabresi 1991, pág. 1.237). Pero resulta que ésta es la «penúltima» pregunta porque «aunque está íntimamente vinculada a la justicia, para algunos de nosotros, al menos, no puede ser la última; esa pregunta debe ser trascendental» (ibídem, pág. 1.237, nota 79).

---

[32] Ver también Calabresi 1984, pág. 323, nota 1 al Capítulo 3.

[33] Finalmente, la fórmula de la *función principal* del sistema de responsabilidad es, en consecuencia, «producir la máxima reducción de la suma del coste de los accidentes y del coste de evitarlos, mediante un medio que sea justo» (Calabresi 1984, pág. 48). Ver también ibídem, pág. 94 sobre los sacrificios de eficiencia en aras de valores «superiores».

[34] En Calabresi 1984, Capítulos 15 y 16, hay una vaga distinción entre el punto de vista de la comunidad (diríamos, la moralidad positiva) y el punto de vista crítico, pero ninguna aproximación al concepto. En Calabresi 1980. pág. 554 nota 1, manifiesta ciertas reservas ante la ambigüedad del término «justicia», aunque también rechaza como demasiado cerrada la formulación de Dworkin de la justicia como igualdad. Tampoco en Calabresi-Melamed 1972 la justicia, aun estando presente como un objetivo distinto a la eficiencia, queda bien definida; ni siquiera bien parada: «The final reasons for a society's choice of initial entitlements we termed other justice reasons, and we may as well admit that it is hard to know what contein can be poured into that term... those preferences which cannot be easily explained in terms of these relatively few broadly accepted distributional preferences, or in terms of efficiency, are termed justice reasons» (págs. 54 y 57).

(3) *Dworkin v. Calabresi: (I) Transacciones imposibles.* En el breve pero enjundioso debate de Dworkin con Calabresi hay que distinguir dos momentos sucesivos[35] en los que Dworkin se enfrenta a dos formulaciones distintas (o a dos interpretaciones distintas) de la relación entre eficiencia y justicia según Calabresi. En el primero, Dworkin entiende que Calabresi propone una teoría según la cual la eficiencia (como maximización de la riqueza) es un valor social aunque en concurrencia con otros.

Trazando un esquema general de las propuestas del Análisis Económico del Derecho, Dworkin señala que caben dos tipos -con diversos subtipos- de respuesta a la pregunta «¿Es la riqueza un valor?». Serían los siguientes: (1) que la riqueza social es un valor en sí misma[36], ya sea (1.1) entendida como el único valor social o (1.2) entendida como un valor social entre otros; (2) que la riqueza social es instrumento de algún otro valor social, ya sea (2.1) porque es causa de otro u otros valores, (2.2) porque es ingrediente de otro u otros valores o (2.3) porque es sucedáneo de otro u otros valores (de tal modo que funciona como un falso-objetivo cuyo alcance implica correlativamente la consecución de otros objetivos valiosos) (Dworkin 1980, págs. 240-241). La primera interpretación de Calabresi le sitúa, en este esquema, en el supuesto (1.2), es decir, entre quienes sostienen que la riqueza social es un valor entre otros. La teoría modesta del Análisis Económico -como Dworkin la denomina- presupone la idea de que la riqueza es un valor entre otros porque sólo bajo esta suposición es posible hablar -como Calabresi parece hacerlo- de transacciones entre eficiencia y justicia. Calabresi, según Dworkin, había defendido que el Derecho de accidentes tiene dos fines, la justicia y la reducción de los costes, y que ambos fines pueden entrar en conflicto en cuyo caso se requiere una decisión política

[35] Dworkin en *Is Wealth a Value?* (1980) desarrolló una primera crítica al Análisis Económico del Derecho abarcando las versiones de Posner y de Calabresi. Este trabajo se publicó en 1980 en el Journal of Legal Studies (nº. 9) aunque había sido redactado el año anterior para las conferencias Cooley de la Universidad de Michigan, a las que Calabresi no pudo finalmente asistir. Tuvo, sin embargo. conocimiento del texto de Dworkin y le replicó en la «Carta a Ronald Dworkin» (1980), fechada el 29 de agosto de 1979, que se publicó al año siguiente en la Hofstra Law Reviev (nº. 8). En este mismo número, Dworkin publica *Why Efficiency?* (1980/2) en donde continúa desarrollando sus críticas, tomando ahora en cuenta las aclaraciones de Calabresi (sobre todo ello, ver Calabresi 1980, pág. 553 nota 1, donde además responde parcialmente a la segunda publicación de Dworkin). Dworkin ha dedicado también al Análisis Económico del Derecho el Capítulo 8 de *Law's Empire* (1986), donde reproduce las críticas que estamos viendo.

[36] Dworkin (1980, pág. 240) habla de «a component of social value» lo que define corno «algo que merece la pena tener por sí mismo» («that is, something worth having for its own sake»).

que priorice el fin que, en cada caso, ha de prevalecer[37]. Esta idea -señala Dworkin- coincide con las frecuentes representaciones gráficas de curvas de indiferencia cuyos ejes expresan, respectivamente, la justicia o moralidad y la riqueza social o eficiencia (ibídem, pág. 246). La cuestión estriba en desentrañar el significado del eje que representa la justicia y que suele entenderse como una función de las elecciones individuales, pero esto, a su vez, puede ser interpretado de dos formas: elecciones individuales sobre la sociedad en que cada uno desearía vivir o elecciones individuales sobre la sociedad que cada uno considera moralmente mejor. En el primer caso, y asumiendo que los individuos piensen en términos de riqueza, y no de utilidad, no parece nada razonable suponer que elegirán, en condiciones de incertidumbre, una sociedad globalmente más rica (en la que ellos podrían no tener nada o muy poco), sino más bien suponer que elegirán algo más parecido al maximin rawlsiano[38]. En el segundo caso resulta misterioso -continúa Dworkin- afirmar que un individuo tiene que hacer transacciones entre justicia y riqueza, ya que, si sólo se trata de elegir un modelo de sociedad moralmente deseable, no se entiende por qué, entonces, «no sería la justicia la única cuestión» (ibídem, pág. 248). Responder que la justicia no es la única virtud social por lo que ha de combinarse con otras (como la cultura o la riqueza) o responder que han de hacerse transacciones entre el volumen global de riqueza y su deseable distribución porque ambos forman parte de la idea de justicia implica, en ambas respuestas, que la riqueza es en sí misma un valor: un valor independiente que compite con otros (cultura, justicia) o bien un elemento del valor «Justicia» que compite con otros elementos de ella. Y Dworkin sostiene que -como ya demostró- «es absurdo considerar a la maximización de la riqueza como un valor, dentro o fuera del concepto de justicia» (ibídem, pág. 248)[39].

---

[37] Calabresi 1980, pag. 557, niega expresamente que haya sostenido esta tesis: «I do not find any passage in which I say that these goals may sometimes conflict so that a political choice is needed about which goal should be pursued. What I do say is quite different...»

[38] «They would be better advised to choose something much closer to maximin of individual wealth, for example, which is Rawls' second principle... if their only choice were maximin or highest social wealth, they would certainly choose the former» (Dworkin 1980. p. 247).

[39] Ver Dworkin 1980, págs. 242-246 donde trata de demostrar, con el ejemplo DerckAmartya, que una sociedad más rica no es mejor que una menos rica; y Dworkin 1986, pág. 288: «So increasing social wealth does not in itself make the community better». Ver también Hierro 1993, págs. 397-399.

Dworkin (1980. pág. 249) rechaza también cualquier interpretación de estas elecciones entendiéndolas como elecciones de la sociedad en cuanto totalidad personificada, lo que considera «una estupidez».

Un último argumento de Dworkin contra la idea de transacciones entre eficiencia y justicia se refiere a la concepción de la riqueza como instrumento. Si alguien sostiene esta tesis, en cualquiera de sus versiones, no puede hablar de transacciones entre riqueza y justicia porque no hay transacción alguna entre medios y fines.

«Ninguna de estas interpretaciones de la transacción entre justicia y riqueza tiene sentido -concluye Dworkin-. Espero que la idea, por otra parte familiar, desaparezca pronto de la teoría económica y política» (ibídem, pág. 249).

4. *Dworkin v. Calabresi: (II) Entre el compromiso y la receta.* La respuesta de Calabresi a las anteriores críticas de Dworkin sirvió para aclarar el alcance de sus propuestas en los dos aspectos que vimos antes bajo los puntos (4) y (5) del apartado 2, esto es: que la justicia es un valor diferente y superior a la eficiencia (por ejemplo, un sistema eficiente de reducción del coste de los accidentes podría ser rechazado por ser injusto) y que las transacciones se producen entre eficiencia y distribución (y no entre eficiencia y justicia). Pero Dworkin no se dio por satisfecho.

En el primer aspecto -al que no presta ahora mucha atención- Dworkin se remite a sus argumentos anteriores: afirmar que la justicia tiene poder de veto sobre la eficiencia supone entender que la eficiencia es un valor o un instrumento de un valor. Dicho en otras palabras, sólo cabe considerar a la justicia como un valor jerárquicamente superior a la eficiencia si la eficiencia tiene, en sí misma, un carácter valioso.

La segunda cuestión es la que aparece ahora como una formulación nueva: las transacciones se producen entre eficiencia (volumen de riqueza) y distribución. Esta propuesta, dice Dworkin, puede ser interpretada en tres sentidos.

(1) En primer lugar, podría interpretarse como un compromiso entre eficiencia y distribución igualitaria, pero esto implica que la eficiencia (el incremento del volumen de riqueza) continúa asumiéndose como algo valioso por sí mismo, ya que sólo caben compromisos «entre dos bienes o cualidades deseadas independientemente» (Dworkin 1980/2, pág. 267). Puesto que Calabresi ha aceptado expresamente que la maximización de la riqueza no es un valor[40] es necesario desechar esta primera interpretación (ibídem, pág. 268).

[40] Calabresi 1980, pág. 556 propone -dando expresamente la razón a Dworkin- que la riqueza es «merely instrumental and needs to be attached to some account of what it is instrumental toward before it can he evaluated». Sugiere allí que ese otro fin al que la maximización de la riqueza sirve podría ser la utilidad o la igualdad.

(2) La segunda interpretación es que se trata de una *receta* según la cual una determinada mezcla de ingredientes es correcta cuando da lugar al mejor producto final. En la receta, a diferencia del compromiso, los ingredientes no son deseados independientemente. Bajo esta interpretación cabría entender que Calabresi propone una receta de «la utilidad social máxima» (éste sería el producto) que se consigue combinando «algo menos de la mayor riqueza total con algo menos del modelo más igualitario posible» (ibídem, pág. 268). En tal caso, ni la riqueza ni la igualdad se valoran independientemente, sino como meros ingredientes que producirán, adecuadamente combina dos, la mayor utilidad total. Pero Dworkin cree que tampoco es ésta la propuesta de Calabresi, puesto que éste defiende la igualdad (una distribución igualitaria) como algo valioso.

(3) Una tercera interpretación consiste en entender que Calabresi propone un *compromiso,* pero un compromiso entre un modelo igualitario y la riqueza social entendida como sucedáneo de otro valor, a saber: la utilidad global. «El compromiso subyacente es entre la utilidad total y una distribución igualitaria» (ibídem, pág. 269) aunque, a efectos prácticos, aparezca como un compromiso entre la distribución igualitaria y la maximización de la riqueza (en la medida en que la maximización de la riqueza es sucedáneo, o falso-objetivo, de la utilidad). Una vez más, esta idea de compromiso sugiere que ambos objetivos -ahora, igualdad en la riqueza y utilidad total- son en sí mismos valiosos.

La crítica de Dworkin a esta tercera interpretación resulta, en mi opinión, indirecta y algo más confusa. Dworkin pretende ahora demostrar que, frente a un compromiso entre igualdad y utilidad global, resultaría más coherente -para quien comparte el valor de la igualdad- abrazar una teoría distinta: una *receta* de la igualdad. La teoría del compromiso exige adoptar parcialmente el utilitarismo (sólo parcialmente, para dejar sitio a los derechos, como Calabresi pretende) y adoptar un utilitarismo teleológico (el placer o la felicidad son un bien en sí mismo) y no un utilitarismo igualitario (que distribuye la utilidad para tratar a todos igual) porque sólo así puede valorar la utilidad global y convertirla en algo que debe transigir con otro valor, la igualdad. Frente a ello, una receta de la igualdad es una teoría que «no considera que la riqueza total o la utilidad total, de un lado, ni la igualdad en la riqueza, de otro, sean algo valioso en sí

Una formulación todavía más clara, en este sentido, en Calabresi 1991, pág. 1.223 nota 35: «The problem remains, however, that maximization of wealth has no independent social value. It cannot be acepted as a good in itself, without support front some moral-distributional theory».

mismo» (ibídem, pág. 271). Un igual tratamiento, cuando toma en cuenta la responsabilidad de cada uno por sus propias decisiones, puede ocasionalmente conducir a movimientos hacia la igualdad en el reparto o a movimientos hacia el incremento de la riqueza, pero unos y otros son sólo el resultado del igual tratamiento. La teoría de la igualdad sostiene que la justicia «consiste en aquella distribución en que las personas son tratadas como iguales (o, si esto es distinto, en los incrementos paretianos de esa distribución) y niega que haya ningún valor independiente, al margen del juego de aquel cálculo, ya sea en la igualdad en la riqueza ya sea en el mayor agregado de riqueza o de utilidad» (ibídem, pág. 272). Entre esta idea de la *receta de la igualdad* y aquella teoría del *compromiso* hay dos importantes diferencias: la primera es que, para el «compromiso», la igualdad en la riqueza y la utilidad total son ambos objetivos valiosos por lo que su combinación es deseable en tanto permita mantener el máximo de ambos, mientras que, para la «receta»,la mezcla es el objetivo primario y la igualdad en la riqueza o la utilidad total son sólo los ingredientes de un igual tratamiento a las personas; la segunda es que la justicia resulta, para el «compromiso», algo impersonal (los individuos son sólo instrumentos para conseguir cantidades agregadas de igualdad y de utilidad) mientras que, para la «receta», la justicia es una cuestión de trato personal (ibídem, pág. 272).

En definitiva, la pretensión de Dworkin es que no se hable más de transacciones: «Espero persuadir a Calabresi para que abrace una teoría de la receta de una igualdad-profunda en lugar de la teoría del compromiso y, en consecuencia, prescinda de toda charla sobre una «transacción» entre distribución y riqueza, ya sean concebidas ambas como valiosas en sí mismas, ya sea como sucedáneos de la igualdad en el bienestar y de la maximización del bienestar» (ibídem, pág. 273).

5. *Conclusiones: sobre la injusticia de la pobreza*. He tratado de hacer, hasta aquí, un relato de las objeciones de Dworkin a los supuestos valorativos del Análisis Económico del Derecho[41], objeciones que -aunque no ocupan un puesto central en su dilatada obra- constituyen una de las críticas más extensas y profundas de éstos. Debo admitir, sin embargo, que las críticas de Dworkin resultan en algunos momentos algo oscuras. Creo que vencen a las posiciones fuertes o inmodestas del Análisis Económico (la posición mayoritaria), pero no estoy tan seguro de que tengan el mismo éxito frente a las posiciones moderadas. *¿Admite, al fin, Dworkin que el volumen de riqueza (o un cierto volumen de riqueza) es un ingrediente de la*

[41] En Hierro 1993 sobre las objeciones de Dworkin a Posner; en este trabajo sobre las objeciones de Dworkin a Calabresi.

receta de la Justicia como igualdad? Entiendo que sí, aunque no lo haga de forma explícita y lo considere, quizá, trivial. La tesis de que la riqueza social es un instrumento de valor es presentada en su segunda versión (como ingrediente) en los siguientes términos: «... las mejoras en la riqueza social son ingredientes de un valor social, porque aunque no sirven automáticamente para causar otras mejoras, proveen el material para ellas. Si una sociedad tiene mas riqueza, es mejor porque está en posición de usar aquella riqueza incrementada para reducir la pobreza» (Dworkin 1980, pág. 241). Dworkin nunca afirma de forma explícita que sea ésta una posición teórica aceptable, y creo que la situaría entre aquellas posiciones que «si descansa(n) sólo sobre la pretensión débil de que perseguir la riqueza conducirá algunas veces a otros buenos resultados, entonces el aspecto normativo de la teoría es aburrido y confuso: aburrido porque nadie discutirá la pretensión, y confuso porque la teoría, entonces, debería denominarse, no teoría de la riqueza, sino teoría del hasta-ahora-no-especificado verdadero objetivo que la riqueza, a veces, se supone servir» (ibídem, pág. 250).

Sin embargo, en la segunda parte de la discusión con Calabresi, nos invita a aceptar una teoría de la igualdad que se formula como una *receta* en la que «la justicia consiste en aquella distribución en la que las personas son tratadas como iguales» (Dworkin 1980/2, pág. 272) y, en otro lugar, admite que «el dinero o su equivalente es útil en la medida en que capacita a alguien para llevar una vida más valiosa, de más éxito, más feliz o más moral» (Dworkin 1980, pág. 245). La cuestión es, entonces, en qué medida esto ocurre y, en la medida en que ocurra, el volumen de riqueza (y su incremento o, al menos, cierto incremento) -sin constituir un valor final- se convierte en un ingrediente necesario aunque no suficiente de la justicia.

Si hiciésemos una interpretación muy restrictiva de las objeciones de Dworkin, tendríamos que llegar a la conclusión de que dos sociedades que tuviesen igual número de miembros (digamos, cien cada una) y en las que se cumpliese estrictamente un mismo principio de igual trato a las personas como resultado del cual la distribución actual de los recursos (en sentido amplio: bienes y derechos) -una vez tomada en cuenta la responsabilidad de cada uno por las propias elecciones[42] e incluso el principio rawlsiano de diferencia- fuese, por ejemplo, de 10 el 15%, 45 el 47%, 35 el 33% y 10 el 5%, serían moralmente de igual valor por ser igualmente justas. Y ello aunque la primera tuviese unos recursos totales de 100.000 útiles y la segunda de 1.000 útiles, de modo tal que en la primera incluso los 10 que tienen el 5% (0,5% = 500 útiles para cada uno) dispusieran de alimento,

[42] Ver Dworkin 1980/2, pág. 270.

vivienda, educación, sanidad y un razonable ocio cultural, y en la segunda incluso los 35 que tienen el 33% (0,9% = 9,42 útiles para cada uno) tuviesen apenas recursos para la subsistencia física. No me consta que Dworkin quiera mantener esta tesis[43]. Parece que, simplemente, considera aburrida la teoría de que una mayor riqueza facilita la mejor satisfacción de las necesidades de los miembros de la primera sociedad. Pero -sea que uno se aburra o se divierta con este tema- lo cierto es que, como dice Calabresi, «una mezcla apropiada de eficiencia y distribución es altamente instrumental para, y tiene una estrecha correlación con, conseguir lo que muchos verían como una sociedad justa» (Calabresi 1980, pág. 558)[44].

Para una teoría sustantiva -y no meramente procesal- de la justicia que entiende, por ejemplo, que el objetivo de la justicia es satisfacer las necesidades de cada ser humano, como sujeto moral -lo que implica tratar a todas las personas como iguales porque tienen igual valor moral, pero no se reduce a ello- la eficiencia resulta un ingrediente (para aceptar la propuesta de Dworkin), y un ingrediente necesario aunque no suficiente[45]. Y ello no sólo porque la igual satisfacción de las necesidades de cada uno depende sustantivamente de los recursos disponibles más la forma de su distribución, sino también porque la mayor disponibilidad de recursos genera nuevas necesidades, nuevas posibilidades de desarrollo de las capacidades del sujeto

---

[43] Calabresi 1980, pág. 554 advierte que el lenguaje «innecesariamente provocativo» de Dworkin «will lead someone to misunderstand the piece to mean that efficiency in the production of wealth is irrelevant to a 'just' society».

[44] Dworkin ha derivado de su teoría de la justicia como igualdad que el objetivo no es alcanzar una *igualdad de bienestar,* sino una *igualdad de recursos* (Dworkin 1993). La igualdad liberal es -dice aquí Dworkin- igualdad de recursos, y no de bienestar (pág. 88) y la justicia no sólo es una cuestión de recursos, sino de recursos iguales (pág. 94). Sostiene así que una porción justa de recursos para cada uno no es una porción grande, sino una porción igual para todos (pág. 172). Con ello Dworkin parece más sensible al ingrediente «recursos», aunque no encuentro todavía una explicación suficientemente clara: porque el problema sigue siendo que los recursos no son algo dado, sino algo que producirnos y podemos incrementar, por lo que una porción justa no es sólo una porción «igual», sino una porción igual y -dadas las circunstancias- *suficiente* para satisfacer las necesidades básicas. Y, entonces, sería una exigencia de la justicia, bajo mi punto de vista, incrementar los recursos para incrementar las porciones iguales de ellos para satisfacer igualmente aquellas necesidades.

[45] En el mismo sentido ver Albert Calsamiglia 1987, pág. 279: «La eficiencia es una condición necesaria -sin ella no hay justicia- pero no suficiente de justicia».

Una posición distinta -podríamos decir que situada en la «teoría del compromiso»- es la de Santos Pastor (1989, pág. 40) que sostiene que la eficiencia «es uno, entre otros, de los valores que inspiran la organización de las sociedades, y con frecuencia ha de sucumbir frente a la superior importancia de otros», y que «la eficiencia sería el valor social a maximizar, solo si dentro de ella estuviesen comprendidos los demás valores, jerárquicamente organizados...».

moral que -en la medida en que lo permite una distribución igualitaria- son moralmente candidatas a la consideración de derechos subjetivos[46]. En consecuencia, una Teoría de los derechos (como teoría de la justicia) tiene necesariamente que incluir las consideraciones de eficiencia.

Al fin, creo que la amenaza imperialista de la Economía puede conjurarse: «si los economistas-juristas no cometen el error -como afirma también Calabresi- de pretender demasiado por lo que están haciendo, y si están dispuestos a trabajar en definir y analizar instrumentos bastante buenos que lleven hacia la sociedad justa, los filósofos no debieran estar preocupados» (ibídem, pág. 561)[47]. Pero los filósofos sí debemos preocuparnos de explicar por qué, entre las dos sociedades «justas» del ejemplo, la primera es mejor. Y sólo caben -creo- dos respuestas: bien que la justicia no es la virtud social por excelencia, ya que entre dos sociedades igualmente justas es mejor una más rica, bien que el volumen de riqueza (y su incremento o, al menos, cierto incremento) constituye un ingrediente de la justicia de una sociedad que ha de ser combinado con su distribución igualitaria para satisfacer, en condiciones de igualdad de partida y de compensación de diferencias extremas, las necesidades básicas del hombre como sujeto moral. En este segundo caso, la pobreza resulta ser una injusticia o, al menos, un ingrediente de la injusticia. En todo caso -y para terminar citando, una vez más, a Calabresi- «claramente, la relación entre los instrumentos (eficiencia, distribución) y el objetivo (justicia) necesita ser estudiada» (ibídem, pág. 559).

BIBLIOGRAFÍA

Ackerman, Bruce A. (1988), *Del realismo al constructivismo jurídico*, Ariel, Barcelona. (Orig: *Reconstructing American Law*, Harvard University Press, 1983).

Bisbal, Joaquim (1984), *Presentación* en Calabresi 1984, págs. 7-17.

[46] Ver Hierro 1982, págs. 57 y ss.

[47] Con ello, además, las propuestas progresistas (liberales, en sentido norteamericano) del sector moderado del Análisis Económico satisfacen el desafío de Horwitz: «como teórico social, uno debe asumir la responsabilidad directa de justificar la justicia de una particular distribución de la riqueza y el poder» (Horwitz 1980, pág. 912). Añade Horwitz que «after twenty years of attempting to claim that the stood above ideology in their devotion to science, the practicioners of law-and-economics have finally been forced to come out of the closet and debate ideology with the rest of us». Creo, sin embargo, haber demostrado que la crítica aquí implícita no puede aplicarse a Calabresi.

Brenner, Richard (1980), *Economics. An Imperialist Science*, Journal of Legal Studies, n.º 9, págs. 179-188.
Calabresi, Guido (1961), *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, The Yale Law Journal, n.º 70, págs. 499-553.
- (1980), *About Law and Economics: A letter to Ronald Dworkin,* Hofstra Law Review, n.º 8, págs. 553-562.
- (1983), *The New Economic Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-indulgence?* The Proceedings of the British Academy, LXVIII, págs. 85-108.
- (1984), *El coste de los Accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Ariel, Barcelona. (Orig: *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven, 1970).
- (1985) *Los límites de algunos análisis no económicos del Derecho,* Anuario de Filosofía del Derecho, n.º 2 (nueva época), págs. 221-228.
- (1991), *The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further,* The Yale Law Journal, n.º 100, págs. 1.211-1.237.
Calabresi, Guido y Hirschoff, Jon T. (1972), *Toward a Test for Strict Liability in Torts,* The Yale Law Journal, n.º 81 (reproducido en Kuperberg-Beitz 1983, págs. 154-184).
Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas (1972), *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: one View of the Cathedral,* Harvard Law Review, n.º 85 (reproducido en Kuperberg-Beitz 1983, págs. 41-80, por donde se cita).
Calsamiglia, Albert (1987), *Eficiencia y Derecho,* Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 4, págs. 267-287.
Coase, Ronald H. (1960), *The Problem of Social Cost,* The Journal of Law and Economics, n.º 3 (reproducido en Kuperberg-Beitz 1983, págs. 13-40) (hay traducción española: *El problema del coste social,* Hacienda Pública Española, n.º 68, 198l).
Chiassoni, Pierluigi (1990), *Analisi economica del diritto, formularismo, realismo,* Analisi e Diritto, págs. 29-76.
Durán y Lalaguna, Paloma (1992), *Una aproximación al análisis económico del Derecho,* Edit. Comares, Granada.
Dworkin, Ronald (1980), *Is Wealth a Value?,* The Journal of Legal Studies, n.º 9, págs. 191-226 (reproducido en Dworkin 1985, Capítulo 12, por donde se cita).
- (1980/2) *Why Efficiency?* Hofstra Law Review, n.º 8, págs. 563-590 (reproducido en Dworkin 1985, Capítulo 13, por donde se cita), (reproducido también en Kuperberg-Beitz 1983, págs. 123-140, donde falta toda la primera parte dedicada a Calabresi).
- (1985), *A Matter of Principle,* Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
- (1986), *Law's Empire,* Harvard University Press, Cambridge (Mass.)
(1993), *Ética privada e igualitarismo político*, Edic. Paidós (I.C.E./U.A.B.), Barcelona. (Orig: *Foundations of Liberal Equality,* University of Utah Press, Salt Lake City (Utah).
Hierro, Liborio L. (1982), *¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto,* Sistema, n.º 46, págs. 45-6 1.

- (1993), *Contra el imperio de la riqueza* (Dworkin versus Posner). En *Ronald Dworkin. Estudios en su homenaje,* Revista de Ciencias Sociales (Universidad de Valparaíso), n.º 38, págs. 383-411.

Horwitz, Morton J. (1980), *Law and Economics: Science or Politics?*, Hoftstra Law Reviev, n.º 8, págs. 905-912.

Johnsen, D. Bruce (1986), *Wealth is Value*, The Journal of Legal Studies, n.º 15, págs. 263-288.

Kronman, Anthony T. (1980), *Wealth Maximization as a Normative Principle*, The Journal of Legal Studies, n.º 9, págs. 227-242.

Kuperberg, Mark y Beitz, Charles (1983), *Law, Economics and Philosophy. A Critical Introduction with Applications to the Law of Torts*, Rowman & Allanheld, New Jersey.

Mercado, Pedro (1994), *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Paz Ares, Cándido (198l), *La economía política como jurisprudencia racional. (Aproximación a la Teoría económica del Derecho).* Anuario de Derecho Civil, págs. 601-707.

Pastor, Santos (1989), *Sistema jurídico y Economía. Una introducción al análisis económico del Derecho*, Tecnos, Madrid.

Polinski, A. Mitchell (1985), *Introducción al análisis económico del Derecho*, Ariel, Barcelona. (Orig: *An Introduction to Law and Economics,* 1983).

Posner, Richard A. (1980), *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, Hofstra Law Review, n.º 8 (reproducido en Kuperberg-Beitz 1983, págs. 81-101, por donde se cita).

- (1990), *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).

- (1992), *Legal Reasoning form the Top-Dow and from the Bottom-Up: the Question of Unenumerated Constitutional Rights*, The University of Chicago Law Review, n.º 59, págs. 433-450.

Torres López, Juan (1987), *Análisis económico del Derecho. Panorama doctrinal*, Tecnos, Madrid.

DOXA 15-16 (1994)

EFICACIA E INALIENABILIDAD

En dos trabajos recientes -uno de los cuales, de hecho, está incluido en este mismo volumen- Liborio Hierro ha expuesto y valorado críticamente los fundamentos normativos en los que descansan las dos principales corrientes o tendencias que cabe diferenciar dentro de ese movimiento general al que solemos referirnos como «análisis económico del derecho», que pueden ser identificadas, respectivamente, con las figuras emblemáticas de Posner y Calabresi (Hierro, 1993; Hierro, 1994). Como comparto sustancialmente los lúcidos análisis de Hierro, el hecho de que se encuentren disponibles para el lector me permite ahora plantear con considerable economía expositiva el problema del que pretendo ocuparme, sin necesidad de reproducir las abundantes referencias bibliográficas que esos dos trabajos contienen y dando por sobrentendidas las discusiones de las que allí se da cuenta.

Según creo, el balance que esas discusiones arrojan es el siguiente. La tesis más fuerte o radical, la posneriana, según la cual el principio de eficiencia (o de «maximización de la riqueza») constituye un ideal completo y plausible de justicia que debe guiar la producción del derecho (entendiendo por tal tanto la producción primaria o legislativa como la producción secundaria que se desarrolla en sede jurisdiccional al resolver casos difíciles) resulta insostenible, en la medida en que tropieza -como mínimo- con dos escollos que me parecen insuperables. El primero de ellos es el problema de la asignación inicial. Qué cuenta como «riqueza» depende de lo que la gente desea y esto depende a su vez -al menos en parte- de lo que la gente tiene. Por lo tanto la maximización de la riqueza siempre es relativa a unos puntos de partida dados, que no son sino formas posibles de asignar titularidad sobre bienes o recursos de todo tipo. Si ahora preguntamos qué principio ha de guiar esa asignación inicial, la respuesta no puede ser -so pena de circularidad- que el propio

principio de eficiencia, porque sencillamente no hay manera de asignar los puntos de partida de un modo tal que se maximice aquello que sólo puede ser definido una vez asignados los puntos de partida. Por el contrario, si se responde -como me parece obligado- que la asignación inicial ha de estar guiada por algún principio distinto del de eficiencia, entonces ya no es posible mantener que éste constituye ideal *completo* de justicia. El segundo escollo consiste en argumentar persuasivamente el valor de la eficiencia. Y después de años de discusión entre Posner y sus críticos, no parece que el primero haya conseguido articular un argumento convincente en favor de la tesis de que la maximización de la riqueza, con absoluta independencia de cómo esté distribuida, constituye un valor en sí misma (y no meramente instrumental para alguna otra cosa, tal como la maximización de la utilidad, el bienestar, etc., en cuyo caso habría que abandonar igualmente la pretensión de que es el principio de eficiencia el que constituye un ideal *completo* y *plausible* de justicia).

Aunque sé que aquí he prescindido de muchos detalles no desdeñables, me parece que éstos son resultados firmes acerca de los cuáles no es fructífero seguir discutiendo. Menos aún desde que el propio Posner ha reconocido que esta tesis fuerte o radical es insostenible[1]. Por eso no es de extrañar que entre los partidarios del análisis económico del derecho -y muy especialmente entre sus partidarios europeos- se detecte en los últimos tiempos una mayor aceptación general de la tesis moderada de Calabresi[2]. Sintéticamente, lo que sostiene esa tesis moderada es que la eficiencia es un ingrediente de la idea de justicia, una condición -por decirlo con los términos que ha usado Calsamiglia[3]- necesaria pero no suficiente de una sociedad justa. Yo simpatizo abiertamente con esta idea. Pero entiendo que hasta tanto no quede articulada con detalle esa teoría compleja de la justicia de la que la eficiencia sería un ingrediente -y me parece claro que en el momento presente no lo está-, el programa del análisis económico del derecho *en tanto que teoría normativa* queda paralizado[4]. Quien, como Calabresi, sostiene que la equidad o justicia distributiva

---

[1] Vid. Posner, 1985. 101 (el principio de maximización de la riqueza es «una guía incompleta para la toma de decisiones sociales»); Posner, 1990. 31 («al instar solo un papel limitado para la maximización de la riqueza, este libro modifica algunas de mis opiniones publicadas anteriormente»), 387 (la maximización de la riqueza «es más instrumental que fundamental»).

[2] Cfr. Minda, 1989, 605-06. Sobre la preponderancia en Europa de este punto de vista moderado, vid. Mercado Pacheco, 1994, 167-73, especialmente 171.

[3] Calsamiglia, 1987, 270-71, 279, 286-87; 1988, 305. 335; 1989, 126, 150.

[4] Se podrá, sin duda, hacer análisis predictivos acerca de las consecuencias esperables de la edición de una norma, lo que ciertamente es de la mayor utilidad a la hora de determinar si es o no probable que se consigan en la realidad los objetivos que se persiguen al dictarla. Pero ese análisis no proporciona criterios para elegir

es «una especie de veto o límite de lo que puede hacerse para lograr la reducción del coste» (Calabresi, 1984, 323) no proporciona en verdad ningún criterio para la producción (legislativa o jurisdiccional) del derecho a menos que sea capaz de explicar con detalle cuándo y por qué ha de interponerse ese veto.

Este es el contexto que me interesaba dejar a la vista como trasfondo. Lo que me propongo discutir aquí es la validez de un argumento según el cual existe una vía rápida para superar la paralización a la que, en mi opinión, conduciría por el momento la aceptación última de esta tesis moderada o calabresiana. El argumento en cuestión es el siguiente. Aceptar que el diseño de una sociedad justa debe buscar alguna clase de compromiso, transacción o combinación entre eficiencia y justicia distributiva, cualquiera que sea la forma en que se conciba, no tiene por qué implicar que esa combinación deba buscarse *en el seno de cada institución* que un sistema jurídico regula. Debe buscarla el derecho en su conjunto, no necesariamente cada una de sus partes. El derecho privado -continúa el argumento- puede promover la eficiencia. Pero no puede -o, si es que puede, no debe- promover la justicia distributiva. Por consiguiente la producción (legislativa o jurisdiccional) del derecho privado debe estar -y además, según quienes sostienen esta tesis, cabe sostener plausiblemente que está[5]- exclusivamente guiada por el *principio de eficiencia*. No porque, como el Posner original, se piense que eso es lo único valioso, sino porque se entiende que el sistema jurídico deberá introducir *en otro lugar* las correcciones redistributivas necesarias para que, en *conjunto,* se alcance la combinación eficiencia-justicia distributiva que en verdad es valiosa. Lo que se postula, en definitiva, es un *principio de división de funciones* entre diferentes sectores del derecho, con arreglo al cual al derecho privado le corresponde exclusivamente la promoción de la eficiencia. Y entonces -concluiría el argumento-, en el *ámbito del derecho privado* (y sólo en él) el

(que naturalmente es lo que busca una teoría normativa): sólo clarifica efectos alternativos entre los cuales hemos de elegir.

[5] Lo que se quiere decir con ello no es que el legislador haya dictado el derecho privado guiado conscientemente por el propósito de promover la eficiencia, sino que el principio de eficiencia puede ser defendido como la mejor justificación global posible del derecho privado tal y como realmente está configurado. Esa afirmación sería compatible con el reconocimiento de que algunas normas vigentes configuran soluciones distintas de las que habría dictado el seguimiento coherente del principio de eficiencia, esto es, con el reconocimiento, por decirlo en los términos de Dworkin (Dworkin, 1977. 121 ss.). de «errores institucionales» desde el punto de vista de la justificación que se propone. Lo que sostiene la tesis expuesta es que no hay ninguna justificación global alternativa del derecho privado vigente que obligue a reconocer menos «errores institucionales» y que por consiguiente pueda ser presentada como una reconstrucción preferible de su sentido.

análisis económico del derecho como genuina teoría normativa condensada en el principio de eficiencia tiene vía libre para desarrollarse, sin que deba paralizarlo en absoluto el hecho de que aún no contemos con una idea clara acerca de cómo se configura esa teoría global de la justicia de la que la eficiencia sería un ingrediente[6].

Quienes postulan este argumento no son muy precisos en cuanto a qué entienden exactamente por «derecho privado». Pero si hay dos áreas que indiscutiblemente pertenecen a ese campo y de las que además el análisis económico del derecho se ha ocupado intensamente, éstas son los contratos y la responsabilidad civil extracontractual. Aquí voy a tratar de poner a prueba la validez del argumento expuesto sólo en lo que se refiere a la primera de ellas. Su validez en cuanto a la segunda pasa por el análisis de problemas diferenciados -en particular, qué sentido pueda darse a la noción de «justicia correctiva»- que deben quedar para otra ocasión. Comenzaré, por tanto, exponiendo con más detalle las razones que se alegan para defender la idea de que el principio de eficiencia debe guiar en exclusiva la configuración e interpretación del derecho contractual.

1. La función económica del derecho contractual

Lo primero que hay que aclarar es en qué sentido el derecho contractual puede promover la eficiencia. Siguiendo una línea de argumentación muy utilizada (vid., por ejemplo, Schäffer y Ott, 1991, 260-61; Coleman, 1992, 105 ss.), imaginemos para empezar cuál sería la situación de dos agentes racionales que *en estado de naturaleza* percibieran la posibilidad de realizar un intercambio mutuamente ventajoso. El problema obvio con el que tropezarían es que la situación en que se hallan tiene la estructura del dilema del prisionero, así que el intercambio eficiente no tendrá lugar -es decir, los recursos no podrán desplazarse hacia sus usos más valorados- a menos que el entorno pueda ser manipulado de modo que para cada una de las partes deje de ser lo más ventajoso la defección oportunista después de haber recibido la prestación de la otra. Esto no quiere decir que en ausencia de derecho contractual las partes no puedan crear por sí mismas salvaguardias frente al incumplimiento unilateral y, por lo tanto, no puedan realizar intercambios mutuamente ventajosos. Pero para hacerlo necesitan consumir recursos propios -porque constituir esas salvaguardias tiene un coste-, de manera que no

[6] Reconstruida libremente, creo que ésta es una sustancia la idea que defiende Polinsky, 1985, 125-131. Y es ciertamente la que desde hace dos años propugna Cándido Paz-Ares (cfr. Paz-Ares, 1985, 10; 1994).

podrán tener lugar aquellos intercambios en los que la ganancia conjunta sea inferior al monto de recursos propios que las partes deberían consumir para prevenirse recíprocamente frente al oportunismo. Por lo tanto, un primer sentido en el que el derecho contractual promueve la eficiencia consiste en proporcionar a las partes las salvaguardias frente al incumplimiento que necesitan para proceder racionalmente al intercambio, evitándoles la disipación de recursos propios -o lo que es lo mismo, ahorrándoles costes de transacción- y facilitando por consiguiente intercambios eficientes que de otro modo no podrían tener lugar.

Ahora bien, el fallo contractual (entendiendo por tal la pérdida de oportunidades existentes para maximizar la ganancia conjunta a través de un intercambio) puede tener lugar no sólo en forma de ausencia de contrato, sino también en forma de contrato parcial o incompleto. Los contratos asignan riesgos, es decir, imputan a una u otra parte los costes derivados de eventualidades o contingencias asociadas a su ejecución. Un contrato completo o perfecto sería entonces el que contemplara cualquier contingencia pensable e imputara claramente el riesgo correspondiente (Schäffer y Ott, 1991, 261 ss., Coleman, 1992, 164 ss.). Obviamente ningún contrato real puede ser completo o perfecto, porque en la práctica es imposible prever todas las contingencias imaginables (y aun cuando fuera posible, podría ser económicamente irracional hacerlo). Así que, cuando las partes no han asignado *ex ante* un riesgo y este se materializa, hay que decidir *ex post* a quien corresponde soportarlo.

Al tomar esa decisión, es decir, al elegir normas de derecho *dispositivo* que colmen las lagunas de regulación de las partes, nos encontramos con el segundo sentido en el que se alega que el derecho contractual puede promover la eficiencia. Para entender por qué, volvamos a ese ideal que representa el contrato perfecto. Dos contratantes perfectamente racionales, que dispusieran por igual de todas las informaciones relevantes -lo que excluye cualquier forma de engaño-, que no encontraran obstáculos -en forma de amenazas, incluida la influencia del poder monopolista- para hacer valer sus propias preferencias en relación a la celebración y el contenido del contrato y que negociaran en ausencia de costes de transacción imputarían *todos* los riesgos imaginables y además los imputarían de una forma determinada: haciendo que los asumiera quien en cada caso pudiera evitarlos, asegurarlos o gobernarlos con un coste más reducido[7]. Y lo harían así por una razón muy simple: porque

[7] La cuestión de cómo imputarían los riesgos las partes ideales de un contrato perfecto resultan extraordinariamente compleja y ha dado lugar a una abundantísima literatura. El análisis habría de tomar en cuenta variables tales como el carácter evitable o inevitable del riesgo: si el riesgo es inevitable, la existencia o no de la posibi-

ese es el modo en que se maximiza su ganancia conjunta. Como se ve, no se trata más que de una sencilla aplicación del teorema de Coase. Si un riesgo se hubiese imputado a aquél para quien es más costoso gobernarlo, el sobreprecio que éste exigiría a cambio de asumirlo sería mayor que el coste que para la otra parte representaría asumirlo él, así que ambos encontrarían beneficioso modificar la asignación del riesgo. En suma, tal y como ha sido definido, decir que un contrato perfecto es eficiente es una mera tautología. Volvamos ahora a los contratos reales y por tanto incompletos. Los costes de transacción han impedido a las partes diseñar un contrato perfecto. Pero si, respecto a contingencias no previstas, se hace valer *ex post* entre las partes los términos del acuerdo al que habrían llegado de no mediar costes de transacción -es decir, los términos que *habrían acordado ex ante* en un contrato perfecto-, lo que se está haciendo, de hecho, es hacer valer entre ellos la solución eficiente. El derecho contractual, en definitiva, puede promover la eficiencia no sólo proporcionando a las partes salvaguardias frente al incumplimiento, sino también diseñando sus normas dispositivas a partir del modelo del contrato perfecto.

2. Derecho contractual y justicia distributiva

Una vez mostrado cómo puede el derecho contractual promover la eficiencia, el siguiente paso del argumento que quiero someter a examen ha de consistir en justificar por qué no se podría -o debería- usar *también* el derecho contractual como instrumento para promover la justicia distributiva. Después de todo, si se acepta en último término que una sociedad justa debe buscar un cierto compromiso entre eficiencia y justicia distributiva, ¿por qué diseñar las normas que regulan los intercambios privados sin prestar atención al modo en que afecten a la distribución de la riqueza? ¿por qué sostener que la redistribución debe llevarse a cabo *sólo* por otras vías (fundamentalmente impuestos y prestaciones sociales) y no *también* mediante la regulación imperativa de los términos en que las partes pueden contratar?

La primera línea de respuesta a estas preguntas es la que insiste en la *ineptitud funcional* del derecho contractual para la redistribución.

---

lidad de asegurarlo (con el problema añadido del llamado «riesgo moral» [*moral hazard*] que complica considerablemente el análisis cuando una es la parte que puede evitar el riesgo al menor coste y otra la que puede asegurarlo al menor coste); y si no existen mercados de seguro respecto de ese riesgo, cuáles son respectivamente las posibilidades de advertir y calibrar el riesgo de cada una de las partes. Pero el desarrollo de todas estas complicaciones resulta aquí innecesario. Sobre todo ello, vid. Schäffer y Ott, 1991, 264-275.

En síntesis, lo que se sostiene es que el derecho contractual no *puede* conseguir objetivos redistributivos, porque cuando se imponen imperativamente ciertos términos a las partes que negocian, dado que éstas siguen siendo en cualquier caso las que determinan si contratan o no y a qué precio lo hacen, la imposición de términos contractuales que por razones distributivas tratan de beneficiar a una de las partes tendrá el efecto real de que o bien aumentará para ella el precio del bien que es objeto del contrato (en la medida en que se traslada al precio el incremento de coste que supone para la otra parte soportar la carga que se le impone) o bien se reducirá la oferta agregada del mismo (en la medida en que el incremento de coste reduzca las oportunidades de negocio), con el resultado, en cualquier caso, de que no se ha beneficiado -y quizá, incluso, se ha perjudicado- a quien se pretendía beneficiar, de que el objetivo redistributivo, en suma, queda frustrado[8].

Este argumento debe ser tomado en serio, ya que desde luego es irracional adoptar un mecanismo redistributivo que realmente no beneficie a sus presuntos beneficiarios. Con todo, no está claro que el argumento sea concluyente. Parece más bien, como ha señalado Kennedy (Kennedy, 1982, 604-14), que el efecto real que haya de tener la imposición de términos contractuales con fines redistributivos dependerá en cada caso de los rasgos estructurales que posea el mercado para el bien de que se trate (fundamentalmente, del grado de elasticidad de las curvas de oferta y demanda para ese bien y de la posibilidad que, por la escasez de su número, puedan tener sus ofertantes o demandantes de influir en su precio)[9], de manera que no parece posible determinar a priori, sino sólo tras un análisis económico cuidadoso y caso por caso, si los objetivos redistributivos que se persiguen están o no llamados a frustrarse»[10].

---

[8] Cfr. Polinsky, 1985, 125-27. El argumento también está expuesto en forma muy clara -si bien para criticarlo a continuación- en Kronman, 1980, 506; y Kennedy,1982, 604.

[9] Cfr. Kennedy, 1982, 610-12, donde se describen varias clases de situaciones en las que, por el modo en que están estructuradas desde el punto de vista económico, una regulación contractual imperativa diseñada con fines redistributivos podría realmente conseguir su objetivo (aun reconociendo abiertamente que en alguna de esas situaciones el beneficio global para una clase de sujetos solo se obtiene al precio de perjudicar seriamente a una subclase de ellos -ibíd., 613- y que, en otros muchos contextos, el intento de conseguir objetivos redistributivos mediante el derecho contractual resulta manifiestamente contraproducente: ibíd., 612).

[10] Kronman apunta además que también la redistribución vía impuestos puede ver frustrados sus objetivos (porque el sujeto gravado por el impuesto puede repercutirlo) y que, en cualquier caso, redistribuir la renta vía impuestos implica unos importantes costes administrativos -en general mayores que los que implica hacer valer una regulación contractual imperativa- que han de ser computados a la hora de decidir si es mejor, en las circunstancias concretas de cada caso, utilizar una u otra

Aceptemos por tanto que al menos en algunos casos -sean muchos o pocos, importantes o marginales- el derecho contractual puede ser un instrumento capaz de conseguir objetivos redistributivos. Frente a ello, la estrategia argumental desplegada por quienes sostienen la tesis general que estoy examinando se completa alegando que, incluso si es verdad que -en algunos casos- *puede*, el derecho contractual *no debe* ser usado como instrumento redistributivo. Existen sin embargo diferentes modos de justificar por qué no se debería hacerlo. Uno de ellos -y a mi juicio no el más convincente- ha sido defendido por Rawls. Lo que Rawls sostiene, en esencia, es que los principios de la justicia distributiva deben informar el diseño de la estructura básica de la sociedad, no el de las reglas que, dentro del marco que es definido por la estructura básica, gobiernan las transacciones privadas entre los individuos. Por supuesto esas transacciones pueden ir produciendo alteraciones de la distribución justa. Pero para Rawls la vía correcta para restaurarla es la que pasa por el sistema de impuestos y subsidios, no por el enderezamiento hacia ese fin del derecho contractual, que debería tener un mero papel facilitador -excluyendo la coacción y reduciendo los costes de transacción- que deje a los individuos libres de perseguir sus propios fines a través de transacciones voluntarias con otros. En suma, lo que se alega es que utilizar el derecho contractual para conseguir una distribución justa representaría una intrusión ilegítima en el derecho de los individuos a perseguir su propia concepción de lo bueno (Rawls, 1971, 87-88, 274-79; 1978, 54-55, 65).

Sin embargo, como ha sostenido Kronman (1980, 504-505), el argumento parece poco convincente. La impresión de que una regulación contractual imperativa diseñada con fines redistributivos tiene un efecto intrusivo mayor que el que pueda tener verse gravado por impuestos se sustenta sólo en la imagen de un sistema impositivo que renuncia -quizá por buenas razones de orden práctico- a gravar cualquier forma de riqueza distinta de la renta monetaria. Pero si se piensa, como dicen Calabresi y Melamed (1983, 47), que «en una sociedad que da a Taney el derecho a hacer ruido y que obliga a Marshall a comprar el silencio de Taney, Taney es más rico y

vía (la regulación imperativa de los términos del contrato o la redistribución vía impuestos) puede ver frustrados sus objetivos (porque el sujeto gravado por el impuesto puede repercutirlo) y que, en cualquier caso, redistribuir la renta vía impuestos implica unos importantes costes administrativos -en general mayores que los que implica hacer valer una regulación contractual imperativa- que han de ser computados a la hora de decidir si es mejor, en las circunstancias concretas de cada caso, utilizar una u otra vía (la regulación imperativa de los términos del contrato o la redistribución a través de impuestos y subsidios), o alguna combinación de ambas, para conseguir una distribución justa (Kronman, 1980, 505-09).

Marshall más pobre de lo que cada uno de ellos sería en una sociedad que hubiese atribuido los derechos a la inversa», entonces o bien postulamos un sistema impositivo que opera selectivamente sólo sobre algunas formas de riqueza, de manera que puede mediar una importante diferencia entre sus efectos y lo que se considera la distribución ideal, a menos que -inevitablemente- dicho sistema se complemente con alguna clase de regulación contractual imperativa; o bien, si se grava cualquier forma de riqueza (entendida en este sentido amplio), es más que discutible que un sistema impositivo semejante resulte menos intrusivo que una regulación contractual imperativa con fines redistributivos.

Hay, no obstante, un argumento distinto en favor de la idea de que el derecho contractual no debe usarse con fines redistributivos que sí me parece más convincente. Es el que insiste (como hace, p. ej., Trebilcock, 1993, 98, 100-101) en que un mecanismo redistributivo apropiado debe beneficiar a todos los que se encuentran peor de como deberían estar según la pauta distributiva que se considera ideal; y debe hacerlo a costa de todos los que se encuentran mejor de como deberían estar según el esquema distributivo propugnado (y la cuantía en la que debe beneficiar a cada uno de los primeros e imponer cargas a cada uno de los segundos debe depender precisamente de lo por debajo o lo por encima que, respectivamente, esté cada cual respecto a dicha pauta ideal). Y es muy difícil que una regulación contractual imperativa con fines redistributivos se acerque a la satisfacción de estos requisitos: restringe la imposición de las cargas de la redistribución (y la concesión de sus beneficios) a aquellos en los que se dé la circunstancia de verse envueltos en un determinado tipo de transacción; y esta circunstancia no parece suficientemente significativa como para justificar semejante restricción. En suma, parece que hay al menos una razón para defender la idea de que, incluso si se puede, el derecho contractual no debe ser usado con fines redistributivos.

3. La justificación económica de las reglas de inalienabilidad

Ya sabemos de qué modo el derecho contractual puede promover la eficiencia y por qué se piensa que no puede -o, si puede, no debe- ser utilizado como instrumento redistributivo. Pero para mantener la tesis de que la configuración e interpretación del derecho contractual debe estar guiada únicamente por el principio de eficiencia hace falta una tercera pieza. Antes de establecer las consecuencias del incumplimiento del contrato y antes de seleccionar normas de derecho dispositivo que cubran las lagunas de regulación de las partes,

todo derecho contractual debe especificar qué acuerdos son vinculantes y cuáles no, es decir, debe definir el ámbito de los acuerdos permisibles o, si se quiere, trazar los límites de la libertad contractual. Naturalmente ha de hacerlo con normas que no admitan ser desplazadas por el acuerdo en contrario de las partes, esto es, con lo que solemos llamar -en contraposición a las normas de derecho dispositivo- normas de derecho imperativo. Como estas normas constituyen un elemento necesario de todo derecho contractual, quien mantenga que la configuración e interpretación de éste debe estar guiada sólo por el principio de eficiencia tiene que explicar de qué manera dicho principio opera una selección plausible de las normas imperativas que limitan el ámbito de los acuerdos vinculantes. Dicho de otro modo: ya que, en los términos de la conocida clasificación tripartita de Calabresi y Melamed (1983, 44-45), esas normas imperativas son normas de *inalienabilidad*[11], la tarea pendiente para quien defienda la tesis general que aquí estoy examinando consiste en proporcionar una justificación económica satisfactoria de las reglas de inalienabilidad.

---

[11] Debe tenerse en cuenta que, en el sentido en que empleo aquí la noción de «reglas de inalienabilidad», éstas no son sólo las que establecen que determinados derechos -los «derechos inalienables»- son intransferibles en cualesquiera circunstancias, sino también las que establecen, respecto a algunos o incluso respecto a *cualesquiera derechos,* su intransferibilidad en determinadas circunstancias.

Creo que la idea central de inalienabilidad como intransferibilidad o indisponibilidad sirve, por otra parte, para disipar la confusión que suele rodear al concepto de derechos inalienables. Aquí puede resultar útil acudir a las categorías hohfeldianas: si decimos que X tiene *inmunidad* frente a Y cuando Y carece de la *potestad* de alterar la estructura de derechos y deberes de X, me parece que el modo más claro de definir un derecho inalienable -o la inalienabilidad de un derecho en determinadas circunstancias- consiste en decir que su titular tiene, respecto a ese derecho -o respecto a un derecho en esas circunstancias-, *inmunidad frente a sí mismo* (en un sentido similar, vid. Kuflik, 1986, Barnett, 1986, 185; Laporta, 1987, 44).

Algunas definiciones conocidas de la idea de inalienabilidad son más amplias o más estrechas que ésta. Son más amplias, por ejemplo, todas aquellas que incluyen en la idea de inalienabilidad de un derecho la inmunidad *frente a terceros*, es decir, la ausencia de potestad por parte de cualquiera para privar del derecho a su titular (vid. Meyers, 1985, 9. y Thomson, 1990, 283; en contra de esa extensión del concepto, vid. McConnell, 1984, 29; y Martínez Pujalte, 1992, 90). O las que entienden que un derecho inalienable es aquel del que su titular no se puede desprender, no sólo en el sentido de que no puede cambiar su propia posición normativa mediante la activación de una *potestad*, sino también en el sentido de que no puede perderlo mediante la comisión de un *ilícito* (Meyers, 1985, 9; Thomson, 1990, 284; en contra, Feinberg, 1978, 111-112; McConnell, 1984, 28; Barnett, 1986, 186).

Es más estrecha, sin embargo, la que proponen Calabresi y Melamed (1983, 44-45) al afirmar que un derecho está protegido por una regla de inalienabilidad cuando *su venta* está prohibida bajo algunas o bajo cualesquiera circunstancias. Pero naturalmente hay otras formas de transferir derechos distintas de su transmisión a título oneroso; y a veces lo que se le niega al titular es la potestad de transferir un derecho

Desde la óptica del principio de eficiencia, una regla de inalienabilidad puede justificarse como el mecanismo más eficiente, bajo ciertas condiciones, para evitar transacciones ineficientes, bien en relación con las partes, bien en relación con terceros (Rose-Ackerman, 1985, 938-40, 969; Epstein, 1985). Una transacción sería ineficiente entre las partes cuando al menos una de ellas no haya estado en condiciones de reconocer y hacer valer sus auténticas preferencias -ya sea por deficiencias cognitivas, ya porque su voluntad se ha visto constreñida-, de manera que haya prestado su consentimiento a un intercambio respecto del cual no es cierto (ni tan siquiera *ex ante*) que mejore la situación de al menos una de las partes y no empeore la de ninguna de ellas. Una transacción sería ineficiente en relación con terceros cuando, aun siendo eficiente entre las partes, produzca externalidades negativas (de modo que no sea cierto que la transacción no empeora la situación de nadie).

Ahora hay que aclarar qué quiere decir que una regla de inalienabilidad se justifica como el mecanismo más eficiente, bajo ciertas condiciones, para evitar transacciones ineficientes. Comencemos por las transacciones ineficientes en relación a las partes. Las funciones de utilidad de los individuos son inescrutables: lo único transparente son sus comportamientos. Cuando un individuo consiente en realizar

---

a título oneroso). Como ha señalado Susan Rose-Ackerman (1985, 933-937), no se ha de perder de vista que, respecto de un derecho determinado, muchas reglas de inalienabilidad pueden ser *parciales,* esto es, pueden excluir sólo ciertos modos de transferibilidad, o sólo en relación con cierta clase de sujetos o sólo en determinadas circunstancias.

Con todo, creo que la mayor fuente de confusión es la que surge de la relación entre las ideas de inalienabilidad y renunciabilidad. Utilizando la esclarecedora terminología de Hierro (1982, 57), cuando estamos en presencia de un derecho discrecional activo (a hacer X) o no activo (a que otro haga u omita X), una cosa es *ejercer* la propia discrecionalidad de un cierto modo (por ejemplo: optando en el caso del derecho discrecional activo por no hacer X; o autorizando a otro, en el caso del derecho discrecional no activo, a que no haga u omita X) y otra muy distinta disponer del derecho mismo (ya sea renunciando a él, ya transfiriéndolo a otro) de modo *que se deje de tener* aquella discrecionalidad. Que el derecho sea inalienable implica que no se puede hacer lo segundo, no que no se pueda hacer lo primero (en cuyo caso no estaríamos ante un derecho discrecional inalienable, sino ante un derecho *no discrecional*). La diferencia es sustancial: quien, ejerciendo un derecho discrecional pasivo autoriza a otro a que no haga u omita X puede *revocar* esa autorización, puesto que en todo momento retiene su derecho -y, en uso del mismo, decide ahora ejercer *de otro modo* su discrecionalidad-; quien renuncia al derecho o lo transfiere a otro, por el contrario, *ha perdido irrevocablemente* la discrecionalidad (vid. Feinberg, 1978, 114-118). Con todo, la diferencia puede tornarse borrosa cuando -como sucede con el derecho a la vida, si es que se concibe como derecho discrecional- la autorización a otro para que haga aquello que se tendría derecho a exigir que no hiciera pueda implicar la posibilidad *material* de revocación ulterior: sobre ello, vid. McConnell, 1984, 37-39; Martínez Pujalte, 1992, 89-90.

una transacción, se supone que sus preferencias *se revelan* en el contrato: es decir, se supone que por lo que podemos inferir que un sujeto prefiere el resultado del intercambio al *statu quo ante* es precisamente porque consiente en que el intercambio tenga lugar. Naturalmente esa inferencia es incorrecta si ese consentimiento ha sido el producto de deficiencias cognitivas o de constricciones a su voluntad. Ahora bien, cuando un individuo lamenta *ex post* haber prestado *ex ante* su consentimiento -informado y no constreñido- a una transacción (porque las circunstancias han cambiado, porque ciertas expectativas no se han visto satisfechas, etc.), obviamente tiene un incentivo para alegar que en el momento de consentir no pudo reconocer y hacer valer sus verdaderas preferencias. Determinar en cada caso si eso es cierto o constituye una mera conducta estratégica puede resultar muy costoso. Pero si se constata que en las transacciones en las que concurre la circunstancia X *suele* ser cierto, un razonamiento en términos de eficiencia puede conducir a la adopción de una regla de inalienabilidad, es decir, a considerar en bloque no vinculantes *todas* las transacciones de ese tipo X. Esta es efectivamente la solución eficiente si al adoptar la regla de inalienabilidad se evitan unos costes -los costes administrativos de intentar distinguir caso por caso qué transacciones de ese tipo son eficientes y cuáles no, más los que representaría dar erróneamente validez a algunas transacciones del tipo X que en realidad sean ineficientes-, que excedan de los costes en que se incurre al negar validez a las transacciones del tipo X que son a pesar de ello eficientes (Epstein, 1985, 990). Y eso es exactamente lo que significa que una regla de inalienabilidad se justifica como el mecanismo más eficiente, bajo ciertas condiciones, para evitar transacciones ineficientes.

Las mismas consideraciones pueden aplicarse a las transacciones ineficientes en relación con terceros. Si cierta clase de transacciones suele producir externalidades negativas y el cálculo de costes responde al esquema que se acaba de presentar, el principio de eficiencia recomendaría nuevamente la adopción de una regla de inalienabilidad. En suma, quien sostenga que la producción del derecho contractual ha de estar guiada exclusivamente por el principio de eficiencia sólo puede reconocer como justificadas aquellas reglas de inalienabilidad que cumplan la condición de ser, en las circunstancias que realmente concurran, el mecanismo más eficiente para evitar transacciones ineficientes entre las partes o en relación con terceros (y naturalmente quien mantenga que el derecho contractual vigente está guiado exclusivamente por el principio de eficiencia tiene que poder ofrecer una justificación en estos términos de cada una de sus reglas de inalienabilidad).

Ahora tenemos completo y a la vista el argumento que pretendo someter a examen: excluida como imposible -o como indebida- la persecución de objetivos redistributivos, el principio de eficiencia debe guiar en solitario la producción del derecho contractual tanto imperativo como dispositivo. Ha llegado ya el momento de enjuiciarlo críticamente.

4. Eficiencia y derecho contractual imperativo

Todo derecho contractual debe especificar como cuestión previa qué bienes y servicios pueden ser objeto de contrato, lo que es tanto como decir qué bienes y servicios acepta que sean asignados a través del mercado y cuáles no. Con frecuencia esa delimitación queda expresada sólo en forma de cláusula general, cuyo contenido debe ser precisado en sede jurisdiccional[12]. Por lo tanto, una teoría normativa acerca de la configuración e interpretación del derecho contractual que se pretenda completa tiene que comenzar ofreciendo un criterio de delimitación de los bienes y servicios que pueden ser asignados a través del mercado.

No parece fácil imaginar de qué modo podría el principio de eficiencia cumplir ese cometido. La delimitación de aquello que se admite que sea asignado a través del mercado parece una idea lógicamente anterior a la entrada en juego de un cálculo eficientista, no algo que pueda ser determinado a resultas de éste. No obstante, los partidarios de la idea de que el principio de eficiencia puede y debe guiar en solitario la producción del derecho contractual suelen rechazar esa conclusión acudiendo al concepto de «externalidad moral». Si el mero hecho de que se realice cierta clase de transacción ofende seriamente las convicciones morales de terceros, entonces podría afirmarse que éstos han sido dañados, que la transacción ha producido, en relación con ellos, una externalidad negativa. No habría podido constituir, por tanto, una mejora en términos paretianos. Y posiblemente tampoco en términos de Kaldor-Hicks, si es que los costes sufridos por terceros exceden de los beneficios obtenidos por las partes en la transacción. Aplicando un típico razonamiento coaseano, si esto último es cierto la «externalidad moral» podría superarse en la medida en que los terceros pagaran a las partes para que no

[12] Es lo que ocurre, por ejemplo, con el art. 1271 CC, que establece en su primer inciso que «Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras»; y en su inciso tercero, que «Pueden igualmente ser objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres».

realizaran esa clase de transacciones. Pero como esta solución está impedida por los elevadísimos costes de transacción que implica -y como se supone que una regla de responsabilidad tampoco resulta operativa por la imposibilidad práctica de cuantificar una compensación apropiada-, la solución que dictaría el principio de eficiencia sería precisamente la adopción de una regla de inalienabilidad que negara validez a esa clase de transacciones[13]. De este modo, el concepto de «externalidad moral» proporcionaría un criterio de delimitación de los bienes y servicios que pueden ser objeto de contrato sin dar entrada a ningún valor extraño que perturbara el primado del principio de eficiencia.

Esta tesis, sin embargo, me parece inaceptable. Por descontado, conduce a un mayoritarismo moral que debe repugnar a cualquier partidario de una ética de la autonomía individual[14]. Pero además (como apunta Nino, 1992, 368) distorsiona profundamente las ideas mismas de justicia y de eficiencia al meter juntas, en el cálculo eficientista, las preferencias *personales* de los individuos y sus preferencias *externas*[15]. El cálculo de eficiencia sólo tiene sentido cuando computa preferencias personales; mientras que la postulación del principio de eficiencia como normativamente correcto representa ella misma una preferencia externa, que, como cualquier otra de esa clase, no se deja integrar en un cálculo de maximización junto con otras preferencias externas rivales. Esa diferencia de planos es pasada por alto cuando se acude al criterio de las «externalidades morales», con el resultado paradójico de que éste podría devorarse a sí mismo (como ocurriría si el hecho de que se siguiera dicho criterio para determinar qué bienes y servicios pueden ser lícitamente objeto de contrato ofendiera seriamente convicciones morales de terceros y supusiera por tanto para ellos una externalidad moral). En suma, entiendo que para delimitar qué bienes y servicios pueden ser objeto de contrato hay que acudir necesariamente a criterios valorativos *distintos* del principio de eficiencia. Y ello implica que por lo menos

[13] Un planteamiento de este tipo -aunque empleando no la expresión «externalidad moral», sino la de «moralismos»- puede encontrarse en Calabresi y Melamed, 1983, 63-64. Debe observarse, no obstante, que para Calabresi y Melamed ésta es sólo una de las razones que pueden justificar la elección de una regla de inalienabilidad y que, por lo tanto, no pueden ser considerados en modo alguno defensores del argumento general acerca de las «externalidades morales» que se acaba de exponer.

[14] Vid. una crítica de este tipo en Radin, 1987, 1865-66; y Trebilcock, 1993, 251.

[15] Cfr. Dworkin, 1977, 234. Para Dworkin, una preferencia personal es la que tiene un sujeto por su propio disfrute de ciertos bienes, mientras que una preferencia externa es la que tiene un sujeto por una determinada asignación de bienes a otros.

una parte del derecho contractual imperativo *no puede* estar basada meramente en él.

Hay otros elementos necesarios del derecho contractual imperativo que sí pueden basarse en el principio de eficiencia, pero falta por demostrar que *deban* hacerlo. La introducción de esta idea, además, debe hacernos reflexionar sobre los distintos sentidos en los que se maneja el concepto de eficiencia y lo ambiguos que, por lo tanto, pueden ser los argumentos que hacen uso de él. Antes señalé que por lo que se supone que un sujeto prefiere el resultado de un intercambio al *statu quo ante* es porque consiente en que el intercambio tenga lugar; pero que esa suposición carece de fundamento si la voluntad del sujeto se ha visto constreñida o su consentimiento se ha basado en una información imperfecta. El problema radica en que, en el mundo real, todas las elecciones parecen en alguna medida constreñidas -siquiera sea por la circunstancia ineliminable de la escasez- y nunca se maneja información perfecta en sentido estricto. Así que, a la hora de determinar qué transacciones son válidas y cuáles no -que es lo que ha de hacer el derecho contractual imperativo-, tenemos que manejar algún criterio que precise qué cuenta como voluntariedad e información *suficientes*[16].

El concepto paretiano de eficiencia no puede responder satisfactoriamente a esa demanda. Como señala Trebilcock (1993, 103), si cada vez que un sujeto impugna la validez de un contrato que ha suscrito -presumiblemente porque ex post no le parece tan beneficioso como le pareció *ex ante*- el criterio para determinar si la voluntariedad e información que mediaron fueron suficientes es que ex post las partes perciban la transacción que han hecho como una mejora de Pareto, entonces ningún contrato impugnado es válido. Alternativamente, si el criterio es que la percibieran como tal ex ante, entonces apenas es posible invalidar contrato alguno por información insuficiente; y por voluntariedad insuficiente, prácticamente sólo aquéllos casos límite en los que, más que volición constreñida, no hay volición en absoluto.

El criterio de Kaldor-Hicks, en cambio, sí que puede ofrecer una respuesta a la pregunta de qué haya de entenderse por voluntariedad e información suficientes. Lo que está por ver es que sea la respuesta más adecuada. Al enfrentarse con diferentes casos de elección constreñida (supuestos en los que una parte crea y explota un riesgo para la otra; en que no lo crea, pero lo explota; en que explota, sin haberla creado, una situación de necesidad extrema de la otra parte, etc.) o de información imperfecta (asimétrica -ya consista en el error de una parte inducido o no evitado por la otra, en la no revelación por

[16] En este punto me apoyo decididamente en el análisis de Trebilcock, 1993.

una parte de la información que posee a la otra, etc.- o simétrica), la aplicación del criterio Kaldor-Hicks llevaría a preguntarse qué reglas definitorias de cuáles de esas transacciones son válidas crean a largo plazo los incentivos más adecuados para que esa clase de contratantes en transacciones futuras adopten comportamientos maximizadores de la riqueza social o agregada, independientemente de lo que ello represente para los intereses de las partes en la transacción concreta cuya validez se está decidiendo.

Pero en ese caso aquel que considere que sus deficiencias informativas o las constricciones que rodeaban su elección fueron *explotadas* por la otra parte para sacar *ventaja* de él y que, sin embargo, ve como la transacción en la que ha sido parte se considera válida en aplicación del criterio descrito, podría preguntar, creo que con plena legitimidad, si no se le está *utilizando como medio* en aras de la promoción de un bien colectivo, es decir, si no se están violando los derechos que al entrar en una transacción con otro tiene frente a él. Si ahora se le contesta que no, porque esos derechos no son más que los que resultan de aplicar el criterio Kaldor-Hicks, la réplica evidente es que esa contestación incurre en una petición de principio. Plantearse qué derechos deben reconocerse a una parte frente a la otra en una transacción -es decir, qué ventajas les está permitido explotar a quienes entablan relaciones contractuales y cuáles no- es abrir el debate normativo general, en el que el principio de eficiencia tiene que competir con muy serios rivales y no puede pretender ser la única voz. Dicho con otras palabras: el problema de articular una teoría de la justicia de la que la eficiencia es un ingrediente, que se había pretendido soslayar en el ámbito del derecho contractual -y, más en general, del derecho privado- rebrota con fuerza en su propia médula, en sus propias reglas constitutivas. Por todo ello, creo que ha de sostenerse que el derecho contractual imperativo en algún caso no puede y en otros no se ha justificado que deba estar guiado exclusivamente por el principio de eficiencia.

5. Eficiencia y derecho contractual dispositivo

Podría pensarse, sin embargo, que carecería de sentido basar la elección del derecho contractual dispositivo -es decir, de un derecho que las partes pueden dejar a un lado con su pacto- en algún criterio distinto del de eficiencia. No obstante, alguna reflexión suplementaria sobre la idea -presentada anteriormente- del contrato completo o perfecto (el que, en condiciones ideales, habrían elaborado *ex ante* las partes) puede llevarnos a matizar esa impresión.

Al construir el modelo del «contrato perfecto» -que es, naturalmente, el resultado de una negociación hipotética- se nos presentan

problemas de contenido y de justificación: es decir, tenemos que decidir qué características atribuimos a las partes, lo que naturalmente determinará el resultado al que lleguen, y tenemos que justificar por qué ese resultado es el que debería cubrir las lagunas de regulación que han dejado las partes de la transacción real (Charny, 1991, 1816-17). Ahora bien, cuando se dice -como suele hacerse- que se ha de hacer valer entre las partes la solución a la que ellos habrían llegado en circunstancias ideales que, entre otras cosas, incluyen información completa y perfecta, parece claro (como ha señalado Waldron, 1994, 1473) que ese resultado es *redistributivo* con respecto a la situación real en que la información está desigualmente repartida. La información es un recurso, una forma de riqueza, que determina el poder de negociación de cada parte. Por eso, obviamente no tiene por qué ser cierto que si las partes hubieran asignado explícitamente un riesgo con el poder de negociación que cada una realmente tenía lo habrían hecho del mismo modo que si ambos hubiesen tenido información completa y perfecta.

Ahora la pregunta relevante es por qué debe ser el modelo del contrato perfecto, tal como ha sido descrito, el que guíe ex post la decisión acerca de cómo asignar el coste que representa la materialización de un riesgo no atribuido *ex ante.* La respuesta usual (porque es eso lo eficiente) no toma en cuenta la diversidad de conceptos de eficiencia. El contrato perfecto, por definición, es eficiente en sentido paretiano entre las partes ideales de la negociación hipotética. Pero lo que impide a las partes llegar a ese resultado (como han señalado Ayres y Gertner, 1989) no tiene por qué ser sólo los costes de la propia actividad de contratar, sino que también puede ser el comportamiento estratégico de una de ellas, que, en determinadas circunstancias, puede estar interesada en ocultar a la otra una información que aumentaría su ganancia conjunta -y ahorraría gastos socialmente improductivos- pero a costa de disminuir su parte de esa ganancia. En esas condiciones, la selección de la regla dispositiva eficiente no pasa simplemente por acudir al modelo del contrato perfecto, sino que, al contrario, puede consistir precisamente en seleccionar la regla que las partes *no habrían elegido,* precisamente para que quien oculta la información tenga un incentivo para revelarla y excluir con el subsiguiente pacto en contrario aquella regla dispositiva «penalizadora». Y la selección del derecho dispositivo desde el punto de vista de la eficiencia dinámica se hace todavía más compleja si se añaden las consideraciones de que esos incentivos para revelar la información no socaven al tiempo los incentivos para producir u obtener más información en el futuro y de que se minimicen los costes de aplicación de la regla diseñada.

Lo que todo ello significa es que el diseño del derecho dispositivo con la mira puesta en la creación de los incentivos más adecuados para que se maximice a largo plazo la riqueza social o agregada puede no coincidir con los dictados del modelo del contrato perfecto. Pero este modelo, con lo que implica de redistribución del poder de negociación que las partes tienen en la realidad, puede ser apreciado no como encarnación de la idea de eficiencia, sino más bien, (aunque sus exigencias respectivas puedan converger en una serie de casos), como dramatización o escenificación de un ideal de justicia conmutativa. Si el legislador selecciona el derecho dispositivo siguiendo un ideal de esta clase, es muy posible que la parte con mayor poder de negociación fuerce la adopción de un pacto en contrario para esquivarla. A pesar de todo la elección puede no carecer de sentido, si el legislador tiene razones para creer que en muchos casos la parte con mayor poder en las transacciones reales no será tan sofisticada como para proceder de ese modo o, aunque lo sea, no lo va a hacer porque para esquivar la regla dispositiva va a incurrir en más costes -de transacción- de los que representaría para ella que se le aplicara. Y si el legislador no ha sido suficientemente claro al dictar el derecho dispositivo, el juez puede aprovechar el doble silencio de las partes y del legislador para hacer valer aquel ideal de justicia conmutativa aún de un modo más claro. Porque, incluso si prospectivamente su fallo sienta un criterio que en el futuro las partes en transacciones de esa clase tratarán de esquivar mediante pactos en contrario, en relación con el caso pasado sobre el que se decide resulta ya imposible de eludir.

En suma, creo que la razón profunda por la que el argumento que aquí he sometido a examen no resulta convincente radica en que presupone no meramente que la eficiencia es sólo un igrediente de la justicia, sino también que el único ingrediente adicional es la justicia distributiva. Por eso, del hecho de que puedan alegarse argumentos para sostener que el derecho contractual no debe ser usado con fines redistributivos infiere con naturalidad que sólo debe estar guiado por la eficiencia. Pero esa inferencia resulta inválida si se piensa en otros componentes de la idea de justicia que, por así decirlo, no son estructurales (no tienen que ver con el diseño de la «estructura básica» de la sociedad), sino situacionales (que tienen que ver con la posición de las partes en una transacción). Esforzarse en definir con precisión esos componentes situacionales que constituyen la materia de la venerable idea de justicia conmutativa es, sin duda, la tarea que queda pendiente para todo aquél que pretenda no sólo criticar la tesis de que la configuración e interpretación del derecho contractual debe estar guiada sólo por el principio de eficiencia, sino también ofrecer una alternativa creible a la misma.

Referencias bibliográficas

AYRES, Ian y GERTNER, Robert, 1989: «Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules», *Yale law Journal,* 99, 87-130.

BARNETT, Randy E., 1986: «Contract Remedies and Inalienable Rights», *Social Philosophy & Policy*, 4, 179-202.

CALABRESI, Guido, 1984: *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, t. c. de Joaquim Bisbal, Barcelona, Ariel [ed. original: *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis,* New Haven, Yale University Press, 1970].

CALABRESI, Guido y MELAMED, A. Douglas, 1983: «Property Rules, Liability Rules and Inalienability: one View of the Cathedral», en M. Kuperberg y Ch. Beitz (eds.), *Law, Economics and Philosophy. A Critical Introduction, with Application to the Law of Torts,* Totowa nj, Rowman & Allanheld, 41-80 [ed. original: Harvard Law Review, 85 (1972) 1089-1128].

CALSAMIGLIA, Albert, 1987: «Eficiencia y derecho», *Doxa,* 4, 267-287.

- 1988: «Justicia, eficiencia y derecho», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1, 305-335.

- 1989: «Justicia, eficiencia y optimización de la legislación», *Documentación Administrativa,* 218/219, 113-151.

CHARNY, David, 1991: «Hypothetical Bargains: The Normative Structure of Contract Interpretation», *Michigan Law Review,* 89, 1815-1879.

COLEMAN, Jules L., 1992: *Risks and Wrongs,* Cambridge, Cambridge University Press.

DWORKIN, Ronald, 1977: *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth [t. c. de M. Guastavino, Los derechos en serio, Barcelona, Ariel, 1984].

EPSTEIN, Richard A., 1985: «Why Restrain Alienation?», *Columbia Law Review,* 85, 970-990.

FEINBERG, Joel, 1978: «Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life», *Philosophy & Public Affairs,* 7, 93-123.

HIERRO, Liborio, 1982: «¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto», *Sistema,* 46, 45-61.

- 1993: «Contra el imperio de la riqueza (Dworkin v. Posner)», en *Ronald Dworkin. Estudios en su homenaje, Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Valparaíso), 38, 383-411.

- 1994: «La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)», incluido en el presente volumen.

KENNEDY, Duncan, 1982: «Distributive and Paternalist Motives in

Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power», *Maryland Law Review,* 41, 563-658.

KRONMAN, Anthony T., 1980: «Contract Law and Distributive Justice», *Yale Law Journal,* 89, 472-511.

KUFLIK, Arthur, 1986: «The Utilitarian Logic of Inalienable Rights», *Ethics,* 97, 75-87.

LAPORTA, Francisco, 1987: «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa,* 4, 23-46.

MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio L., 1992: «Los derechos humanos como derechos inalienables», en J. Ballesteros (ed.), *Derechos humanos. Concepto, Fundamentos, Sujetos,* Madrid, Tecnos, 86-99.

McCONNELL, Terrance, 1984: «The Nature and Basis of Inalienable Rights», *Law & Philosophy,* 3, 25-59.

MERCADO PACHECO, Pedro, 1994: *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

MEYERS, Diana T., 1985: *Inalienable Rights. A Defense,* Nueva York, Columbia University Press [t. c. de Elena Beltrán, *Los derechos inalienables,* Madrid, Alianza, 1988].

MINDA, Gary, 1989: «The Jurisprudential Movements of the 1980s», *Ohio State Law Journal,* 50, 599-662.

NINO, Carlos S., 1992: *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional,* Buenos Aires, Astrea.

PAZ-ARES, Cándido, 1985: «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *Revista de Derecho Mercantil,* 175/176, 7-40.

- 1994: «Principio de eficiencia y Derecho privado», en S. Urbina (ed.), *Jornades de Filosofia del Dret (1990/91/92),* Palma de Mallorca, Edición del Consell Insular de Mallorca, 149-184.

POLINSKY, A. Mitchell, 1985: *Introducción al análisis económico del derecho,* t. c. de J. M. Álvarez Flórez, Barcelona, Ariel [ed. original: *An Introduction to Law and Economics,* Boston, Little, Brown & Co., 1983].

POSNER, Richard A., 1985: «Wealth Maximization Revisited», *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy,* 2, 1378-1401.

- 1990: *The Problems of Jurisprudence,* Cambridge, Mass., Harvard University Press.

RADIN, Margaret Jane, 1987: «Market-inalienability», *Harvard Law Review,* 100, 1849-1937.

RAWLS, John, 1971: *A Theory, of Justice,* Cambridge, Mass., Harvard University Press.

- 1978: «The Basic Structure as Subject», en A. I. Goldman y J. Kim (eds.), *Values and Morals,* Dordrecht/Boston, Reidel, 47-71.

ROSE-ACKERMAN, Susan, 1985: «Inalienability and the Theory of Property Rights», *Columbia Law Review,* 85, 931-969.

SCHÄFFER, Hans-Bernard y OTT, Claus, 1991: *Manual de análisis económico del Derecho civil,* t. c. de Macarena Von Carstenn-Lichterfelde, presentación de P. Salvador Coderch, Madrid, Tecnos [ed. original: *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts,* Berlin, Springer, 1986].

THOMSON, Judith Jarvis, 1990: *The Realm of Rights,* Cambridge, Mass., Harvard University Press.

TREBILCOCK, Michael J., 1993: *The Limits of Freedom of Contract,* Cambridge, Mass., Harvard University Press.

WALDRON, Jeremy, 1994: «Liberal Markets», *Michigan Law Review,* 92, 1456-1490.

LOS JURISTAS FRENTE A LA SOCIEDAD (1975-1993)

«Las tragedias de los otros son siempre de una banalidad desesperante».

Oscar Wilde, Retrato de Dorian Gray, Cap. 4.

I. Veinte años después

Veinte años han pasado desde la publicación en Francia de la obra *Les juristes face à la société*[1]. Mis colegas todavía no han digerido, creo, el hecho de que uno de ellos haya osado hablar de una confrontación entre los juristas y la sociedad. Eso no existe... o no se dice. Y sin embargo, esta crisis del Derecho, de las instituciones y de la justicia llena -aunque sólo sea en el apartado de «sucesos»- las páginas de los periódicos. Las pantallas de nuestras televisiones dan testimonio de ello todos los días. No son más que gritos de alarma acerca de la incomprensión de nuestros gobiernos hacia la justicia, la incomprensión de la justicia hacia los justiciables, la incomprensión por parte de las «autoridades» hacia las necesidades de la calle.

Que yo sepa, el *cara a cara* mismo no ha envejecido, aunque las últimas páginas del libro han comenzado -no lo discuto- a tener arrugas. O quizá sería más exacto decir que están «anticuadas». Nada de lo que hay en él es falso. Pero si lo retomo desde un punto de vista antropológico, me doy cuenta de que tales páginas son más la autopsia de un jurista intelectual de izquierdas[2] que ha vivido este periodo, que una estricta relación histórica. El juicio más acertado será el que refleje el exceso de subjetividad que se aprecia en la conclusión.

---

[1] André-Jean Arnaud, «Les juristes face à la société», Presses Universitaires de France, 1973.

[2] Me permitiré aquí la libertad de utilizar el sin sentido «jurista intelectual» que además, unido al calificativo «de izquierdas», se muestra menos paradójico que una utopía que en ocasiones llegara a realizarse. Yo no permito a mis colegas ni que me tachen de no ser jurista, ni que me nieguen una sensibilidad de izquierdas. Todo lo más que podrán decir, no sin razón, es que no soy un intelectual.

Veinte años, por tanto, han pasado con su cortejo de entusiasmos y desilusiones; también con la experiencia y quizá la sabiduría que aportan, junto con la edad, el tiempo dedicado a la investigación y a la acción, y las largas veladas consagradas al estudio y a la meditación. Que el lector no espere aquí, sin embargo, el libro que merecería esta mirada al pasado[3]. Me limitaré a hacer algunas reflexiones fundadas en textos de los cuales unos, la mayoría, han sido ya ofrecidos al público, y otros lo serán próximamente[4].

Hemos sido testigos de enormes y radicales cambios. Desde hace ya un cuarto de siglo, como ya he escrito en algún otro lugar[5], vivimos con agitación la descomposición de los grandes sistemas teóricos: los marxismos, los estructuralismos, y los funcionalismos. Vemos desenvolverse pensamientos de tipo interaccionista; valoramos no sin ansiedad la comunicación, el intercambio, la idea de red; nos interesamos más por el cambio que por el orden, por las rupturas que por la tranquilizante permanencia; somos sensibles a la complejidad, al pluralismo, a la suavidad, a la flexibilidad, a la ligereza...

Por lo que se refiere al Derecho, nosotros, juristas diferentes, nos damos cuenta de que los tiempos que corren necesitan nuevos modelos. Hemos tenido ya suficientes ilusiones de modernidad. Basta ya de la ilusión del progreso ininterrumpido y programado; basta ya de la simplicidad y del rigor de la razón; basta ya del universalismo que, diluyendo el pasado y un futuro sin riesgos en un presente perpetuo, nos priva del ejercicio de nuestra voluntad en la elección de nuestro porvenir; basta ya, en fin, de ideologías normalizadoras que nos presentan la modernidad como un sistema cerrado, cultivando lo ineluctable y lo irreversible como razones para someterse a la norma.

No somos los únicos que vivimos esos conflictos. La sociedad contemporánea nos ofrece el espectáculo de reacciones a veces incontroladas que van desde los neomodernismos hasta los neofundamentalismos. Huyendo del desarraigo, de la soledad existencial, de la confusión axiológica, del desconcierto social, algunos, cada

---

[3] La dificultad del género me ha llevado a solicitar las observaciones de Wanda Capeller, Jacques Commaille y François Ost, en los que he podido apreciar, una vez más, el rigor y la amistad. Las líneas que siguen son deudoras de los debates suscitados por una versión inicial de este texto. Les quedo profundamente agradecido.

[4] Me citaré abundantemente en estas notas: no se trata de autosuficiencia, sino de voluntad de no cargar demasiado estas notas por desarrollos que se encontrarán fácilmente en otras partes y de deseo de compartir con el lector una evolución intelectual de dos décadas -si mis preocupaciones, en el fondo, no han cambiado, al menos se puede esperar que mi experiencia se haya visto enriquecida.

[5] «L'avvocato fra modernismo e post-modernismo», en *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, XLV/4, 1991, págs. 1229-1236.

vez más numerosos, se refugian en el narcisismo de lo privado, en lo irracional, en el integrismo religioso, en la violencia o en la droga. El Derecho ya no puede hacer nada más por ellos, ni siquiera contra ellos para una eventual protección de la sociedad, pues las medidas de coacción no son apropiadas contra la miseria moral o física-, y si continúan así las cosas por mucho más tiempo, pronto la mayor parte de la población caerá bajo el peso de la ley, y la conformidad con la norma será la excepción y el incumplimiento lo general.

En pocas palabras, el carácter específico de este fin de siglo no será tanto el haber sido el de la duda, el del escepticismo y el de la paradoja, sino sobre todo el hecho de haber transcurrido en la tristeza, la amargura, la morosidad y el mal humor. Y es que las paradojas, bien mirado, son una forma de progresar. Y desde este punto de vista las instituciones, el Derecho y la justicia -y, por lo tanto, los juristas- podrán resultar engrandecidos. Sólo necesitarán dedicarse a velar por la permanencia de los viejos mitos, especialmente el de los condenados del Tártaro, el del talón de Aquiles y el de Ulises y las sirenas.

II. Los condenados del Tártaro

La *Odisea* nos cuenta que, en esta región de los infiernos, donde los culpables expían eternamente tras su muerte las faltas cometidas durante su existencia terrenal, se encontraban tres condenados: Titón, Sísifo y Tántalo.

El castigo del primero -uno de los Gigantes, hijo de la tierra, padre de Europa[6]- consistía en que dos buitres devoraban su hígado mientras éste crecía ininterrumpidamente. Sísifo sostenía con sus dos manos una piedra enorme y la hacía rodar con esfuerzo hacia la cumbre de una colina, pero una fuerza poderosa la repelía haciéndola caer hacia el fondo, debiendo recomenzar su tarea. Por último Tántalo, sumergido hasta el mentón en un lago, no conseguía ni beber ni alcanzar los frutos que colgaban de los árboles por encima de su cabeza, ya que el agua se apartaba cada vez que él acercaba los labios y el viento echaba hacia atrás las ramas de los árboles cuando él levantaba la mano. La imposibilidad de alcanzar un fin aparentemente visible, labor sin fin, enfermedad permanente: tales son los males que sufre el jurista contemporáneo. ¿Pero con qué derecho había creído este último poder escapar a su condición humana?

[6] Una Europa diferente a la que era hermana de Cadmos (cf. las explicaciones suministradas en *Pour une pensée juridique européenne,* PUF, París. 1991, pág. 35).

Habiendo pasado, no hacía mucho, «de los manuscritos al ordenador»[7], viendo cómo se abrían sendas de reyes por el progreso insospechado de la técnica, de la tecnología, de la electrónica, y a la vista de las esperanzas que habían alimentado sus perspectivas, su decepción no podía ser otra: inmensa. Al final de este siglo operarán dos constantes: que nunca se puede hablar del Derecho cómo de algo concluido y que toda regulación jurídica está, por naturaleza, en permanente renovación.

A) Un Derecho nunca concluido

Las décadas precedentes conocieron el apogeo de los códigos. El fenómeno se prolongó, desarrollándose a causa especialmente de una ofensiva de la jurisprudencia, de una internacionalización de los debates jurídicos y de un renacimiento del pluralismo normativo.

Para comenzar encontramos el asedio, si no el asalto, de la jurisprudencia. A través, especialmente, del Derecho comunitario y del Derecho europeo, donde los tribunales de Luxemburgo y de Estrasburgo desempeñan un papel dominante, los Derechos nacionales poco a poco -y cada año más- reciben jurisprudencia. Los tribunales de orden interno juegan un papel creciente por la integración, dentro de su propia jurisprudencia, de la jurisprudencia europea. Recuperan, por este hecho, un papel creativo para el que nuestros magistrados, formados todavía según la tradición continental, no estaban preparados.

Por consiguiente, las bases de datos jurisprudenciales (y jurídicos de manera general) que habían conocido ya un auge importante antes de 1975, adquieren una importancia considerable. En Francia, donde todo abonado a una línea de teléfonos puede beneficiarse de una pequeña terminal llamada «Minitel», un gran número de estas bases de datos son accesibles con el simple abono. Digo bien: no sólo los profesionales, sino también los particulares. En la práctica, evidentemente, esto no significa que el hombre de la calle consulte a diario la jurisprudencia, pero quiere decir que el conocimiento jurídico está hoy en día al alcance, por ejemplo, de las asociaciones de defensa de intereses, por modestas que éstas sean.

La jurisprudencia no es la única que contribuye a la sobre-saturación de nuestros códigos; hay que contar también con la inflación legislativa y reglamentaria, una verdadera «legorrea». La apertura de Europa contribuye, por supuesto, a precipitar las cosas, especialmente

[7] La expresión constituye, recordemos, uno de los subtítulos de la *Conclusión* que precede.

por lo que se refiere a la reglamentación. Pero no es el único factor. Un balance de la última legislatura en Francia, al comienzo de las elecciones de marzo de 1993 en la Asamblea Nacional, muestra una excepcional recuperación de la actividad legislativa a pesar de la muy exigente Constitución de la V República: 455 leyes en cuatro años, esto es, una ley cada dos o tres días hábiles.

A este paso se admitirá que el Derecho, según la definición que del mismo nos enseñan como conjunto de reglas que delimitan lo justo y que por su constancia asegura la seguridad y el bienestar de los individuos, no es nunca, en realidad, algo concluido.

Se esperaba, sin embargo, mucho de una internacionalización de la vida intelectual. Sociólogos juristas, filósofos y teóricos del Derecho, politólogos, internacionalistas, especialistas del Derecho comunitario y del Derecho europeo, expertos en nuevas tecnologías, se reúnen cada vez con más frecuencia, mundializan sus debates, intercambian problemas y fórmulas. Los sociólogos han creado incluso un *Instituto Internacional de Sociología del Derecho*[8], mientras que los teóricos del Derecho han puesto en funcionamiento una *Academia Europea de Teoría del Derecho*[9]. Todos son conscientes del fenómeno de globalización de la economía y, en consecuencia, de la globalización de las relaciones jurídicas destinadas a regular las relaciones económicas. Hablamos mucho de la CEE. Pero ¿quién sabe en nuestro viejo continente que los Estados Unidos, Canadá y México han concluido igualmente un tratado de libre comercio que plantea cuestiones bastante similares a las que surgen aquí en Europa?

Todos son conscientes de que el ordenamiento jurídico no puede seguir siendo concebido en términos nacionales, ni siquiera internacionales (que viene a ser casi lo mismo en la medida en que el orden internacional reenvía, por definición, al nacional). Así, la «comunidad» es presentada por los juristas del Derecho comunitario como una instancia *sui generis,* ni nacional, ni internacional. Otro ejemplo es el proporcionado por las investigaciones sociológicas recientes acerca de la cultura jurídica: algunos sociólogos tienen en cuenta eso que ellos llaman «terceras culturas» cuyo rasgo característico consistiría precisamente en su desarrollo autónomo. Estas permitirían dar cuenta de las interacciones jurídicas que desafían a las normas elaboradas a la manera tradicional, implementadas y garantizadas por las instituciones que operan en el marco conceptual del Estado-Nación. Esta noción permitiría explicar -la descripción constituye

[8] Instituto Internacional de Sociología del Derecho IISL), Antigua Universidad, A.P. 28, E-20560 OÑATI, Guipuzkoa, España.

[9] F.U.S.L.. Bld du Jardin Botanique 43, B-1000 BRUXELLES, y K.U.B.

un primer paso hacia la predicción- numerosos fenómenos difíciles de aprehender con los conceptos y técnicas de nuestro tiempo y para cuyo tratamiento el Estado se confiesa incapaz[10].

Finalmente, no hay que olvidar que el Derecho se vuelve cada día más incierto en un periodo en el que la unificación europea lleva aparejada la noción de pluralismo; noción que, desde el siglo XVI, había intentado ser desplazada, lenta pero certeramente, en los Derechos nacionales. Se trata de un doble pluralismo jurídico y cultural. El pluralismo jurídico es evidente. El Derecho europeo -que es a partir de ahora el nuestro- es un monstruo compuesto por el Derecho de las Comunidades Europeas, el Derecho de las organizaciones internacionales, el Derecho de las naciones que forman parte de Europa, y por los Derechos surgidos de las relaciones internacionales entre uno de los Derechos citados y el de otro Estado o el de otra comunidad u otro ordenamiento comunitario, internacional o supranacional. Acaba de incorporarse un pluralismo cultural, aunque sólo sea por el hecho de que cada uno de estos Derechos se basa en fundamentos culturales específicos. Pero, al hablar de pluralismo jurídico, hay que tener en cuenta, igualmente, la intervención de una nueva definición de la cultura jurídica que ha surgido en los años 1980 y que ha ido imponiéndose progresivamente por la pluma de los sociólogos juristas. Esta noción permite vislumbrar -lo cual no simplifica las cosas la posibilidad de un Derecho en permanente cambio.

B) Un Derecho en permanente cambio

Hablábamos de mitología. Es a Fénix a quien podríamos ahora aludir. Y, sin embargo, no es exactamente de sus cenizas de donde nace el Derecho. Aunque este último esté en un perpetuo renacer, no se trata de una resurrección. Los factores de cambio han estado siempre presentes: eran los juristas los que no eran conscientes, mientras que los sociólogos y los antropólogos no paraban de ofrecerles ejemplos. Estos trabajos, es cierto, pertenecen en su mayoría a la literatura anglosajona y americana que, desgraciadamente, con frecuencia nuestros colegas continentales no tienen tiempo de leer.

Por «cultura» ya no se entiende sólo el conjunto de valores, principios e ideologías relativas al Derecho, ni el conjunto de técnicas de exposición y de interpretación empleados por los operadores jurídicos, ni el conjunto de opiniones y de apreciaciones del público acerca del Derecho y de la justicia. Se trata ahora de un concepto igualmente

[10] Objeto del curso de Master de la IISL (citado *supra* nota 6) a partir del curso universitario 1993/94.

utilizado cuando deseamos explicar las diferencias nacionales y locales en el pensamiento o en la práctica jurídica, sin saber con precisión cuáles pueden ser los factores que los expliquen[11].

Ahora bien, la «cultura jurídica» tal como aparece en los años 80 toma en cuenta elementos que se desarrollan especialmente bajo el impulso de los hechos económicos, de los cambios operados en la sociedad, de todo tipo de polémicas, de la mediatización del suceso más pequeño, de la transformación de las costumbres, de la desnaturalización de los motivos de insatisfacción de los administrados en supuestos debates públicos. Asistimos a un increíble auge de las formas alternativas de resolución de conflictos[12];observamos el creciente papel de los profesionales del Derecho[13]; somos testigos de la reivindicación de una participación, cada vez mayor, de lo «local» en la decisión. Este punto es el que se nos presenta probablemente como la mayor novedad -al menos por lo que se refiere a Francia, de larga tradición jacobina. Pero también podría interesar mucho a otros países de la comunidad, ya que esta toma en consideración de lo «local» rompe incluso con los usos regionales o federales. En la época del resurgimiento de las «Ligas», nuestros amigos italianos no serán insensibles al debate.

Novedad, en efecto, pues el problema es enfocado de una forma hasta ahora inédita. Hasta entonces la novedad de las reivindicaciones de participación para la preparación de las decisiones (jurídicas) estaba en el hecho de que ellas emanaban de grupos de presión, especialmente de lo que se denominaban las «minorías»: mujeres, ecologistas, presos, menores, enfermos mentales, soldados, homosexuales... Estos grupos se integraron rápidamente en la vida política, salvo cuando habían pura y simplemente desaparecido de la escena. A partir de ahora la reivindicación «local» responde a un estallido de las soberanías nacionales. La filosofía «moderna» del Estado y del Derecho nos decía que toda soberanía emanaba única y exclusivamente del Estado-nación. Ahora bien, cada día vemos ante nuestros ojos cómo se desmorona esta verdad. Desde el momento en que un país por si sólo no puede hacer frente a las especulaciones con su

---

[11] Ver voz «Cultura» (especialmente el apartado 6) en la nueva edición, 1993, del *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit,* L.G.D.J., París.

[12] Ver voz «Alternativo (Derecho-): Alternativa (Justicia-)» en la nueva edición, 1993, del *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, op.cit.*

[13] Además de los numerosos estudios consagrados a este tema, ¿quién de entre nosotros no se ha preocupado, por ejemplo, de la creciente sofisticación de los mecanismos de control social, aunque sólo sea por el abuso que hace nuestro sistema jurídico y judicial del recurso a los expertos?

moneda, no se puede decir que la economía pertenezca verdaderamente a los Estados-naciones; las multinacionales son hoy en día la regla general, en los aspectos más importantes de los asuntos económicos intervienen las comunidades de Estados. Lo único que les queda a las naciones es el poder -también restringido- de corregir, a través de medidas de orden interno, los grandes daños que causan a su propio sistema las decisiones internacionales y los sucesos económicos mundiales.

Junto a este movimiento -que irá ampliándose- de deslocalización de los poderes de decisión jurídica, hay que añadir, correlativamente, el debate en torno al papel de los tecnócratas. En primer lugar, la burocracia de Bruselas (obsérvese la sucesión de noes y de casi noes -un sí muy poco aventajado en votos- en el tratado de Maastricht); pero todo esto se aplica también a las tecnocracias gubernamentales (así, por ejemplo, el papel creciente de los verdes contra vanas decisiones tomadas en los «despachos» de los ministerios y de las administraciones).

III. El talón de Aquiles

Todo lo anterior da lugar a que nosotros los juristas manejemos un Derecho frágil. Delicado, incierto, provisional, cambiante, inconstante; el Derecho es todo ello a causa de sus paradojas internas, a causa de la precariedad de su objeto, y a causa de la incertidumbre actual que reina sobre sus fundamentos epistemológicos.

A) Las paradojas del Derecho.

El Derecho contemporáneo aprende, a su pesar, a dirigir la complejidad del mundo en cuyo seno se inscribe. Pero, en las mismas tentativas de cambio, observa cómo nacen las paradojas. Señalaré aquí las ocho de mayor importancia[14].

Primera paradoja: lo universal y lo particular. Mientras que nuestros Derechos han sido cuidadosamente elaborados sobre fundamentos universalistas, individualistas y subjetivistas, que han permitido la elaboración del concepto protector de derechos humanos, ya la idea de relatividad de las culturas nos recuerda que lo que es considerado

[14] Las reflexiones que siguen -que he madurado gracias a cursos y conferencias, con la ayuda de mis interlocutores- serán objeto próximamente de una publicación cuyo título evocará las paradojas de un Derecho postmoderno.

aquí como seguridad de las personas es, allá, una violación a los principios fundamentales. Incluso entre nosotros sufrimos hoy el exceso con el que han sido desarrollados los derechos del individuo en las cartas «sociales», elevando por ejemplo a la calidad de derechos humanos, inviolables y sagrados, el trabajo y la salud. ¡Como si el trabajo pudiera ser garantizado para todos en una economía que ha llegado a ser planetaria! ¡Como si existiera un derecho inherente al individuo a nacer con «salud»! En realidad libertad/igualdad, trabajo y salud no pertenecen a la misma «clase» de derechos humanos. Pero nuestra práctica jurídica todavía no ha asimilado estas sutiles distinciones de la teoría. ¿Acaso es capaz de hacerlo? Hasta que eso suceda, deberemos vivir con esa paradoja de lo universal como fundamento de nuestras democracias -incluyendo eso que se ha denominado la sobre-ideologización de los derechos humanos[15]- y de lo relativo como fundamento de nuestra práctica jurídica. Es el fin del mito del Derecho universalmente válido y protector, cuyas premisas continúan sin embargo acunando los sueños de nuestras democracias -que a pesar de todo son (hasta que los hechos, con el tiempo, demuestren lo contrario) el menos malo de los sistemas políticos contemporáneos.

Segunda paradoja: la re-regulación y la desregulación. A fin de servir a los intereses del liberalismo económico, nuestros juristas y políticos se han lanzado a cuerpo descubierto a la demostración de los beneficios de la desregulación. Ahora bien, al mismo tiempo, asistimos a una demanda cada vez más fuerte de re-regulación: problemas de sangre contaminada en Francia y, de rebote, en otros países (¿por que no estaba esto reglamentado por los Estados cuando era tan peligroso?); peticiones para una regulación en materia de bioética (nuestras sociedades se revelan incapaces de regirse por la ética y acuden al Derecho; al cual, por otra parte, no cesan de condenar en nombre del excesivo intervencionismo por parte del Estado)... Podrían darse múltiples ejemplos. Es éste un nuevo tipo de *«juridicismo»,* que no es más, esta vez, que la obra de juristas inclinados a ver Derecho por todas partes, y a no reconocer ningún otro modo de regulación que no sea el realizado por medio del Derecho. Es un tipo de *«juridicismo»* vulgar o populista, como se quiera, en el que están todos dispuestos a quejarse de cualquier «vacío» que se descubra en la regulación estatal a fin de beneficiarse al máximo de la incubadora social en la cual, desde hace unas décadas, nacemos todos.

---

[15] Gérard Soulier, «Ingérence ou assistance humanitaire. Évolution des principes humanitaires», en *Psychanlystes*, 45, 1993.

Tercera paradoja: los beneficios y los perjuicios de la regulación social utilizada en las relaciones jurídicas. La aparición de alternativas (jurídicas) al Derecho del Estado corre el riesgo de tener efectos perversos. En lugar de suavizar las relaciones en el seno de la sociedad civil, en algunas ocasiones estas alternativas garantizan un reforzamiento del control del Estado[16] y, en otras, son los más desvalidos los que pagan las consecuencias[17].

Cuarta paradoja: la igualdad entre sujetos de Derecho en una sociedad plural. Se trata de la aparición -concomitante con la exigencia de más justicia, más igualdad, más participación de los ciudadanos en la vida social- junto a estos sistemas alternativos de regulación jurídica o de resolución de conflictos, de una sociedad plural que comporta dos subsistemas que se autorregulan. Sería aceptable una cierta dosis o un cierto tipo de pluralismo que permitiera luchar contra la hegemonía del Derecho estatal; pero no que introdujese en el cuerpo social diferencias que un Derecho de emanación única (el Estado como poder delegado de los ciudadanos) pudiera nivelar: ¿Debemos aceptar sin movernos tal retroceso? Hay que estar alerta.

Quinta paradoja: el amor/odio del censor. Por retomar la bella idea de Pierre Legendre[18]; también la podríamos denominar la paradoja de la marginación y del retorno del juez. Mientras que la sociedad busca vías alternativas, soluciones pluralistas a sus problemas jurídicos, se observa un retorno a la judicatura. Los magistrados del orden jurídico ya no pueden contentarse con ser la boca de la ley. Deben encontrar, junto a los otros participantes e interlocutores sociales, soluciones pragmáticas -a veces en el límite del poder que les otorga su función, lo que prueba su valentía y desinterés- a los asuntos que les son sometidos. La intervención del juez delegado (a menudo establecido en la ley) se hace cada día más frecuente. Más allá de los dossiers que tiene que abrir, el juez se convierte cada vez más en el responsable de la protección y de la educación de los individuos que le son encomendados. Además actualmente el juez está asociado, en numerosos casos, a la ejecución de las sentencias. ¡Crisis de la Justicia! ¿No es un poco apresurado?... A menos que se

[16] Ver Stanley Cohen, *Visions of social control*, Polity Press, Cambridge, 1985; Dario Melossi, *The State of Social Control,* Polity press, Cambridge, 1990.

[17] Ilegalización en Japón, por una ley de 1 de marzo de 1992, de tres asociaciones de gangsters que, con toda legalidad, por medio de intervenciones alternativas en la mediación de conflictos judiciales, transacciones inmobiliarias y reembolso de deudas, timaban a sus clientes.

[18] Pierre Legendre, *L'amour du censeur,* Le Seuil, París, 1974.

entienda por tal que los jueces ya no saben exactamente cómo «hacer frente» (que es lo contrario de estar cara a cara) a estos múltiples requerimientos, con los límites de las fuerzas humanas.

Sexta paradoja: lo nacional y lo local. Cuando se desarrolla lo local, ¿no se corre el riesgo de caer en callejones sin salida, de asistir a retrocesos? ¿Cuántos poderes locales no estarán tentados por la idea de proteger a su restringida comunidad contra los extranjeros? La exclusión del Otro, para cuya reducción, en la práctica y en las mentalidades, nuestros Derechos «modernos» -por muy polvorientos que estén con el paso de los años- han empleado tanto tiempo.

Séptima paradoja: la necesaria e imposible gestión de la complejidad[19]. La consideración de la complejidad, que implica -para su funcionamiento- la recurrencia entre los niveles previamente descubiertos, corre gran riesgo de convertirse en una espiral infernal. Si admitimos que nuestras sociedades son complejas y que el medio ambiente no está constituido por subsistemas independientes entre sí, sino que, al contrario, todo esto no son más que cosas recurrentes y bucles extraños[20], ¿debemos preguntarnos dónde se pararán los unos y los otros? ¿dónde, cuándo y según qué modalidades podrá intervenir la decisión jurídica que, sin molestar a nadie, implicará una participación de todos y revestirá el doble carácter de decisión para la acción y de medida de satisfacción[21]?

Octava paradoja: finalmente, la paradoja de las paradojas: ¿cómo vivir todas estas paradojas sin deshacerse en la paradoja? La reflexión en términos de paradojas ¿no da lugar a un bloqueo de la actividad? Y el arte jurídico ¿no consiste en tratar lo complejo como si no lo fuera? Prohibiéndose reducir la complejidad, ¿no se corre el riesgo de conducir este arte a su fin? El Derecho, tal como nosotros lo conocemos y lo practicamos, no está preparado para dirigir una sociedad postmoderna. Ha sido denunciado por ser la forma de regulación por excelencia de una *paz burguesa*[22]; pero todavía no hemos encontrado las llaves de un Derecho fundado en premisas cuya validez

---

[19] Cf. André-Jean Arnaud, «Reflexions on «complex decision» and European law-making process», en *On Complexity and Socio-Legal Studies,* Oñati IISL, 1993 (Oñati Proccedings, vol. 14).

[20] Ver Michel Van de Kerchove y François Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre,* P.U.F., París, 1988.

[21] Cf. André-Jean Arnaud, «Vers un processus de décision complexe en Droit», en *Lire le droit: langue, texte et cognition,* bajo la dirección de D. Bourcier y E. MacKay, Paris, L.G.D.J., 1992 (coll. «Droit et Société», vol. 3). especialmente pág. 80.

[22] Reenvío aquí, por supuesto, a mis trabajos precedentes sobre esta materia, entre ellos al artículo publicado en los *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* Milano, Guiffrè, 1973: 147-176.

no esté ampliamente superada. Todo lo más nos obstinamos en forzar la cerradura para abrir la puerta que nos separa de esta sociedad que ha entrado en la presente época y que permanece, por ello, extraña al Derecho que la rige.

Los sucesos internacionales que tenemos ante nuestros ojos, este tipo de intervenciones semiarmadas[23] autorizadas por un Derecho supra-nacional promulgado de hecho por algunos Gobiernos, tienen una naturaleza espuria que revela perfectamente estas paradojas con las que tenemos que convivir: ayuda humanitaria, pero que por otra parte se asemeja mucho a una suerte de «cruzada»[24]. Aquellos de nuestros descendientes que analicen la época contemporánea, ¿no correrán el riesgo de ver en esto sólo un episodio más de la larga historia de las empresas de «pacificación», de las luchas de las civilizaciones por su preeminencia o por su supervivencia?, ¿dónde está el Derecho?, ¿dónde está la justicia? Quizá aquí se pueda, fácilmente, llegar a las causas reales de la crisis del Derecho y de la justicia que a nivel nacional se atenúan, ocultando así el mal.

B) La fragilidad del objeto

El objeto denominado Derecho se multiplica. Aquí no evoco tanto nuevos campos de estudio y de práctica (el Derecho comunitario, el Derecho europeo, la multitud de Derechos de las nuevas tecnologías), como la extensión de la regulación social por la producción de normas (jurídicas) no gubernamentales. Para el jurista y para el sociólogo el objeto «Derecho», que ya no era el mismo, no cesa de cambiar.

Vemos dibujarse una tendencia: los cursos de Derecho tradicional siguen siendo patrimonio exclusivo de las Facultades de Derecho, mientras que el estudio del Derecho en acción se hará al margen, en grupos de investigación sobre el Derecho y la sociedad, en los círculos de crítica del Derecho, en los nuevos caminos explorados

[23] Se me permitirá el término: nuestros contemporáneos hablan de «¡guerra limpia!». Pero todos esos Estados que se conducen como gendarmes del mundo, por más que pinten a sus soldados el casco de azul y a sus carros de combate de blanco, ¿quién va a creer que no tienen intereses mayores en las intervenciones que evalúan y seleccionan con tanto cuidado?

[24] Releeremos sin cansarnos la tesis doctoral que Michel Villey ha publicado bajo el título: *La Croisade. Essoi sur la formation d'une théorie juridique,* Vrin, Paris. 1942.

por los más destacados sociólogos juristas contemporáneos, que en la mayoría de las ocasiones tienen poco que ver con la tradicional sociología del Derecho tal como es enseñada, cuando lo es...

En pocas palabras, se presiente, a partir de todo lo anterior, que el objeto del Derecho es una de las causas de las enfermedades que padecen nuestros juristas. Es cierto que es una materia que requiere un alto nivel de tecnicidad. No hay experiencia ni prueba posible en este campo. Todo asunto concierne a personas que sufren y a cuestiones vitales: una decisión es -si se revela nefasta- irreparable en sentido estricto.

Los juristas deben entonces ser buenos técnicos. Y por esa razón deben apoyarse sobre un saber sólido. Ahora bien, el conocimiento, como en toda materia, se basa en categorías; y uno de los grandes problemas que plantea el Derecho es que las categorías jurídicas desafían toda relación con otras disciplinas. En esto se encuentra la especifidad fundamental del Derecho. Aquí reposa la animadversión tradicional entre los juristas y los investigadores de las ciencias sociales.

Si tornamos en cuenta ahora la indigencia cultural que se notaba ya desde antes de 1975 en los programas de las Facultades de Derecho, no sólo encontramos una explicación a este abandono de las materias no técnicas, sino que también podemos tratar de hacer pronósticos. ¿Vamos a seguir llorando durante mucho tiempo la desaparición de la Universidad en tanto que *universitas,* patrimonio común de los intelectuales, lugar donde las disciplinas tienen su punto de encuentro? Lágrimas de cocodrilo. De la Universidad ha desaparecido sobre todo la imagen de Epinal. Y la cultura no habría abandonado las Facultades de Derecho si los juristas no hubieran permanecido impasibles frente a [retomo aquí la idea de mi *cara a cara*] las nuevas formas de cultura jurídica, si no se hubieran empeñado en considerar en su formación únicamente los elementos técnicos al uso en el Palacio de justicia, en las administraciones o en las empresas, ignorando todo lo «jurídico» que, sordo en los intersticios del Derecho oficial[25], frecuentemente fluye como un río tranquilo al margen del Derecho del Estado y a veces brama como un torrente cuando el cauce se desborda.

La cultura, a partir de esta nueva definición, puede entonces entrar a formar parte de las Facultades de Derecho. Pero no hay que ocultar que esto tendrá lugar sobre el *background* «cultural» de cada

[25] Sobre la necesaria distinción entre el Derecho y lo jurídico, ver, además de mi estudio *Critique de la raison juridique: I -Où va la sociologie du droit*, L.G.D.J., París, 1981, mi estudio sobre «Rossinante et le cheval de Troie: Juridicité et raison juridique au crible de la rande dichotomic», en *Procès*,

nación (en el sentido más tradicional de la palabra «cultura»), pues es ahí donde se continúa ofreciendo la formación jurídica. La consecuencia es clara: a la división de los juristas, atendiendo a que su formación repose en las manos de los corporativistas, de los tecnócratas o de los investigadores de las ciencias sociales, vendrá a superponerse una división atendiendo a las distintas culturas jurídicas. Se corre el riesgo de que se acentúe la diferencia Norte y Sur.

He aquí lo que hace más frágil todavía al Derecho y a los juristas. En la época de las Comunidades Europeas, en la época del gran enfrentamiento con los colosos del otro lado del canal de la Mancha, los juristas y los despachos de abogados continentales aún no están preparados para afrontar la competencia[26]. Se dirá que, en este debate, no tienen por qué preocuparse por su formación cultural. Falso: los americanos y los anglosajones de manera generalizada tienen culturalmente lazos profundos y permanentes con toda la tradición «jurídica» que nosotros, ligados a una tradición romano-canónica, no reconocemos como Derecho. Y es por esto que están preparados *culturalmente* para las grandes revueltas de la práctica jurídica que sufrimos y que van a aumentar todavía más.

No es que tengamos que inclinarnos agradecidos ante todo lo que nos venga del extranjero y que nos parece tener más éxito que nuestras empresas. Como repetía el decano Carbonnier: De luengas tierras, luengas mentiras... Pero esto podría llevarnos a iniciar un examen de conciencia. Y para comenzar, ¿nuestras incertidumbres no provienen de lo más recóndito de la filosofía jurídica? ¿No dependen de los fundamentos epistemológicos de nuestros Derechos?

El porvenir bien podría abrirse ante los que aceptaron no obnubilarse sobre el objeto «Derecho», sino trabajar en términos de «proyecto». En otras palabras, abandonar el viejo esquema positivista normativista que está fuera de uso, para adoptar los contornos de las epistemologías constitutivas[27]. Si se acepta particularmente que en

---

1982/9: 75-88 [en inglés: «Fact as Law» en *Semiotics, Law and social Science*, B. S. Jackson y D. Carzo ed., Roma-Liverpool, Gangemi-Liverpool Law review, 1985: 129-144; en español: «Algunas reflexiones sobre las relaciones entre la filosofía del derecho y la crítica jurídica», *Cuadernos de Trabajo de la IFD/LUZ*, Maracaibo, 1984 (n.º 38); en alemán: «Der Begriff der *juristische Ratio* als Mittel zur Überwindung der Gegensatzes zsvischen Sein und Sollen»; en portugués: «O conceito de razao jurídica como maneira de ultrapassar a oposiçao tradicional entre o ser e o dever ser», en *Contradogmáticas*, 4/5, 1985: 21-361.

[26] Cfr. *Batailles territoriales et querelles de cousinage: juristes et comptables européens sur le marché du droit des affaires*, bajo la dirección de Yves Dezalay, Paris L.G.D.J., 1993 (Coll. «Droit er Société», vol. 7).

materia científica nada está dado sino que todo es construido, entonces importará menos el *objeto* (sobre el cual juristas y teóricos de otras disciplinas interesados en el Derecho y la justicia no pueden fijar sus límites[28]) que el *proyecto*. Ya no será imposible construir, sobre esta base así renovada, una interdisciplinariedad que es cada día más necesaria en las relaciones jurídicas, y que al jurista por sí sólo le cuesta dominar cada vez más.

Pero no hay que ocultar tampoco que estos conceptos son aún inciertos, se encuentran en fase de investigación; los prácticos están invitados a colaborar con su propia experiencia en una búsqueda en la que los intelectuales aislados estarían desvalidos. Sólo de la dialéctica entre pensamiento y acción surgirán los fundamentos filosóficos del Derecho del futuro. La interdisciplinariedad no consiste en renegar de la especialización, en exaltar al simple aficionado frente al profesional. Se trata de permitir dialogar, a los especialistas de las diversas disciplinas implicadas en el ámbito del Derecho y de la justicia, sobre algo más que un objeto nunca compartido.

IV. Ulises y las sirenas

Quienquiera que sea, no debe dejarse llevar ni por la derrota ni por el canto de las sirenas, tan numerosas como los falsos profetas, como los inspirados poetas que nos anunciaban sus apocalípticos fines de milenio.

A) El descrédito de los jueces

Vanidad de vanidades, y todo es vanidad, nos recordaba Bossuet. La naturaleza humana olvida rápidamente la advertencia, y nadie está al amparo de las ridículas e irrisorias distinciones. A los juristas, tanto a los profesores e investigadores, como a los prácticos y a los magistrados, les gusta ser reconocidos y consultados. Ninguno de nosotros está vacunado contra este tipo de virus que perdura en estado endémico en aquéllos en los que la perspectiva de prestigio reemplaza al afán de lucro.

---

[27] Detalles en mi estudio «Droit et Societé: du constat à la construction d'un champ commun», en *Droit et Société*, 20/21, 1992: 17-38. Cf. también: «Du jeu fini au jeu ouvert. Reflexions additionnelles sur le Droit postmoderne», en *Derecho y sociedad*, 17-18, 1991: 38-55; retomado en *Le jeu: un paradigme pour le droit*, bajo la dirección de F. Ost y M. Van de Kerchove, París. L.G.D.J., 1992 (col. «Droit et Société», vol. 2), pág. 111-131.

[28] Cfr. «Rossinante et le cheval de Troie», op. cit.

Una de las tentaciones más importantes en este final de siglo consiste en buscar «situarse» en la carrera de Europa. Tenemos necesidad de expertos, y los tecnócratas se hacen gustosamente eurócratas. Los «buenos» profesores de Derecho comunitario pasan más tiempo en Bruselas que en su Facultad. Algunos prácticos avispados se organizan para tener una representación a las puertas del Tribunal de Luxemburgo y del de Estrasburgo. Saben que numerosas decisiones se preparan o se prepararán en sus despachos, en esta Europa jurídica que busca todavía abrirse caminos, inventar pistas.

Lo que es posible para los profesores y los prácticos no es siempre posible, sin embargo, para los magistrados. Una manera que tienen estos últimos de hacer valer sus méritos consiste en la proclamación de su independencia. Paradójicamente esto se traduce a menudo en lo que se denomina una «politización» de los jueces[29]. En el momento de la edición francesa de este libro éramos nuevos ricos; hasta 1975, momento en el que el joven y rebelde Sindicato de la Magistratura lanzaba sus críticas ante un gobierno de derechas. 1981 ha traído la izquierda al poder. De la noche a la mañana, los dirigentes de este Sindicato se encontraron con las riendas del Gobierno, en las Cancillerías, a la cabeza en los puestos estratégicos del poder judicial, y especialmente en la formación de los magistrados. Era la mejor manera de llevar a la práctica sus críticas. ¿Qué resultó de todo esto? Probablemente el porvenir retendrá, junto a algunas transformaciones no sin interés (como la entrada oficial de las ciencias sociales en la Escuela de la Magistratura), fundamentalmente un cierto estancamiento, una pérdida de sentido crítico, mucho entusiasmo reformador truncado[30].

Al mismo tiempo, la investigación científica francesa se transforma. El departamento de Ciencias humanas y sociales es completamente reformado en 1991. La sección de ciencias jurídicas, separada desde hacía poco de la de ciencias políticas, es suprimida. Los investigadores juristas son reagrupados con los sociólogos en una sección común denominada «Sociología. Normas y reglas». El enfrentamiento parece inevitable entre los juristas -entre los cuales los elegidos para las comisiones del C.N.R.S. son mayoritariamente universitarios

[29] Se encontrará material para la reflexión en la obra de Alain Bancaud, *La haute-magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce,* L.G.D.J., París, 1993.

[30] «La Cancillería parece haber renunciado a una verdadera reforma de las estructuras», declaraba por ejemplo Mme Delmas-Marty a propósito de la reforma del proceso penal emprendido en Francia, territorio neurálgico donde lo haya (*Le Monde*, 221/11/1991, pág. 13). Cfr. también la reciente tesis de Anne Devillé sobre dos décadas de acción del Sindicato de la Magistratura (Louvain-la-Neuve, 1992).

surgidos de las Facultades que no son consideradas «de izquierdas»- y los sociólogos -doblemente desconfiados respecto a los primeros, a los que consideran como juristas impenitentes y políticamente de derechas. Es precisamente por la personalidad del presidente de la comisión (respetada por los dos partidos) y por la cercanía de las elecciones de marzo de 1993 (consideradas como propicias para una transformación radical) por lo que no se hará saltar el polvorín.

Lo menos que puede decirse es que, en estas condiciones, la coyuntura se presenta poco favorable para una reflexión intensa sobre las relaciones de los juristas y de su sociedad.

Hay que añadir a todo esto el otro canto de las sirenas, que constituye la llamada de los *massmedia*. La necesidad de sensacionalismo es una de las claves del éxito para el índice de audiencia: relación detallada de la audiencia que posee cada cadena televisiva o de radiodifusión. De este resultado depende el volumen de publicidad que le será confiado. Así, será trabajo de los periodistas abordar lo espectacular a cualquier precio. Muchos jueces, al ser interrogados sobre «casos» sensacionalistas que tienen a su cargo, no saben resistirse al atractivo de un micrófono o de una cámara; las indiscreciones circulan; corrupción política, delitos de sangre, lucha contra la droga, hacen de estos oscuros magistrados verdaderos *sheriffs*. Sus palabras son grabadas; ellos no siempre respetan su deber de reserva; en el «montaje» de las grabaciones, se cortan sus discursos para hacerlos compatibles con el precio del minuto en antena; y he aquí a los inculpados, los «presuntos culpables» -a veces hasta simples testigos-, juzgados incluso antes de que su caso haya sido seriamente objeto de un examen judicial.

Desaparecen así los últimos grandes sacerdotes; la aparición del juez en la pantalla descubre simples seres humanos atrapados como cualquiera por periodistas experimentados en este juego. No hemos salido todavía de esta contradicción: si se luchó mucho por ver desaparecer una justicia de clase, no era ciertamente para verla reemplazada por linchamientos populares.

Como anunciaba durante una audiencia solemne el Primer Presidente del Tribunal de Casación, no es fácil ser juzgado por los tiempos que corren[31]. Hace falta recordar la frase de Balzac: «La desconfianza en la magistratura y el menosprecio hacia los jueces, son los primeros pasos hacia una disolución de la sociedad».

Más grave: al mismo tiempo que, por el sendero trazado por los *massmedia* es arrojado el descrédito sobre «la justicia» en su conjunto, desaparecen los últimos bastiones de los valores de nuestra sociedad.

---

[31] Citada en *Le monde*, 16/1/93, pág. 15.

En el momento en el que los que son los guardianes tradicionales de los valores de la justicia son ampliamente desacreditados, aparecen casos no aislados de malversación en el cuerpo médico que arrojan sospechas sobre el conjunto del cuerpo. La sociedad colocaba a los médicos por encima de cualquier acuerdo innoble. Un caso como el de la «sangre contaminada», que ha conmovido a toda la población de Francia e incluso a la de más allá de sus fronteras, no puede pasar sin empañar esta imagen.

Cuando amenaza la tempestad todos se ponen a cubierto: otras sirenas susurran el tranquilizante canto del repliegue corporativista. Es, en efecto, al corporativismo -al menos mientras que los motivos políticos no sean claramente expresados- al que atribuimos ciertas reacciones de juristas contra las reformas que otros presentan como progresistas.

Se llega así a la insurrección de los jueces de instrucción que Francia sufrió a comienzos del año 1993. ¿Cómo tantos magistrados de base han podido olvidar tan radicalmente el intocable principio de separación de poderes, hasta el punto de rechazar la aplicación de una legislación, democráticamente votada, que modificaba el proceso de instrucción, volviéndolo menos inquisitorio, más acusatorio? Nos quedamos desconcertados, ciertamente consternados con el tenor de sus quejas[32]. Los partidos de derechas transforman el caso en trampolín electoral y prometen la reforma en caso de victoria, se duda sobre el calificativo más apropiado.

El más puro corporativismo renace, sin embargo, con toda evidencia. Los profesores de Derecho que, tras los sucesos de mayo del 68, habían abandonado la toga, la volvieron a tomar casi unánimemente. Hasta en las nuevas Facultades de Derecho, forjándose una tradición, se introdujo -salvo en muy raras excepciones- esta costumbre. Algunos de los que en sus tiempos formaron el movimiento francés *Critique du droit* no se escaparon a la regla: algunos de ellos riéndose incluso de buena gana. Otros no... Todo esto parecería anecdótico si el hecho no hubiera coincidido con el retorno del mandarinato.

B) El desconcierto de los juristas

El mayor signo de desconcierto puede ser el no saber dónde situar al propio desconcierto. Después de lo dicho, llegaremos incluso a preguntarnos si existe. Pero si uno no quiere obnubilarse con el párrafo precedente, testigo de una perfecta auto-satisfacción, habrá que convenir que la confusión es latente. ¿Qué perspectivas se ofrecen a la sociedad para mejorar su regulación? ¿Qué medios se ofrecen

[32] Cfr. por ejemplo, *Le Monde*, 15/1/93, pág. 15.

a los juristas para cumplir su tarea en el seno de la sociedad? ¿Está el *cara a cara* condenado a eternizarse?

Volvamos las miradas hacia la jurisprudencia, de la que Robert Mandrou, recordemos[33], decía que reflejaba la estructura mental de los jueces -extrapolemos: de los juristas. ¿Qué nuevas líneas maestras podemos percibir? Vista la importancia que han adquirido (incluso en el seno de las jurisprudencias nacionales), serán los Tribunales europeos los que deberán ser interrogados[34].

La unificación debe hacerse. ¿Será una integración jurídica? ¿Será una armonización de las legislaciones? El Tribunal de las Comunidades Europeas se inclina por la primera solución; más prudente, el Tribunal de Derechos Humanos intenta la segunda vía. ¿Pero qué racionalidad para esta unificación?

¿La *racionalidad económica*? El Tribunal de las Comunidades Europeas funciona evidentemente con ella. La economía es el motor de la C.E.E. y los jueces del Tribunal de Luxemburgo, europeos convencidos, piensan que Europa se hará por el bolsillo. La razón económica canta como una sirena en nuestros oídos; en su nombre deberíamos, sin dudarlo, volver a un Derecho fabricado completamente en nombre de esta razón, y que vendría a suplantar a aquel otro que no se dirigiera a realizar una comunidad de naciones en el marco de una economía neo-liberal globalizada. Sin embargo, los estudios sociológicos nos enseñan que, si hace falta encontrar un relevo al hegemónico poder de «dictar el Derecho» que corresponde al Estado-nación, no es ciertamente para atribuir este poder en su totalidad a un super-Estado-nación, corriendo permanentemente el riesgo de que se constituya como conjunto de las Comunidades Europeas.

Sin embargo el Tribunal de Estrasburgo se refiere siempre a una *razón simbólica*. No para de repetir la cantinela -retomada al unísono por el Tribunal de Luxemburgo- de los derechos humanos y de la democracia. Tiene sin duda mucha razón, mucha razón de no cansarse de repetirlo y mucha razón, igualmente, de hacer respetar en este santo sacramento el símbolo de la Europa unida. ¿Pero es suficiente repetir las letanías para conjurar a la suerte? Dicho de otra forma, si no queremos que estas invocaciones queden como simples rezos, hace falta que sustituyamos las oraciones por una construcción jurídica creíble, susceptible de suministrar a nuestros Derechos fundamentos

---

[33] Cfr. *supra*, Conclusión.

[34] No se trata evidentemente de rehacer aquí una demostración cuyos elementos se encuentran en los tratados de Derecho comunitario y una síntesis en mi pequeño libro sobre el pensamiento jurídico europeo, *op.cit*. No se podía sin embargo no volver, al final del artículo, sobre la relación entre la Europa naciente y el desconcierto de los juristas, apenas evocada más arriba y en otro contexto.

serios y prácticos.

La contradicción interna -que conlleva, a la larga, el riesgo de conducir a callejones sin salida las intervenciones más valientes fundadas en el respeto de los derechos humanos y de la democracia- reside en el hecho de que estos principios son siempre enunciados en el marco de las «naciones», mientras que es precisamente el concepto tradicional de nación el que se cuestiona. La mayor incongruencia se encuentra en que la instancia suprema adquiere su nombre precisamente de esa palabra: el problema fundamental de las Naciones Unidas es, para empezar, que su referente es la nación.

En realidad, hay que resignarse a terminar constatando la ausencia de una *razón jurídica* que gobierne el *Derecho contemporáneo;* algo que explica en parte el desconcierto de los juristas contemporáneos. En otros términos, debemos reconocer, nosotros, juristas diferentes, que no hemos encontrado todavía en el Derecho contemporáneo una razón que no sea ni orden, ni paz. A nosotros nos corresponde inventarla. Eso no se consigue con una inspiración repentina, sino con un largo, paciente y a menudo sombrío trabajo sobre el terreno y en el despacho. Numerosos sociólogos juristas están trabajando. No tienen la exclusiva. Más de un filósofo, más de un teórico del Derecho se ha puesto a la búsqueda de un nuevo equilibrio mental. Aquellos historiadores que no han desaparecido en la tormenta interrogan al pasado con vistas a comprender mejor el presente. ¡Cuántos doctores, cualquiera que sea su especialidad y su lugar de práctica (Facultad, Palacio de justicia, Administración, sector privado), están dispuestos a unir sus esfuerzos en un proyecto interdisciplinar que pondría término, por fin, a este largo *cara a cara* de los juristas y la sociedad! Para que nuestro siglo no termine como las sirenas de Ulises (tan bellas hasta la cintura y dotadas de una voz tan hermosa... pero que, como recuerdan Horacio, Virgilio y Séneca, *desinunt in piscem*[35]) acabemos con las disputas entre escuelas y unamos nuestros esfuerzos en la búsqueda de un Derecho para el mañana.

«Hay algo especialmente mórbido en la simpatía que tiene nuestra época por el dolor»

Oscar Wilde, *Retrato de Dorian Gray, Cap.3.*
(Trad. Isabel Lifante Vidal y Victoria Roca Pérez)

[35] Horacio, *de arte poetica*, 4; virgilio, *AEneis*, 10, 211; Seneca, *Epistulae ad Lucilium*, 92, 10; 66, 43.

SOCIOLOGÍA DEL DERECHO *VERSUS* ANÁLISIS SOCIOLÓGICO DEL DERECHO

1. Introducción

El contenido del presente artículo no sólo pretende contribuir al debate abierto en los últimos años entre algún grupo de universitarios e intelectuales españoles sensibles a eso que, genéricamente, llamamos Sociología del Derecho o Sociología Jurídica, sino que -y principalmente- pretende rendir un personal homenaje y reconocimiento al profesor Elías Díaz. El porqué elegir este tema, y no el que constituye el objeto central del presente número monográfico, requiere una doble explicación. En primer, y principal, lugar, al rendir homenaje al profesor Elías Díaz con el desarrollo de este artículo, quisiera evidenciar y reconocer la labor que -desde hace ya más de dos décadas[1]- ha realizado en favor de la consolidación científica, así como de la institucionalización académica, de la Sociología del Derecho en nuestro país.

La segunda razón es la de sumarme al debate antes aludido en torno a la fundamentación de los estudios socio-jurídicos y a su definitiva institucionalización en la Universidad española.

Al hilo de esta última explicación, debo hacer una pequeña alusión al título de este trabajo. En primer lugar, utilizo aquí la preposición latina «versus» no en su acepción más común y «cinematográfica» (léase «contra»), sino con el significado que en latín tenía dicha preposición, a saber: «hacia», esto es, «encontrarse frente a algo, pero en dirección hacia». Lo que intento poner de manifiesto con el título -y a continuación desarrollaré- es que la Sociología del Derecho, tal y como se ha fundamentado y desenvuelto, especialmente, en Europa, marcada por la eterna confrontación con la

[1] Recuérdese, que la primera edición de su *Sociología y Filosofía del Derecho* data de 1971.

Dogmática Jurídica y, consecuentemente, por su difícil relación e incardinación con la Ciencia Jurídica, por las irreconciliables posturas de los sociólogos y los juristas, y marcada, en fin, por una metodología positivista, cuantitativa y descriptivista, entró en *crisis*[2], apenas comenzó su definitiva institucionalización académica en la década de los años setenta en toda Europa, salvo -como es sabido- en España. Incluso, la propia terminología de «Sociología del Derecho» o «Sociología Jurídica» suena hoy día un tanto anticuada. Por otra parte, los propios movimientos *críticos del Derecho* han dirigido sus críticas hacia la Sociología del Derecho tradicional, que se había realizado hasta las décadas de los años setenta y ochenta, por ser excesivamente formalista y legitimadora del orden establecido, demasiado avalorativa, demasiado acrítica y demasiado descriptiva[3].

Finalmente, se ha producido, también, en las últimas décadas un significativo cambio de paradigmas en la Sociología del Derecho, así como la aparición o recuperación, en algunos casos, de *otras* metodologías o, incluso, la consolidación de un pluralismo metodológico en los estudios socio-jurídicos.

Todo lo apuntado conlleva -a mi juicio- la necesidad de buscar una nueva forma de entender y fundamentar los estudios e investigaciones socio-jurídicas o, incluso, una especie de Sociología del Derecho renovada, que debería «dirigirse hacia» *(versus)* el *Análisis Sociológico de los Sistemas Jurídicos,* entendido como un proyecto científico interdisciplinar y constructivista.

2. Una breve referencia histórica a la sociología del derecho

La Sociología del Derecho nació marcada por su confrontación con la Ciencia Jurídica, y como reacción al formalismo, dogmatismo

---

[2] A la referida crisis de la Sociología del Derecho subyace una crisis más profunda, que podría resumirse en la *crisis epistemológica* de la Sociología positivista. Al respecto, véase: C. Wright Mills, *La imaginación sociológica,* trad. cast. de F. M. Torner, F. C. E., 1993; A. Giddens, *Las consecuencias de la modernidad,* trad. cast. de A. Lizón, Madrid, Alianza Ed., 1993; E. Lamo de Espinosa, *La sociedad reflexiva. Sujeto y objeto del conocimiento sociológico*, Madrid, C.I.S., 1990; A. Touraine, *Crítica a la modernidad,* trad. cast. de M. Armiño, Madrid, Temas de Hoy, 1993; y P. Bourdieu, J. C. Chamboredon y J. C. Passseron, *El oficio de sociólogo*, trad. cast. de F. H. Azcurra, Madrid, Siglo Veintiuno, 1994.

[3] Desde una perspectiva más amplia, Boaventura de Sousa Santos, ha denunciado cómo la actitud de los sociólogos, tradicionalmente, «ha oscilado entre la distancia crítica con relación al poder instituido y el comportamiento orgánico con él, entre guiarlo y servirlo». Sin embargo -prosigue el autor-, «los desafíos que tenemos enfrente nos exigen salir de este péndulo. Ni guiar, ni servir. En lugar de distancia crítica, la proximidad crítica. En vez de compromiso orgánico, la libre involucra

y legalismo, que eran las características dominantes de esta última a principios del siglo XX. En concreto, en la tradición de la cultura jurídica europea, la Sociología del Derecho se manifiesta principalmente a través de los movimientos sociologistas y antiformalistas, desarrollados dentro del propio pensamiento jurídico a principios del siglo XX, los cuales supusieron una reivindicación de la perspectiva socio-cultural y socio-histórica del Derecho, así como una reivindicación de mayor flexibilidad en los mecanismos de funcionamiento interno de los sistemas jurídicos. Desde la Jurisprudencia de Intereses -que aportó la idea de *fin* y, sobre todo, las ideas de *interés* y de *conflicto*, como elementos básicos de toda construcción científica del Derecho-[4], pasando por el Movimiento Del Derecho Libre -que defendió una concepción pluralista del Derecho y de sus fuentes de producción, así como una concepción *sociológica* de la Ciencia del Derecho y un rechazo a los dogmas de la lógica deductiva y de la plenitud del ordenamiento jurídico[5]-, hasta las denominadas corrientes realistas -que pretendieron elaborar una teoría sociologista del Derecho, partiendo de una redefinición de todas las categorías jurídico-ficticias elaboradas por la Dogmática[6]- se produjo toda una

---

ción. En lugar de serenidad autocomplaciente, la capacidad de espanto y de revuelta»: B. de Sousa Santos, *Cinco desafíos a la Imaginación Sociológica,* en «No hay derecho», n.º 8, 1992, pág. 31.

[4] Estas ideas fueron aportadas por Rudolf von Jhering, en la que se ha denominado segunda etapa de su pensamiento, marcada por un cierto talante *sociologista* del derecho, que se puede observar en tres de sus obras mas importantes: *Der Zweck im Recht,* Hildesheim-New York, Georg Olms Verlag, 1970, 2 vols.; existe traducción castellana a cargo de D. Abad de Santillán, México, Ed Cajica, 1961-62; *Der Kampf ums Recht*, 1872, existe traducción castellana a cargo de A. Posada, con un excelente prólogo de L. Alas, «Clarín», Madrid, 1891 (reimprimido en 1985 por la Ed. Civitas con una presentación de L. Díez Picazo): y, finalmente, una obra donde Jhering perfila una clarísima -y burlona- crítica contra la Jurisprudencia Dogmática y contra la Jurisprudencia Conceptual, titulada *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz,* 1884, 9.ª ed., Leipzig 1904, existe traducción castellana a cargo de T. A. Banzhaf, bajo el título *Bromas y veras en la Jurisprudencia,* Buenos Aires, 1974.

[5] Los autores más conocidos del referido movimiento son Eugen Ehrlich y Hermann Kantorowicz. La casi totalidad de las obras y artículos publicados por Ehrlich se encuentran en la actualidad recopilados por M. Rehbinder en dos volúmenes titulados: *Rechts und Lebe. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre von Eugen Ehrlich,* Berlin, 1967; y, *Gesetz und lebendes Recht,* Berlín, 1986. Respecto a la obras de Kantorowicz, éstas se encuentran recopiladas por Thomas Würtenberger, *Rechtwissenschaft und Soziologie,* Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 1962.

[6] Dentro de las corrientes realistas, y en concreto en el ámbito cultural europeo, podemos destacar el Realismo Jurídico Escandinavo, con Alf Ross como figura más representativa, con su obra titulada *On Law and Justice,* Stevens and Sons Limited, London, 1958; existe traducción castellana a cargo de G. R. Carrió, en Eudeba. Buenos Aires, 1977.

corriente *crítica* frente a las construcciones científicas del derecho realizadas por los juristas, que tuvieron como fruto la introducción -y posterior consolidación académica- de una perspectiva de análisis del Derecho novedosa hasta ese momento, cual era la perspectiva sociológica del Derecho o Sociología Jurídica.

Posteriormente, la institucionalización y desarrollo de la Sociología del Derecho, como disciplina académica, se realizó, casi siempre, en el seno de los Departamentos de Teoría y Filosofía del Derecho, lo cual condicionó notablemente la forma en que se ha ido desarrollando el contenido de dicha disciplina. En efecto, los sociólogos del derecho en Europa -con la excepción de los países escandinavos, que han estado notablemente influenciados por la cultura anglosajona- han prestado más atención a la dimensión epistemológica, metodológica, histórica, teórica y sistemática de la Sociología del Derecho, en detrimento de la perspectiva empírica de la misma, obstaculizando, a su vez, el desarrollo de sociologías jurídicas particulares. Esto dio lugar a que, en el ámbito de la doctrina centroeuropea, la Sociología del Derecho hasta la década de los años setenta se haya visto reducida, o bien a un mero *sociologismo jurídico*, o bien a una mera teoría *sociológica del derecho*. Esto se produjo así, porque el traspasar los límites de una Sociología del Derecho teórica, histórica y metodológica implicaba forzar en extremo la coherencia teórica de los profesionales de las disciplinas filosófico-jurídicas, dado que el método de análisis empírico, propio de la Sociología del Derecho, es radicalmente diferente del propio de la materia filosófico-jurídica. Especialmente, si tenemos en cuenta cuáles eran los fundamentos epistemológicos dominantes en las ciencias sociales hasta la década de los años setenta, a saber: la metodología descriptivo-positivista, que propugnaba una Sociología del Derecho avalorativa, apolítica, acrítica y descriptivista, lo cual resultaba bastante incompatible con la labor esencial del filósofo del Derecho, que consistía, fundamentalmente, en *valorar* y *criticar* no en describir acríticamente.

Esta vinculación de la Sociología del Derecho con la Filosofía del Derecho ha tenido todavía dos consecuencias, que han condicionado el desarrollo posterior de aquélla.

La primera afecta a la relación de los juristas con la Sociología del Derecho o, si se quiere, a la relación de ésta con la Ciencia Jurídica. La Sociología del Derecho ha corrido la misma suerte que la Filosofía del Derecho en relación con lo que podemos denominar «juristas» en sentido estricto. Al igual que el filósofo del Derecho, durante décadas, se ha visto obligado a justificar su labor y su disciplina en los propios planes de estudio de la Licenciatura en Derecho, también el sociólogo del Derecho se ha visto, y se ve hoy día todavía

en algunos países[7], obligado a justificar día a día la importancia y la necesidad de su actividad, tanto para la formación académica de los juristas, como para el mejor funcionamiento del propio sistema jurídico, frente a la oposición radical de los propios juristas. La propia historia de las relaciones entre Ciencia Jurídica y Sociología del Derecho es bastante significativa. Esta última se abrió paso no tanto justificando su propia identidad científica, como criticando los errores y los reduccionismos en que la Ciencia Jurídica había incurrido, y a veces, incluso, desvalorizando científicamente a la misma Ciencia Jurídica. Los juristas dogmáticos, por su parte, siempre han considerado a la Sociología del Derecho como una disciplina menor e instrumental, sometida a la Ciencia Jurídica (Kelsen) o, en el mejor de los casos, como algo de «sociólogos», lo cual proviniendo de ellos tenía una clara connotación peyorativa.

Por otra parte, el hecho de que tradicionalmente se ha fundamentado la autonomía científica de la Sociología del Derecho en un aspecto metodológicamente *externo,* ha favorecido el desarrollo de una especie de «Sociología del Derecho de los sociólogos» o -como la ha denominado Febbrajo- una «sociología de las instituciones Jurídicas» o de la «eficacia» del Derecho[8], más ocupada en estudiar la eficacia de las normas y de las instituciones jurídicas, los comportamientos de los destinatarios de aquéllas, las organizaciones sociales o, en pocas palabras, los «hechos del Derecho», que de afrontar desde *dentro* los problemas estructurales y de funcionamiento interno de los propios sistemas jurídicos, en conexión también con sus contextos culturales, políticos y económicos. Esta toma de postura inicial dio lugar a que se considerara que la Sociología del Derecho era una parte de la Sociología general, que estudiaba el Derecho desde *fuera*[9], mientras que la Ciencia jurídica lo estudia desde una perspectiva interna, con lo cual se produjo, cada vez más, una separación e, incluso, incomunicación entre la Sociología del Derecho y la

---

[7] El ejemplo español, con respecto a la reciente elaboración de los nuevos Planes de Estudio, es paradigmático.

[8] A. Febbrajo, *Sistemas Sociológicos y Teoría Jurídica. Algunos dilemas de una Sociología del Derecho «crítica»,* en R. Bergalli (Coord), *El Derecho y sus realidades,* Barcelona, P. P. U., págs. 71-100; más ampliamente desarrolla todas estas ideas en, *Per una sociologia del diritto «critica»,* en Uberto Scarpelli y Vincenzo Tomeo (Eds.) *Societá, norme e valori. Studi in onore di Renato Treves,* Milano, Giuffré, 1984, págs. 227-258; aquí el autor habla de la «Sociología sin Derecho».

[9] En este sentido se manifestó Jean Carbonnier, *Sociologie Juridique,* París, Librairie Armand Colin, 1972; se cita aquí la traducción castellana de L. Díez-Picazo, *Sociología Jurídica,* Madrid, Tecnos, 1977, pág. 17. En España, una postura similar fue defendida por Elías Díaz, *Sociología y Filosofía del Derecho,* Madrid, 1991; y por L. García San Miguel, *Notas para una crítica de la razón jurídica,* Universidad Complutense, Madrid, 1985, págs. 63-120.

Ciencia Jurídica, como perspectivas científicas paralelas -que nunca encontraban un punto de unión-, que estudiaban el mismo objeto desde puntos de vista diferentes.

Una Sociología del Derecho, así entendida, incurría en un *reduccionismo fáctico*, olvidando que los denominados «hechos del Derecho» no se nos presentan de antemano, en forma bruta, en la realidad empírica, sino que son «construidos» mediante un proceso de interacciones entre objeto de conocimiento y sujeto cognoscente, y olvidando, también, que el carácter esencialmente «jurídico» de esa denominada «facticidad» del Derecho no puede ser ignorado o entendido exclusivamente en términos de acción social o de organización social.

La segunda consecuencia antes aludida -y estrechamente relacionada con la anterior- se refiere a la, hasta ahora, «irreconciliable» postura de los juristas y de los sociólogos en torno a cómo ha de entenderse y desarrollarse la Sociología del Derecho. Ambas posturas están enmarcadas en una serie de *dogmas* o *mitos*, que, de ahora en adelante, debemos desenmascarar:

- La tensión entre la perspectiva «interna» y la perspectiva «externa», esto es, la tensión entre una Sociología del Derecho de los juristas y una Sociología del Derecho de los sociólogos.
- La autodefinición del sociólogo del derecho como observador acrítico y objetivo, que describe solamente «hechos» del Derecho.
- El dogma de la radical separación entre el ámbito del «ser» y el ámbito del «deber ser», con la consiguiente crítica realizada por los juristas a los sociólogos de dedicarse solamente al estudio del «ser», esto es, de la «facticidad», o en el mejor de los casos, de mezclar ambos ámbitos de conocimiento, transgrediendo, así, otro de los dogmas tradicionalmente defendido por los juristas dogmáticos, cual es: la imposibilidad de pasar legítimamente de un ámbito al otro, sin romper la coherencia cognoscitiva[10].
- El empeño -a veces infructuoso- de delimitar y definir el *obje*to de conocimiento de la Sociología del Derecho. A lo largo de los años, los juristas y los sociólogos no se han puesto de acuerdo en esta materia: o bien, se le ha negado a la Sociología

[10] Cfr. al respecto la propuesta de superación del dogma de la separación entre el mundo del «ser» y el del «deber ser», dada por André-Jean Arnaud, *El concepto de «razón jurídica» como modelo de superación de la oposición tradicional entre el ser y el deber ser,* en *El derecho sin máscara,* San Sebastián. Laboratorio de Sociología Jurídica, 1990, págs. 167-183. Más ampliamente, también en: *Où va la sociologie du droit?,* París, L. G. D. J., págs. 346 y ss.

del Derecho la posibilidad de formalizar su objeto de conocimiento y, consecuentemente, se ha predicado su dependencia y su carácter auxiliar con relación a la Ciencia Jurídica (postura kelseniana); o bien se ha delimitado el objeto de conocimiento de la Sociología del Derecho en términos de acción social o de comportamientos (posturas sociologistas) y, en definitiva, en términos antinormativistas.

Quizá haya llegado el momento de desmitificar estos dogmas: de compaginar la perspectiva interna y la perspectiva externa de la Sociología del Derecho, desde una perspectiva *interdisciplinar* y *crítica;* de transgredir los lindes respectivos del ámbito del «ser» y del ámbito del «deber ser», lo cual implicaría transgredir, también, los postulados epistemológicos del positivismo descriptivista y dar cabida a las dimensiones políticas, económicas y valorativas del Derecho; y, por último, quizá haya llegado el momento de no perdernos indefinidamente en el debate sobre la formalización del objeto de conocimiento de la Sociología del Derecho, y de admitir que ésta no tiene, en realidad, un objeto de conocimiento propio y autónomo, sino que la Sociología del Derecho estudia el Derecho en su totalidad y en sus interacciones con diferentes factores sociales (política, cultura, economía, etc...). Lo que debe unir a los diferentes investigadores, con formaciones académicas diversas (juristas, economistas, sociólogos, antropólogos...), que se acercan al análisis del Derecho desde la óptica sociológica, es el interés por contribuir a un *proyecto científico interdisciplinar,* donde tengan cabida, también, los aspectos económicos, políticos y valorativos, más allá de las iniciales posturas «sociologistas» o «realistas» de la Sociología del Derecho tradicional[11].

3. El análisis sociológico de los sistemas jurídicos como proyecto interdisciplinar

Comenzaba este artículo diciendo que el término Sociología del Derecho tiene una cierta connotación anticuada, y que prefería hablar de *Análisis Sociológico de los Sistemas Jurídicos.* El cambio de terminología no es un capricho, ni refleja simplemente una preferencia semántica, sino que tiene tras de sí otros cambios, que -a mi

[11] Cfr. François Ost, *Dogmatique juridique et science interdisciplinaire du droit,* en *«Rechtstheorie»,* n.º 17/1986, págs. 86-110; y André-Jean Arnaud, *Droit et Société: du constat* a *la construction d'un champ comun,* en «Droit et Société» 10/21, 1992, págs. 17-37.

juicio- han influido en la forma de enfocar y entender actualmente los estudios e investigaciones socio-jurídicas. Veamos a continuación algunos de ellos[12]:

En primer lugar, es inevitable hablar de un cambio metodológico en las ciencias sociales, que ha afectado también a la Sociología del Derecho[13]. En las últimas décadas hemos asistido a una fuerte crisis de la metodología positivista en todos los ámbitos (filosófico, científico, jurídico), y también en el ámbito sociológico. Los principios del descriptivismo, del determinismo, del cientificismo, de la radical separación entre sujeto cognoscente y objeto de conocimiento, de la incomunicación entre el mundo del «deber ser» y el mundo del «ser», han sido puestos en tela de juicio en las dos últimas décadas[14]. Frente a esta lógica positivista se ha producido un regreso a otras teorías epistemológicas, tales como el interaccionismo simbólico, la fenomenología, la epistemología constructivista, la epistemología comprensiva, los métodos sociológicos de análisis de sistemas y, consecuentemente, se ha producido también un auge e interés por los aspectos microsociológicos en detrimento de los macrosociológicos; todo lo cual ha permitido dar sentido interpretativo a los meros datos del análisis empírico-cuantitativo. Desde este pluralismo metodológico, imperante en la actualidad en las ciencias sociales, el Análisis Sociológico de los Sistemas Jurídicos debe partir de la consideración de que el Derecho no es un objeto de conocimiento dado de antemano, a priori, que se observa externamente y se describe, sino que debe ser construido en base a diferentes intereses cognoscitivos, donde el investigador es parte también de lo que investiga[15].

En segundo lugar -y junto al referido cambio metodológico- se ha producido también, en las dos últimas décadas, un cambio de paradigmas que afectan directamente a los estudios socio-jurídicos[16].

---

[12] Cfr. Rita J. Simon y James P. Lynch, *The Sociology of Law: Where we have been and where we might be going,* en «Law and Society Review», n.º 235, 1989, págs. 825-846.

[13] Cfr. al respecto la bibliografía citada en *supra* nota n.º 2; y, también, Jacques Commaille y Marie-Pierre Marmier-Champenois, *Los métodos de la Sociología Jurídica en relación con los métodos de la Sociología General,* en «Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya», n.º 24, 1985.

[14] Cfr. al respecto, María José Fariñas Dulce, *Filosofía del Derecho «versus» Teoría del Derecho»,* en «Anuario de Filosofía del Derecho», Madrid, 1992, págs. 207-222, y la bibliografía allí citada.

[15] Cfr. al respecto las opiniones de A. J. Arnaud, *Du jeu fini au jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le Droit post-moderne,* en «Droit et Société», n.º 1718, 1991, págs. 38-55; y Boaventura de Sousa Santos, *Droit: une carte de lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit,* en «Droit et Société», n.º 10, 1998, págs. 363-390.

[16] Crf. David Nelken, *Changing Paradigms in the Sociology of Law,* Gunther

Por ejemplo, emerge cada vez con más fuerza la vieja idea del *pluralismo*, tanto social, como cultural y jurídico y, consecuentemente, el rechazo a que todo lo «jurídico» se identifique con el derecho estatal, al menos desde un punto de vista práctico. Va tomando auge la idea, según la cual coexisten una pluralidad de sistemas jurídicos (o formas alternativas de normatividad) a veces armónicamente y otras no; y, por tanto, la ecuación «todo los jurídico es igual a derecho estatal» se pone en tela de juicio, desde diferentes sectores. Pero la idea del *pluralismo* va más allá: en la actualidad se habla cada vez con mas fuerza del *pluralismo en las fuentes del derecho,* lo cual se traduce en una mayor participación de la «sociedad civil» en la producción normativa; así como de un *pluralismo en los medios,* a veces formales, otras informales o alternativos (por ejemplo los «street committees») *de resolución de conflictos,* dando lugar a lo que ya se denomina un *pluralismo judicial.*

Otra idea, hoy significativa en el ámbito de los estudios socio-jurídicos, es la de la *indeterminación,* que, por otra parte, ha sido uno de los elementos filosóficos más defendidos por el movimiento conocido como *Critical Legal Studies,* desarrollado a partir de la década de los años setenta en los Estados Unidos[17]. Según esta tesis, todas las decisiones jurídicas (las legales, las judiciales e, incluso, las constitucionales) están marcadas por la característica de la *indeterminación*[18], que *no* arbitrariedad. Esto quiere decir, que

---

Teubner, *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society,* Berlín, De Gruyter, 1988.

[17] Sobre la reciente historia de este movimiento, véase: Duncan Kennedy, *Nota sobre la historia de los CLS en los Estados Unidos,* en «Doxa», n.º 11, 1992, págs. 283-293; Agostino Carrino, *Solidaridad y Derecho. La Sociología Jurídica de los «Critical Legal Studies»,* en «Doxa», n.º 12, 1992, págs. 115-153 (y bibliografía allí citada); R. Unger, *The Critical Legal Studies Movement,* Harvard University Press, 2.ª ed. 1986; Boyle (ed.) *Critical Legal Studies,* Hampshire, 1992; Richard Abel, Voz: *Critical Legal Studies,* en *Dictionnaire Encyclopédique de Theorie et de Sociologie du Droit,* 2.ª ed., París, L. G. D. J.-E. J. A., 1993; y sobre la recepción en España de este movimiento, véase: Albert Calsamiglia, *La retórica de Critical Legal Studies. Impresiones de un lector español,* en «Doxa», n.º 11, 1992, págs. 295-3 10.

[18] Sobre esta tesis de la *indeterminación,* como elemento filosófico-jurídico de los *Critical Legal Studies,* véase el ensayo de Joseph Singer, *The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory,* en «Yale Law Journal», vol. 94, 1984, págs. 1-76, donde llega a afirmar que no sólo el material legal y el conjunto de técnicas de razonamiento jurídico son indeterminadas, sino también las teorías jurídicas, que se elaboran para justificar el propio sistema jurídico, ya que «esas mismas teorías podrían ser utilizadas para justificar cosas diferentes» (pág. 24).

Por otra parte, la defensa extrema de esta tesis ha llevado a gran parte de los autores pertenecientes al referido movimiento a caer en un *nihilismo* y en un *escepticismo* filosóficos contradictorios con su pretendida ideología política de izquierdas. Cfr. al respecto las observaciones críticas de Albert Calsamiglia, *La retórica de Critical Legal Studies. Impresiones de un lector español,* op. cit.

el conjunto del sistema jurídico (con todo su material legislativo y sus técnicas de razonamiento jurídico) no siempre tiene una respuesta específica para cada problema o cuestión jurídica planteada, en contra de lo que las tesis del formalismo jurídico habían venido sosteniendo; sino que, incluso, con el mismo material jurídico se puede llegar a soluciones diferentes y, aún a veces, contrarias[19]. Esto plantea, a su vez, la necesidad de reconocer la existencia de lo que se ha denominado espacios de «no derecho» en las decisiones jurídicas, lo cual es especialmente sensible al análisis sociológico.

Por otra parte, en el ámbito de los estudios socio-jurídicos se ha producido, en los últimos años, una apertura hacia la política y la economía, principalmente. Es ésta, también, una aportación de los movimientos «críticos» del Derecho, ya que éstos consideraban que, tanto la Teoría Jurídica como la Sociología del Derecho tradicionales, se movían en unos parámetros excesivamente formalistas y descriptivistas. De esta forma, la Sociología del Derecho tradicional tan sólo aportaba una reivindicación realista o sociologista de aproximación al Derecho, pero manteniendo el mismo presupuesto descriptivista y acrítico de la Teoría Jurídica. Frente a esto, los desarrollos actuales del Análisis Sociológico de los Sistemas Jurídicos toman en consideración también la dimensión política y la económica del Derecho, así como la valorativa. Desde un punto de vista cognoscitivo y explicativo de las interrelaciones entre Derecho y Sociedad, aquél no puede ser aislado de sus propios contextos socio-políticos y socio-económicos e, incluso, socio-antropológicos, ya que todos ellos forman parte de la dimensión sociológica del Derecho[20].

Todo esto nos lleva, por fin, a la característica -a mi juicio- mas determinante del actual Análisis Sociológico de los Sistemas Jurídicos, cual es la *interdisciplinariedad*. El desarrollo actual de los estudios socio-jurídicos está marcado, no sólo por la inevitable colaboración y el inevitable entendimiento entre juristas y sociólogos -cosa que la Sociología del Derecho tradicional no consiguió-, sino entre juristas y otros investigadores de formaciones académicas diversas (economistas, politólogos, criminólogos, asistentes sociales, antropólogos, psicólogos...). Se trata de que especialistas de disciplinas científicas y académicas diversas trabajen conjuntamente por un

---

[19] Esta tesis de la *indeterminación* tuvo una especial aplicación, por parte de los *Critical Legal Studies,* en el ámbito del Derecho Constitucional, habida cuenta del carácter político que tiene la Corte Suprema en los Estados Unidos. Cfr. al respecto, Mark Tushnet, *Critical Legal Studies* y *Derecho Constitucional,* en «No hay Derecho», año IV, n.º 9. 1993, págs. 32-33.

[20] Cfr. Franz von Benda-Beckmann, *Unterwerfung oder Distanz: Rechtssoziologie, Rechtsanthropologie und Rechtspluralismus aus rechtsanthropologischer Sicht,* en «Zeitschrift für Rechtssoziologie», n.º 1/1991, pág. 96-119.

proyecto científico común, cual es: el estudio e investigación empírica de las relaciones entre Derecho y Sociedad, en su sentido más amplio. Evidentemente, este planteamiento tiene una premisa importante, que consiste en superar las viejas controversias entre juristas y sociólogos en torno a cuál debe ser el *objeto* de conocimiento de la Sociología del Derecho, puesto que ya hemos visto cómo a lo largo de los años ni unos ni otros han conseguido llegar a un punto de acuerdo. Nada merma el interés científico ni la legitimidad de las investigaciones socio-jurídicas, el reconocer que esta Sociología del Derecho «renovada», que proponemos, no tiene un objeto de conocimiento propio e independiente, incluso ni siquiera tiene una metodología propia e independiente. El actual Análisis Sociológico de los Sistemas Jurídicos ni se ocupa sólo de comportamientos u organizaciones sociales, ni sólo de instituciones jurídicas y operadores jurídicos, sino de todo lo que forma parte del sistema jurídico en su totalidad, considerado en relación con su contexto sociológico. Se trata de contribuir, por tanto, a la realización de ese proyecto científico común, consistente en las investigaciones y estudios socio-empíricos de los sistemas jurídicos, desde un punto de vista *constructivista*.

Por último, el actual Análisis Sociológico de los Sistemas Jurídicos, con las características hasta ahora señaladas, debería -a mi juicio- constituirse como un análisis *permanentemente crítico* del funcionamiento interno de los sistemas jurídicos, que contribuya a conseguir una cada vez más armónica relación entre las reglas y técnicas jurídicas y las exigencias de la totalidad de la sociedad. De esta manera, se recupera, junto a las ya tradicionales funciones cognoscitivas e instrumentales de la Sociología del Derecho, la función *crítica* de la misma, que fue propuesta y defendida por los movimientos críticos del Derecho, tanto en Europa (Escuela de Frankfurt y la corriente de la Kritische Rechtssoziologie) como en los Estados Unidos (Critical Legal Studies) desde la década de los años setenta.

DOXA 15-16 (1994)

POLÍTICA CRIMINAL Y DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL EN LA REPÚBLICA DE WEIMAR

La República de Weimar tuvo una doble repercusión en el Derecho penal de su tiempo. Por un lado, llevó a cabo una revisión del Derecho penal anterior a la Primera Guerra Mundial, modificando en profundidad la pena de multa, creando un Derecho penal especial para jóvenes delincuentes, reformando el sistema penitenciario e introduciendo la cancelación de antecedentes penales para conseguir la rehabilitación del delincuente[1]. Muy importantes fueron también los trabajos en pro de una reforma total del Derecho penal, que cuajaron en una serie de proyectos de Código penal: el de 1919, que no era más que una reelaboración del de 1913; el de 1922, obra del entonces ministro de Justicia Gustav Radbruch, que acogía los postulados de la Escuela Moderna de von Liszt; el de 1925, el de 1927 y el de 1930, este último elaborado por una comisión parlamentaria bajo la presidencia de otro penalista, W. Kahl[2]. Ninguno de ellos llegó a convertirse en Código penal, aunque sí influyeron en reformas posteriores y alguno de ellos, como el de Radbruch de 1922, constituyera la base de los movimientos progresistas de reforma penal en Alemania que cuajaron en el Proyecto Alternativo de 1966[3].

---

[1] Sobre las reformas penales habidas durante la República de Weimar informa cualquier Manual o Tratado de Derecho penal alemán: véase, por ejemplo, entre los traducidos al castellano, Jescheck, *Tratado de Derecho penal,* traducción de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1982, vol. 1, pág. 138; y entre los más recientes, Roxin, Strafrecht, 1992. pág. 58.

[2] Sobre los Proyectos de Código penal habidos en la República de Weimar, véase, además de la exposición resumida de los Tratados de Jescheck y Roxin citados en la nota 1, especialmente el trabajo dactilografiado de Lieselotte Jelowick, *Zur Geschichte der Strafrechtsreform in der Weimarer Republik,* Halle (Saale) 1983, quien, desde la perspectiva de la entonces República Democrática Alemana, ofrece una visión bastante crítica y negativa de estos Proyectos.

[3] En este sentido, vease, por ejemplo, los trabajos de Arthur Kaufmann y Jürgen Baumann, en *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch,* Göttingen, 1968.

Por otro lado, la Ciencia alemana del Derecho penal alcanzó en aquella época su punto álgido, elevando a las más altas cotas de elaboración intelectual la estructura dogmática de la teoría del delito, cuyas bases habían sentado ya a principios de siglo Von Liszt y Beling[4]. Nombres como los de Radbruch, M. E. Mayer, o Mezger, aplicando una metodología propia de las ciencias del espíritu, en la línea marcada ya por la Escuela sudoccidental alemana del neokantismo (Windelband, Stammler, Rickert y Lask), elaboraron un sistema de la teoría del delito en el que cada una de sus categorías básicas (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) se referían a valores específicos derivados de los fines del Derecho penal, que el penalista tenía que comprender, y no simplemente observar o describir[5]. El neokantismo, en un intento de superación del concepto positivista de ciencia, trató de fundamentar el carácter científico de la actividad jurídica, distinguiendo entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu[6]. Tanto unas como otras, decían los neokantianos, son auténticas ciencias porque tienen un objeto determinado y un método para investigarlo que les es propio, pero precisamente por eso difieren entre sí. Las ciencias de la naturaleza estudian su objeto desde el punto de vista causal explicativo, y las ciencias del espíritu estudian el suyo empleando un método comprensivo referido al valor. La Ciencia del Derecho se incluye entre estas últimas, porque, en sus esfuerzos por conocer el Derecho positivo, objeto de su investigación, tiene que acudir a una valoración[7].

La influencia de esta corriente filosófica en la Ciencia alemana del Derecho penal de la época de la República de Weimar fue considerable

---

[4] Constituyendo el llamado sistema clásico de la teoría del delito (así. por ejemplo, Jescheck, Tratado cit. nota 1, pág. 274). Una exposición de la evolución de la teoría del delito, a partir de ese momento, se encuentra en cualquier Manual o Tratado de Derecho penal alemán o español; un resumen de la misma y mi propia exposición al respecto en: Muñoz Conde, *Introducción al Derecho penal,* Barcelona, 1975, pág. 168 y ss.; también Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal. Parte General,* Valencia, 1993, págs. 191 y ss.

[5] Véase bibliografía citada en nota anterior e infra, notas 44 a 48.

[6] La distinción se encuentra en Dilthey y es acogida en la filosofía por Rickert, *Ciencia cultural y ciencia natural,* traducción de García Morente y prólogo de Ortega y Gasset, 2.ª ed. 1945, págs. 23 y ss.

[7] El transplante del neokantismo a la ciencia del Derecho lo hizo, según Larenz (*Metodología de la Ciencia del Derecho,* traducción de Gimbernat Ordeig, Barcelona, 1965, pág. 112), Emil Lask. También Gustav Radbruch puede incluirse en esta dirección metodológica (véase por ejemplo su *Filosofía del Derecho,* traducción de Medina Echevarría, Madrid, 1933, y su *Introducción a la Filosofía del Derecho,* traducción de Wenceslao Roces, 4.ª ed., Méjico, 1974). Para una exposición de conjunto del pensamiento de este autor, aparte de los trabajos recogidos en el citado en nota 3, véase Baratta, «Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruclis», en ArchRSPh, 1959, 505. Sobre la influencia del neokantisino en la Ciencia del Derecho penal alemán, véase Baratta, *Positivismo e scienza del diritto penale,* Milán, 1966; Muñoz Conde, *Introducción* cit., págs. 112 y ss.

y supuso un impacto muy beneficioso, al dividir el estudio del delito en dos vertientes distintas con el mismo rango científico: la causal-explicativa (criminológica), por un lado, y la comprensiva-axiológica (dogmática), por otro. La Criminología y la Dogmática quedaban así perfectamente delimitadas, sin supeditarse la una a la otra, manteniendo cada una su importancia y su autonomía. El penalista, liberado del positivismo criminológico que por un momento había amenazado la propia existencia de la elaboración jurídico-dogmática del Derecho penal, podía dedicar sus afanes a la Dogmática jurídico-penal y dentro de ella al perfeccionamiento del sistema de la teoría del delito, verdadero banco de pruebas de todas las elucubraciones en torno a la esencia y fines del Derecho penal. La Criminología, en cambio, quedaba en manos de científicos naturalistas que estudiaban los mismos problemas que los juristas desde puntos de vista y con metodologías diferentes, sociológicas, biopsicológicas, etc.[8]

Pero esta clarificación conceptual, por otra parte tan necesaria, supuso, al mismo tiempo, una separación radical entre ambas formas de considerar los problemas penales. De ahora en adelante, Criminología y Dogmática jurídico-penal van a marchar cada una por su lado, sin relación entre sí, como dos mundos distintos, hablando incluso distintos idiomas. La separación entre el ser y el valor, entre las esferas ontológica y axiológica, condujo paradójicamente a la Ciencia alemana del Derecho penal en la época de la República de Weimar a una esquizofrenia científica que repercutió luego en la actitud que muchos de los penalistas de la época adoptaron frente al régimen nacionalsocialista, al que no sólo miraron con simpatía, sino también abiertamente apoyaron con sus teorías y elucubraciones dogmáticas. Un ejemplo representativo de esta actitud puede ser el caso de Edmundo Mezger, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Munich, cuyo *Tratado de Derecho penal* (1.ª ed. 1930) es una de las obras más acabadas de la Dogmática jurídico-penal de aquella época, acogiendo los postulados teóricos y filosóficos del neokantismo y de las más puras esencias de la Ciencia jurídica tradicional alemana, y que, sin embargo, posteriormente, en la época nazi no tuvo empacho, no sólo en colaborar con la reforma penal puesta en marcha por el régimen nacional socialista, sino en dar cobertura pretendidamente científica a leyes represivas de carácter racista y a todo un sistema basado en la superioridad de la raza ada y la pureza de la sangre[9]. Pero ésta no fue sólo una característica

[8] Sobre esta concepción dualista de la Ciencia del Derecho penal, véase Muñoz Conde, *Introducción* cit.. págs. 101 y ss.

[9] Cfr., por ejemplo, su *Kriminalpolitik und ihre kriminologischen Grundlagen,* 1934 (hay traducción española de Rodríguez Muñoz, con el título de *Criminología,* 1942).

de algunos penalistas ya importantes en la época de la República de Weimar, sino también de algunos más jóvenes que comenzaron a destacar ya en pleno período nazi, aunque su formación jurídica y filosófica tuvieran su origen en la etapa anterior. Valga de cita el caso de Hans Welzel, el creador de la teoría final de la acción, que sin haber incidido directamente, como Mezger, en la configuración del Derecho penal nacionalsocialista, desarrolló ya en aquella época una concepción teórica del sistema del Derecho penal mucho más afín a la ideología nazi que la del propio Mezger[10].

Naturalmente hubo también penalistas en la época de la República de Weimar que no sólo no cooperaron posteriormente con el régimen nazi, sino que se opusieron abiertamente a él, hasta el punto de ser perseguidos o tener que abandonar el país. Valga de ejemplo el caso de Gustav Radbruch, el antiguo ministro de Justicia y autor del Proyecto de 1922, que fue expulsado de su cátedra de Derecho penal en la Universidad de Heidelberg por las autoridades académicas del régimen nazi. Sin embargo, y curiosamente, la influencia de las ideas de Radbruch, igual que las de otro gran penalista y filósofo del Derecho, M. E. Mayer, no fue tan importante en el Derecho penal como en la Filosofía del Derecho, mientras que la de los otros dos penalistas citados anteriormente, Mezger y Welzel, no sólo fue y es importante en la Dogmática jurídico-penal alemana, sino en la de otros muchos países, como es el caso de España, en donde ya incluso antes de la Guerra Civil (1936-39) se produjo una recepción de las elucubraciones dogmáticas producidas en Alemania en los años veinte.

Ya en 1931, Luis Jiménez de Asúa, catedrático de Derecho penal en la Universidad de Madrid y uno de los penalistas mejor informados en su época de todas las tendencias y corrientes metodológicas del Derecho penal, pronunció su lección inaugural del curso 1931-32 sobre la «Teoría jurídica del Delito», en la que se hacía eco de las más recientes aportaciones de la Dogmática jurídico-penal alemana, proponiendo un sistema y una metodología para el estudio de la teoría del delito muy similar a los dominantes en ese momento en Alemania[11]. Hasta tal punto quedó impresionado por las aportaciones

---

[10] Véase, por ejemplo, Frommel, *Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción,* traducción de Muñoz Conde, ADP, 1989; también Winfried Hassemer, *La Ciencia jurídico penal en la República Federal de Alemania,* traducción de Hormazábal Malarée, ADP 1993, pág. 44.

[11] Véase Jiménez de Asúa, *Teoría jurídica del delito,* 1931. Precisamente sobre estas bases redactó años después su monumental e incompleto *Tratado de Derecho penal,* siete volúmenes que han alcanzado diversas ediciones, apareciendo en Buenos Aires durante el exilio del citado autor en Argentina, entre 1950 y 1970.

de la Dogmática alemana del Derecho penal de la época que mandó a diversos discípulos suyos a estudiar temas como la tipicidad (Ballvé) o la antijuridicidad (Guallart) a Alemania, e hizo que otro discípulo, el más destacado, José Arturo Rodríguez Muñoz, tradujera en 1935 la segunda edición del Tratado de Mezger de 1933, a la que además añadió valiosas notas que pueden considerarse como el inicio de la Dogmática jurídico-penal en España[12]. Es curioso y digno de mencionarse que Jiménez de Asúa asumiera con tanto entusiasmo esta nueva orientación, que después desarrollaría y ampliaría en los diversos volúmenes de su monumental Tratado que publicó en el exilio, ya que, aunque formado en Alemania en el seminario de Derecho penal que dirigía en Berlín a principios de siglo Franz von Liszt, cuyo Tratado de Derecho penal también vertió al español[13], se había inclinado más hasta ese momento por la orientación sociológica y político-criminal del maestro berlinés e incluso por el positivismo sociológico de Ferri en Italia, que por la Dogmática jurídica. Y ello es tanto más destacable, cuanto Jiménez de Asúa era miembro importante del Partido Socialista Obrero Español y fue uno de los penalistas más influyentes en la reforma penal de la 2ª República española, de cuya Constitución, inspirada en gran parte en la de la República de Weimar, fue uno de sus principales redactores. Parece, pues, paradójico que acogiera con tanto entusiasmo un planteamiento jurídico más bien conservador o propugnado por juristas claramente conservadores. Pero igual que decíamos antes respecto a Radbruch, la orientación dogmática común con muchos juristas conservadores no le impedía mantener su coherencia ideológica que, igual que en el caso del filósofo alemán, le llevó al exilio, donde murió treinta y dos años más tarde sin haber podido regresar nunca más a su patria[14].

Mientras tanto, la Dogmática jurídico-penal, de la mano de la traducción del Tratado de Mezger y de los discípulos de Jiménez de Asúa, Rodríguez Muñoz y Juan del Rosal, floreció en la España de la posguerra, consolidando una teoría del delito de corte causalista, en la que se inspiró el Tratado de Antón Oneca[15], y en cierto modo

---

[12] Véase Mezger, *Tratado de Derecho penal,* traducción y notas de Rodríguez Muñoz, dos volúmenes, 1.ª ed., 1935.

[13] Véase Von Liszt, *Tratado de derecho penal,* traducción de Quintiliano Saldaña y Jiménez de Asúa, tres volúmenes, Madrid.

[14] Para una valoración global de la obra de Jiménez de Asúa, véase las diversas contribuciones contenidas en el homenaje que se le tributó en 1985 en la Universidad Complutense (publicado en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* número monográfico 11, 1986).

[15] Antón Oneca, *Derecho Penal*, 2.ª ed., Madrid, 1986 (1.ª ed. 1949).

los de Cuello Calón[16], Del Rosal[17] y Rodríguez Devesa[18], que dominaron el panorama jurídico-penal español en los años 50 y 60. Sólo a partir de los años 60, con la traducción del Tratado de Maurach por Córdoba Roda[19] y del Nuevo sistema del Derecho penal de Welzel por Cerezo Mir[20], se va introduciendo en la dogmática jurídico-penal española el sistema de la teoría final de la acción y la polémica entre los partidarios de ésta y los de la tradicional concepción causal de la acción de E. Mezger, reproduciendo en España una polémica que había surgido en Alemania tras la Segunda Guerra Mundial y que había servido, aparte de sus indudables repercusiones en el perfeccionamiento del sistema de la teoría del delito, de pretexto para marginar, consciente o inconscientemente, los grandes problemas político-criminales que se habían puesto de relieve con la reforma penal inconclusa de la República de Weimar.

No fue hasta los años 70, y coincidiendo con el final de la larga dictadura franquista, cuando en la Ciencia penal española volvieron a plantearse cuestiones que ya se habían planteado en la República de Weimar y que incluso en Alemania habían quedado pospuestas hasta mediados de los años 60, por razones ideológicas evidentes. E igual que en el Romance del Cid, se puede decir que el espíritu liberal y democrático que, en sus orígenes, tuvo la República de Weimar ha ganado sus mejores batallas, tanto en Alemania como en España, mucho después de la desaparición de dicho régimen político, demostrando que las ideas básicas que inspiraron sus proyectos de reforma del Derecho penal siguen vigentes y, en cierto modo, muchas de ellas todavía sin realizar[21].

---

[16] Cuelo Calón, *Derecho penal,* Parte General, varias ediciones que van desde la primera de 1926, hasta la 18ª de 1980 (también es autor de una parte especial, que llegó hasta la 14ª ed. en 1975).

[17] Del Rosal, discípulo directo de Jiménez de Asúa, estudió en los años 30 en Alemania, publicando después de la Guerra Civil varias obras generales, entre las que destaca su Tratado de derecho penal, vol. 1 (1968), vol. 2 (1973).

[18] Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español,* Parte General, 1.ª ed. 1969 (hay 16.ª ed., puesta al día por Serrano Gómez). También es autor de una Parte Especial (1.ª ed. en un solo volumen, 1965; hay 16.ª ed., 1993. puesta al día por Serrano Gómez).

[19] Maurach, *Tratado de derecho penal,* traducción y notas de Córdoba Roda, dos volúmenes, Barcelona, 1962.

[20] Welzel, *Un nuevo sistema del derecho penal,* traducción y notas de Cerezo Mir, Madrid, 1966.

[21] En España estas propuestas (eliminación de las penas privativas de libertad de corta duración, configuración de la multa conforme al sistema de las cuotas-multa, introducción del sistema vicarial en la relación entre penas y medidas, etc.) no empezaron a ser acogidas hasta el advenimiento del régimen democrático, a partir de la muerte del dictador General Franco (20 de noviembre de 1975), cuajando algunas de ellas ya en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980, y en los sucesi-

Dentro de las muchas aportaciones que la Ciencia alemana del Derecho penal de la República de Weimar hizo a la Política criminal y a la Dogmática jurídico-penal, me voy a ocupar fundamentalmente del tratamiento de los delincuentes habituales y del concepto de culpabilidad, ya que los planteamientos que entonces se hicieron de estas cuestiones han influenciado en gran manera la evolución posterior de la Política criminal y la Dogmática jurídico-penal tanto en Alemania como en España, y porque, además, reflejan del modo más contundente las contradicciones del Derecho penal y del modelo democrático liberal burgués del Estado de Derecho que sirvió de base a la República de Weimar.

A) Una de las aportaciones más significativas de los Proyectos de Código penal habidos en la República de Weimar al Derecho penal posterior fue, sin duda, la regulación unitaria de las medidas de seguridad posdelictuales, entronizando un sistema dualista o de doble reacción sancionatoria; frente al autor del delito culpable la consecuencia principal es la pena; frente al autor del delito, culpable o inculpable, pero peligroso, la medida de seguridad, aplicada conjuntamente o como sustitutivo de la pena.

Con ello procura darse, a grosso modo, respuesta a los tres tipos de delincuentes en base a los cuales había cuarenta años antes diseñado Von Liszt su sistema de sanciones penales[22]; la pena, simplemente intimidatoria o admonitoria para el delincuente ocasional; la medida de seguridad y corrección para el delincuente peligroso pero

---

vos: Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983, Proyecto de Código penal de 1994. En Alemania la reforma penal de la posguerra no comenzó realmente hasta los años 60, en los que el Proyecto oficial de 1962 fue seguido en 1966 por un Proyecto Alternativo de un grupo de Profesores de Derecho penal que en buena parte acogieron los postulados de Von Liszt y Gustav Radbruch.

[22] Véase Von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht,* publicado originariamente en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, III, 1882, pág. 1 y ss. (recogido luego en sus *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze,* tomo I, Berlín 1905. págs. 126 y ss., reimpresión de 1970, que es por donde se cita). Hay traducción española de Enrique Aimone Gibson, con revisión técnica y prólogo de Manuel de Rivacoba, acompañada de un trabajo de Jiménez de Asúa sobre Von Liszt, aparecida en Valparaíso (Chile), 1984, con el título *La idea de fin en el Derecho penal.* Sobre la influencia de Von Liszt en la reforma penal alemana de los años sesenta y concretamente sobre el Proyecto Alternativo de 1966, véase el trabajo de Roxin, «Franz Von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo», en *Problemas básicos del Derecho penal,* traducción de Luzón Peña, Madrid, 1976, págs. 37 y ss. (publicado originariamente en el número dedicado a Von Liszt en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 81 (1969), págs. 613 y ss.). De la extensa bibliografía existente sobre el pensamiento de Von Liszt, me remito especialmente al trabajo de Monika Frommel, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion,* Berlín, 1987, págs. 17 y ss.

corregible; la complementación de la pena por la medida hasta convertirla en una especie de pena indeterminada para el delincuente peligroso incorregible.

Sin embargo, este sistema de medidas de seguridad que, con más o menos variantes, se acoge en los Proyectos de 1922, 1925, 1927 y 1930, no se convirtió en Derecho vigente hasta 1933, en pleno período nazi, con la Ley sobre el delincuente habitual de 29-11-1933, que lo introdujo en el Código penal. Es curioso que, cuando se habla de esta Ley, todo el mundo en Alemania procura destacar que su elaboración y los trabajos preparatorios a la misma se llevaron a cabo en el período anterior, es decir, en la República de Weimar. No se sabe muy bien si ello se debe a un intento de desactivar el abuso que de la misma se hizo en el período nazi o, sibilinamente, para indicar que muchas de las ideas que fructificaron en este período se habían incubado ya en la etapa anterior. Sea por una u otra razón, lo cierto es que, por ejemplo, en el Proyecto de Radbruch las medidas ocupaban ya un lugar importante (parágrafos 42 a 62) y, como destaca el propio Radbruch, no tanto para dar respuesta al necesario control de los inimputables o semiinimputables que, por sus anomalías mentales, requerían del ordenado tratamiento y aseguramiento de su peligrosidad, sino para dar respuesta a una de las preocupaciones que ya Von Liszt había señalado como una de las tareas político-criminales más urgentes de realizar: el control de los delincuentes habituales, por tendencia, reincidentes.

Conocidas son las duras palabras que tan ilustre penalista, calificado como «liberal de izquierdas»[23], maestro de Radbruch y de Jiménez de Asúa, dedicó a este tipo de delincuentes en su Programa de Marburgo de 1882:

> «Tal como un miembro enfermo envenena todo el organismo, así el cáncer de los cada vez con mayor rapidez crecientes delincuentes habituales penetra en nuestra vida social (...). Se trata de un miembro, pero del más importante y peligroso, en esa cadena de fenómenos sociales patológicos que acostumbramos a llamar con el nombre global de proletariado. Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, estafadores y gentes del mundo galante en el más amplio sentido de la palabra, degenerados psíquicos y físicos. Todos ellos forman un ejército de enemigos básicos del orden social, en el que los delincuentes habituales constituyen su Estado Mayor»[24].

---

[23] La expresión es de Calvi, en el prólogo a la edición italiana de la obra de Von Liszt, citada en nota anterior (véase el prólogo de Rivacoba citado en nota anterior, págs. 12 y ss.

[24] Von Liszt, *Straf. Vorträge* citado en nota 22, I, pág. 167.

Como solución penal para este tipo de delincuentes, Von Liszt propone:

> «La prisión perpetua o, en su caso, de duración indeterminada, en campos de trabajo, en «servidumbre penal», con estricta obligación de trabajar y con el máximo aprovechamiento posible de la fuerza de trabajo; sin excluir como pena disciplinaria la pena de azotes, y con la consiguiente pérdida obligatoria y duradera de los derechos civiles y políticos, para marcar el carácter deshonroso de la pena. El aislamiento individual sólo operaría como sanción disciplinaria, en celda oscura y con estricto ayuno»[25].

Naturalmente, con este tipo de sanciones penales, la pena de muerte es para Von Liszt innecesaria: «una vez que los incorregibles son inocuizados, la pena de muerte es superflua»[26].

No menos duras fueron las palabras que dedicó a este problema el otro gran penalista alemán de finales del siglo XIX y principios del XX, Karl Binding. Sabido es que este autor no era partidario de la pena indeterminada que proponía Von Liszt para los delincuentes habituales. Como representante cualificado de un Derecho penal retribucionista, de una concepción de la pena desprovista de todo fin preventivo, rechazaba que ésta se rebajase al nivel de una simple medida de seguridad:

> «La pena es otra cosa, algo y más noble -decía Binding-. Lo que hay que hacer es configurarla de un modo más contundente contra la «reincidencia criminal» y utilizarla como forma de inocuización de la «ralea» criminal, agravándola incluso, si hiciera falta, en caso de reincidencia hasta la prisión perpetua o la pena de muerte»[27].

Como se ve, las diferencias entre ambos autores, que dieron lugar a la famosa «lucha de Escuelas», eran más nominalistas que de contenido. Lo que Von Liszt pretendía con su tipología de autores era la «inocuización» de los que consideraba incorregibles; lo que Binding defendía con su Derecho penal retributivo era exactamente lo mismo, pero exasperando la gravedad de la pena, basando la más contundente reacción penal (prisión perpetua o incluso la

---

[25] Von Liszt, ebenda, pág. 170.

[26] Von Liszt, ebenda, pág. 173.

[27] Binding, Prólogo a su *Grundriss des Strafrechts,* AT, 1906. Sobre Binding y la «lucha de escuelas», puede verse la obra de Frommel citada en nota 22, y Kögler, *Die zeitliche Unbestimmheit der freiheitsentziehender Sanktionen des Strafrechts,* Frankfurt am Main, 1988, pág. 38.

pena de muerte) en una mayor culpabilidad del sujeto o en ideas abstractas de nobleza y exaltación del concepto de pena. Pero la finalidad última es en ambos autores la misma y, por lo demás, bastante clara.

Y si todo ello se había propuesto por los más cualificados penalistas del momento, en pleno período de expansionismo militar, económico y político del Segundo Imperio Alemán, con Bismarck a la cabeza, puede imaginarse lo que pensarían al respecto los penalistas y políticos reaccionarios o más conservadores cuarenta años después, tras la humillante derrota alemana de la Primera Guerra Mundial y el no menos humillante Tratado de Versalles, con un país arruinado, con millones de desempleados y con un aumento de la criminalidad hasta entonces inimaginable en la muy civilizada y disciplinada Alemania del Canciller de Hierro y del Emperador Guillermo II. Por eso, no es extraño que el propio Radbruch, miembro del Partido Socialdemocrático, ministro de Justicia en 1922 con el Canciller Wirth, se viera obligado a dar una respuesta que podemos calificar de ecléctica a este problema en su famoso Proyecto, en una línea que ya había sido más o menos claramente acogida en los Proyectos anteriores, siguiendo en esto la propuesta que había hecho el suizo Carl Stoos en su Anteproyecto de 1896, es decir, el famoso dualismo o sistema de doble vía. A este respecto dice Radbruch en la Fundamentación de su Proyecto[28]:

> «El Proyecto propone una contundente intervención contra la delincuencia habitual, aún mayor contra la profesional, que, como consecuencia de la guerra, ha adoptado las formas más amenazantes. Quien, por su repetida reincidencia, se convierte en un delincuente habitual peligroso para la seguridad pública, puede ser castigado en el Proyecto con severas penas de prisión que pueden llegar, en caso de delitos menos graves, a cinco años y, en caso de delitos graves, hasta los quince años.
>
> Aquí se prevé, por tanto, un marco penal especial contra una determinada clase de personas, sin consideración a la clase de delito; en la medición de la pena el hecho retrocede completamente ante el autor. Pero el Proyecto no se da por satisfecho con esta agravación, aunque limitada, de la pena, y posibilita que los delincuentes citados en el parágrafo 77, que no son corregidos por la pena de prisión agravada, sean retenidos

[28] *Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches* (1922), publicado en 1952 con un prólogo de Thomas Dehler y una introducción de Eberhard Schmidt, pag. 57.

para seguridad de la sociedad, una vez cumplida la pena, imponiendo un internamiento de seguridad por un tiempo no determinado en un principio (parágrafo 45).

El Proyecto no ha acogido, en cambio, la «sentencia indeterminada». Cuando se impone una pena, la duración de la misma debe determinarse ya en la sentencia. Pero la idea fundamental de la sentencia indeterminada, hacer depender la mayor o menor duración de la pena de prisión del efecto que tenga su ejecución en el condenado, encuentra, sin embargo, suficiente consideración en el Proyecto. El internamiento por tiempo indeterminado que el Proyecto rechaza para las penas encuentra, en cambio, amplia acogida en las medidas de seguridad».

Como bien dice Eberhard Schmidt, en la introducción al Proyecto de Radbruch que se publicó en 1952[29], «la actitud fundamental de una ley sobre el sentido y misión de la pena, se deduce con especial claridad de la posición que adopte en la cuestión de la *relación entre penas y medidas de seguridad*. Especialmente relevante es la respuesta que la ley dé a la cuestión del *delincuente habitual peligroso*». Comprensible es, sin embargo, dice Schmidt, «que frente a este problema central de la Política criminal y la Dogmática jurídico-penal el ministro de Justicia, Radbruch, no podía sentirse tan libre como el intelectual Gustav Radbruch»[30], justificando así, de algún modo, la propuesta del proyecto Radbruch de combinar la agravación de la pena con la custodia de seguridad indeterminada para los delincuentes habituales. De todos modos, como el propio Schmidt advierte, el dualismo extremo a que este sistema conduce es atenuado por el parágrafo 48 del Proyecto que permite el intercambio vicarial entre la pena y la custodia de seguridad: «Si se impone la custodia de seguridad junto con la pena, el Tribunal puede ordenar que la custodia se cumpla en lugar de la pena. En tal caso, el condenado deber permanecer internado en el establecimiento el tiempo que hubiera durado la pena».

Este sistema que, como dice Schmidt, todavía determinó el Proyecto de 1925, fue abandonado en los Proyectos de 1927 y 1930, adoptándose en la definitiva ley de 1933 un estricto dualismo, «tras el cual se oculta la fatal palabrería nacionalsocialista de la función «expiacionista» de la pena, que no podía ser perjudicada por la función de seguridad de la custodia. Pero debe señalarse con toda claridad que el nacional socialismo pervirtió el sentido de la idea de

[29] Véase Introducción de Schmidt citada en nota anterior, pág. XXI.
[30] Schmidt, ebenda, pág. XXII.

expiación, convirtiendo este concepto ético en pantalla de su terror penal»[31].

Una buena prueba de todo ello es el uso que hizo el nacionalsocialismo de esta custodia de seguridad:

«Hasta 1939 se impuso la custodia de seguridad a más de 1.000 personas por término medio al año e incluso en 1938 hubo un día en el que se encontraban sometidas a esta medida casi 4.000 personas»[32]. Según Hellmer[33], entre 1934 y 1942 fueron condenadas a este internamiento de seguridad más de 16.000 personas.

> «Probablemente -dice Monika Frommel[34]- fueron enviadas a campos de concentración, aunque hasta hoy apenas nadie se acuerde de los llamados «criminales» asesinados en esos campos de exterminio, ya que no se les considera víctimas del nacionalsocialismo, ni son identificados como grupo. Ello explica también que esta Ley contra delincuentes habituales no sea considerada ni siquiera hoy como un ejemplo característico de la política criminal nacionalsocialista».

Pero si se recuerdan las palabras de Von Liszt y Binding, se comprenderá por qué se ha dado esa impresión a las generaciones venideras: ciertamente, no hay tantas diferencias entre lo que estos autores decían respecto a los delincuentes habituales y la praxis penal que se llevó a cabo al hilo de estas ideas, treinta o cuarenta años más tarde, por la Justicia nacionalsocialista, sin que las preocupaciones y reservas adoptadas por Radbruch en su Proyecto sirvieran, en algún modo, de freno a la misma. Incluso todavía en los años treinta, la praxis penal nacionalsocialista recibió los refuerzos teóricos del representante del ala derecha de Von Liszt, Franz

---

[31] Schmidt, ebenda, pág, XXXIII, nota 44.

[32] Jescheck, Tratado citado nota 1, pág. 1112, citando a Exner.

[33] Hellmer, *Der Gewonheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1934-1935*, Kiel, 1961. El director de este trabajo de investigación de Hellmer, el prestigioso penalista de Kiel Hellmuth Mayer, dice en su *Strafrechtsreform für heute und morgen,* 1962, pág. 163, nota 13: «No se puede saber ya cuál era el número de los condenados a internamiento de seguridad en 1945. Quizá fueran unos 15.000. Según el escrito de la defensa de los funcionarios ministeriales obligados a cooperar, aproximadamente unos 9.000 internados fueron entregados, de los que unos 8.000 podían haber muerto».

[34] Frommel, «La lucha contra la delincuencia en el Nacionalsocialismo», traducción de Muñoz Conde, en *Estudios penales y criminológicos,* XVI, Santiago de Compostela, 1993, pág. 5 y ss.

Exner[35], y del penalista conservador Edmund Mezger, quien con su teoría de la «culpabilidad por la conducción de vida» legitimó la agravación de pena para los reincidentes[36], además del refuerzo policial que representó el «arresto policial» que se aplicaba por la Gestapo a los «enemigos del pueblo»[37].

No es por eso extraño que un penalista español, también formado en el seminario berlinés de Von Liszt, pero igualmente influenciado por el positivismo criminológico de Ferri, Jiménez de Asúa, pudiera llegar a ser uno de los redactores de un engendro de Ley como fue la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, que, además, como su propio nombre indica, permitía la aplicación de medidas predelictuales a peligrosos sociales, vagos, maleantes, prostitutas, etc., sin exigir la previa comisión de un delito[38]; lo que por cierto ya considero con cierta simpatía Radbruch en la Fundamentación de su Proyecto[39]. No hay que olvidar tampoco la situación política y económico-social de la España republicana de1933, pero no deja de ser un sarcasmo y una advertencia para el futuro que el principal uso de la Ley de Vagos y Maleantes la hiciera el régimen dictatorial de Franco que incluso llegó a «perfeccionarla» con la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970, aún formalmente vigente, mientras que Jiménez de Asúa abjuraba de la misma.

En este sentido, la obra reformadora penal de la República de Weimar, incluso en su vertiente más liberal y progresista en el Proyecto de Código penal de Radbruch, tiene en muchos aspectos el lado negativo del uso que de la misma hizo el nacionalsocialismo, que, como dice Richard Schmidt, «prometió el mantenimiento de lo

---

[35] Exner, *Die Reichskriminalistik von 1934 und die Entwicklung der Kriminalität seit der Nationalen Revolution,* MSchr. Krimbiol., 1938, pág. 336.

[36] Mezger, «Dic Straftat als Ganzes», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft,* 57, 1938, pág. 675 y ss.

[37] Véase Frommel, ob. citada en nota 34, pág. 52 y ss.

[38] Véase Jiménez de Asúa, «La Ley de Vagos y Maleantes, un ensayo legislativo de peligrosidad sin delito», en *Revista General de legislación y Jurisprudencia*, 1933. Este ley fue sustituida, en plena dictadura franquista, por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970, justamente criticada por la doctrina española desde su promulgación, y que aún no ha sido derogada formalmente (véase Muñoz Conde, *Las medidas de seguridad, eficacia y ámbito de aplicación,* en *La Ley,* 1991).

[39] En Entwurf citado en nota 28, pág. 59, atribuyendo a las medidas de seguridad una naturaleza más afín al Derecho administrativo que al penal, tanto cuando son predelictuales, como cuando son posdelictuales. En este sentido. ya se pronunció Octker, fundador de la Asociación Alemana de Derecho penal, quien proponía una estricta separación entre penas y medidas de seguridad, excluyendo éstas del Código penal para regularlas separadamente en un Código de seguridad (véase Octker, «Die deutsche strafrechtliche Gesellschaft», en *Der Gerichtsaal,* tomo 91, 1925. págs. 321 y ss.).

existente, el fortalecimiento del poder estatal y el rechazo del 'sentimentalismo humanitario'»[40].

No es, por eso, extraño que algún autor, como Jellowik, diga que la Política criminal del nacionalsocialismo no supuso realmente una ruptura, sino una continuación de la Política criminal planeada por la burguesía conservadora que finalmente ostentaba el poder en la última etapa de la República de Weimar[41]. Aunque esta afirmación puede parecer exagerada, en todo caso, no cabe duda de que al nacional socialismo le venía muy bien para llevar a cabo su particular Política criminal la fundamentación conservadora y autoritaria que desde los tiempos de Von Liszt se había mantenido como un hilo conductor en los Proyectos de la República de Weimar en relación con el tratamiento de los delincuentes habituales[42]. Curiosamente, fue ésta la primera y casi única reforma penal importante que acometió el nuevo régimen, pareciendo como que, una vez introducida la custodia de seguridad por tiempo indeterminado en el sistema de las sanciones penales, ya no eran urgentes otras reformas que, a buen seguro, auspiciadas por las nuevas tendencias del Derecho penal de autor, hubieran seguido una línea muy similar

---

[40] Prólogo a Nedelmann, Thoss, Bacia, Ammann, *Kritik der Strafrechtsreform,* 2.ª ed., 1969. pág. 9.

[41] Jelowik, ob. citada en nota 2, pág. 43. La tesis de que el nacional socialismo representó una «ruptura» y no una mera modificación de la situación jurídica anterior (mantenida por ejemplo por Eb. Schmidt, Einführung die Geschichte der deutschen Strafrechtpflege, 3.ª ed., pág. 425 y ss.), no es, situada en un contexto político más amplio, tan clara como a primera vista pudiera parecer. Ciertamente, el nacionalsocialismo eliminó todos los obstáculos jurídicos que pudieran oponerse a su política criminal (la admisión de la analogía como fuente del derecho penal es una prueba de ello), prescindiendo completamente de los elementos característicos del Estado de Derecho que sí se mantenían, al menos formalmente, en los Proyectos de la república de Weimar; pero el espíritu conservador autoritario e incluso reaccionario que animaba a muchos de los penalistas de los años 20 encontró rápido acomodo en el período nacional socialista. Así, por ejemplo, formaron parte de la comisión de reforma del Derecho penal nombrada por el Gobierno nacionalsocialista penalistas tan prestigiosos como Mezger, Nagler o Kohlrausch. Y la Asociación alemana de jueces, que durante toda la República de Weimar había hecho gala de su «apoliticismo», saludaba el 19 de marzo de 1933, en nombre de sus 13.000 miembros, al régimen hitleriano, asegurándole que gozaba de su entera confianza (cita tomada de Kühl, *La República de Weimar,* Valencia, 1991, pág. 95). En general, casi todas las instituciones públicas acogieron la venida del régimen nazi con grandes muestras de simpatía y adhesión. Después de todo, el nacionalsocialismo no llegó al poder, como otros fascismos, tras un «golpe de Estado», o fuera de los cauces previstos en la Constitución de Weimar, sino por la propia «autodisolución» de la República de Weimar, cuyos dirigentes en ese momento entregaron el poder a Hitler sin ningún problema (véase Kühl, ob. a. cit., pág. 322 y ss.).

[42] En este sentido, Frommel, ob. citada en nota 34, pág. 47 y ss.

a la ya iniciada con la reforma de 28 de noviembre de 1933. En este sentido, la reforma penal nacionalsocialista fue, por lo menos en sus orígenes, la culminación de la ideología antiliberal y autoritaria que caracterizó a buena parte de los penalistas, jueces y profesores universitarios más importantes en el período de la República de Weimar[43].

B) El contrapeso a este Derecho penal eminentemente represivo que ya el propio Von Liszt había preconizado contra los «enemigos fundamentales del orden social», fue el concepto de culpabilidad, que precisamente recibió su formulación más acabada y profunda de los principales penalistas del período de la República de Weimar.

Ciertamente, fue ésta una época en la que floreció la Dogmática jurídico-penal, revitalizada por el influjo del neokantismo de la Escuela sudoccidental alemana. Las categorías formales ya elaboradas anteriormente de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad fueron rellenadas con contenidos valorativos, dando lugar a lo que se ha dado en llamar la teoría neoclásica del delito[44], en la que a partir del concepto de acción, entendida en su función puramente causal, se iban añadiendo las distintas categorías, cada una con una función y contenido propios. La tajante separación entre lo objetivo (antijuridicidad) y lo subjetivo (culpabilidad) queda atenuada con el descubrimiento de los llamados elementos subjetivos del injusto[45]. La tipicidad pasa de ser una categoría puramente formal, plasmadora del principio de legalidad en la pura descripción del suceso delictivo externo, a constituir un indicio de la antijuridicidad o incluso su propia esencia[46]. Y la antijuridicidad, entendida anteriormente como simple infracción de la norma jurídica, se llena de contenido con el concepto de bien jurídico, cuya lesión o puesta en peligro constituye

---

[43] Véase Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht,* 1975. Un ejemplo característico de las nuevas tendencias autoritarias que irrumpieron en el Derecho penal de aquella época es el libro de Dahm/Schaffstein, *Liberales oder autoritäres Strafrecht,* 1933.

[44] La denominación se encuentra en Jescheck, *Tratado* citado nota 1, pág. 276 y ss.; también en Roxin, *Strafrecht* cit. nota 1, pág. 110.

[45] La existencia de elementos subjetivos en el injusto concebido objetivamente fue constatada ya en 1911 por Fischer y en 1915 por Hegler, pero fue Mezger, «Die subjektiven Unrechtselemente», en *Gereichtssaal*, 89, 1924, págs. 207 y ss., quien más profundizó en la elaboración teórica de tales elementos.

[46] Mientras que en Beling, *Die Lehre vom Verbrechen,* 1906, pág. 23 y ss., la tipicidad no tenía ningún significado valorativo, en M. E. Mayer, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts,* 1992, pág. 10, nota 22, era ya un indicio de la antijuridicidad, y en Mezger, *Tratado* citado nota 12, tomo 1, págs. 375 y ss., la «ratio essendi» de la antijuridicidad (el delito, para él, es la acción típicamente antijurídica).

su esencial[47], dando lugar a una nueva visión de las causas de justificación[48].

Pero es el concepto de culpabilidad, ya previamente elaborado a finales del siglo XIX por los neohegelianos y por Von Liszt, Binding y Merkel, el que recibe un impulso mayor y una configuración más acorde con las tendencias que caracterizaron a la Dogmática jurídico-penal en la República de Weimar[49].

Todavía a comienzos de los años 20 dominaba en la Dogmática jurídico-penal alemana un «concepto psicológico» de culpabilidad que reducía ésta a la simple relación psicológica entre el autor imputable y el hecho por él realizado. Si esta relación era intencional, la culpabilidad era dolosa; si sólo era una relación imprudente, la culpabilidad, menos grave, era culposa. Dolo y culpa eran, pues, dos especies de culpabilidad (Schuldarten) basadas en la previa normalidad psíquica del autor del delito (imputabilidad)[50].

Sistemáticamente, esta concepción de la culpabilidad era una consecuencia de la estricta separación entre el aspecto objetivo y el subjetivo del delito, que constituía la base del sistema clásico de la teoría del delito. Así, mientras todo lo objetivo se incluía en el injusto, es decir, en la tipicidad y la antijuridicidad, lo subjetivo, es decir, la relación psicológica del autor con su hecho más la imputabilidad del autor como presupuesto, se incluía en la culpabilidad.

Ello fue también consecuencia del pensamiento naturalista de finales del siglo XIX, que reducía el ámbito de la Psicología a los fenómenos psíquicos mensurables y puramente descriptivos, excluyendo cualquier tipo de valoración de los mismos[51].

De todo ello se deducía en Derecho penal una consecuencia dogmática ineludible: la exclusión de la responsabilidad por el resultado o responsabilidad puramente objetiva, es

---

[47] El concepto de bien jurídico proviene ya de Birnbaum, quien lo formuló en 1835, pero ya Von Liszt, *Tratado* citado nota 13, tomo II, pág. 324, lo acogió como fundamento de su concepto de antijuridicidad material (lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos), tesis ampliamente desarrollada por Graf zu Dohna, Hegler y Mezger (véase de este último: *Tratado* citado nota 12, tomo I, págs. 398 y ss.

[48] Véase Mezger, *Tratado* citado nota 12, tomo I, pág. 403 y ss. y 412, quien admite ya las «causas supralegales de justificación».

[49] Véase Achenbach, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre,* Berlín, 1974, pág. 133.

[50] Véase Von Liszt, *Tratado* citado en nota 13, vol. II, págs. 375 y ss.

[51] La psicología de la asociación de Herbert, Spencer y Tame pretendía, en efecto, una explicación puramente causal de la conducta, sin tratar de comprender los motivos; críticamente, Dilthey, «Ideen über eine beschreibende und ergliedernded Psichologie», en *Gesammelte Schriften,* tomo V: «Die geistige Welt», 2.ª ed., 1957, pág. 139. Sobre estos planteamientos psicológicos, véase mi libro: *El desistimiento voluntario de consumar el delito,* Barcelona, 1972, págs. 18 y ss.

decir, erradicar del Derecho penal los vestigios del antiguo *versari in re illicita*, excluyendo la culpabilidad (o mejor, las formas de culpabilidad) cuando el resultado no era atribuible a una actuación dolosa o culposa de quien lo había causado. Fue precisamente Radbruch, uno de los máximos representantes del concepto psicológico de culpabilidad, quien llevó a cabo esta idea en su Proyecto de 1922, exigiendo en el parágrafo 15 que, en los delitos cualificados por el resultado, el resultado cualificante cuya producción determina una pena más grave sólo pueda ser imputado cuando haya sido causado al menos imprudentemente. Una exigencia que sólo se convirtió en Derecho vigente en Alemania con una reforma de 1953 (actual parágrafo 18 StGB), y en España, tras la reforma de 1983 (arts. 1 y 6 bis b del vigente Código penal).

Pero no es esta aportación, con ser fundamental, la que más caracteriza el concepto de culpabilidad desarrollado por la Dogmática jurídico-penal alemana en la época de la República de Weimar. Ya en 1907 había destacado Reinhard Frank que la culpabilidad es más que la imputabilidad y el dolo o la culpa, ya que en la valoración jurídica de la acción igualmente pueden ser relevantes las circunstancias concomitantes que, por ejemplo, explican por qué puede ser absuelto quien actúa en estado de necesidad, aunque sea imputable y sepa lo que hace, es decir, actúe con dolo. La culpabilidad, decía Frank, es más que eso; para declarar a alguien culpable por el hecho delictivo cometido es necesaria la «reprochabilidad» de la acción; sólo teniendo en cuenta estos tres elementos: imputabilidad, dolo o culpa y circunstancias concomitantes, puede formularse un juicio global de reproche al autor por lo que ha hecho[52].

Esta conversión del concepto de culpabilidad en un juicio de reproche y, por tanto, en un concepto normativo, determinó la evolución posterior, ya en pleno apogeo de la Filosofía valorativa neokantiana en la Dogmática jurídico-penal de los años veinte, y abrió las puertas a una de las teorías más características de aquella época: la teoría de la no exigibilidad.

Fue Berthold Freudenthal quien en 1922 habló por primera vez de la no exigibilidad como el verdadero fundamento del concepto de culpabilidad: «Si ésta supone siempre una desaprobación que se hace al autor del delito por haberse comportado así, mientras que podía y debía hacerlo de otra manera, el hecho no podrá reprochársele cuando, teniendo en cuenta las circunstancias concomitantes en el caso concreto, no podía exigírsele un comportamiento distinto al que llevó a cabo»[53].

---

[52] Véase Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffes,* Giessen, 1907, pág. 4.
[53] Véase Freudenthal, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht,* Tubinga, 1922.

Tras esta teoría estaba la grave situación económica y social que tenían que soportar las masas trabajadoras en aquella época. El mismo Freudenthal no se recata de decir que con su teoría se podía absolver a gente como la comadrona que inscribía los niños nacidos en días de fiesta como nacidos en días laborales, para que sus padres, mineros de la Cuenca del Ruhr, tuvieran un día de asueto pagado; o el viajante de comercio que, ante la tacañería de la firma que representa, se ve obligado a quedarse con dinero para poder atender los gastos de viaje que realiza por cuenta de la misma y no perder el puesto de trabajo; o el de la joven siciliana que mata a su tío que la ha deshonrado para evitar que su marido se entere[54]. Ya anteriormente el Reichsgericht (RGSt. 30, 25 ss.) había absuelto al cochero que, siguiendo las órdenes de su amo, para no perder el puesto de trabajo, enganchó en el carro a una yegua con tendencia a desbocarse, que, efectivamente, atropelló e hirió gravemente a un peatón.

La teoría de Freudenthal pronto fue criticada por los penalistas más conservadores[55], que aludían al debilitamiento de la prevención general y a la inseguridad jurídica que producía. Pero fueron sobre todo los penalistas afines al nacionalsocialismo los que la rechazaron con especial contundencia, viendo en ella «un producto de la Ciencia liberal del derecho penal incompatible con la pretensión de disponibilidad total del Estado nacionalsocialista sobre todos sus ciudadanos»[56] y un «quebrantamiento de los huesos del Derecho penal»[57]. Sin embargo, en una versión más objetivizada y generalizadora de Goldschmidt y Eberhart Schmidt[58] y convertida posteriormente en un principio regulativo general[59], la teoría de Freudenthal ha llegado hasta nuestros días y ocupa un puesto importante en la moderna concepción de la culpabilidad, tanto en Alemania como en España[60].

También el conocimiento de la antijuridicidad como elemento

---

[54] Freudenthal, ebenda, pág. 18 y ss.

[55] Véase sobre todo la recensión a la monografía de Freudenthal hecha por Liepmann, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 43, 1922, págs. 710-713. Además: Grosmann, *Die Grenzen von Vorstatz und Fährlässigkeit,* Hamburgo, 1924, págs. 8 y ss.; Schumacher, *Um das Wesen der Strafrechtsschuld,* 1927, págs. 69 y ss.; Hirschberg, *Schuldbegriff und adäquate Kausalität,* Breslau, 1928, pág. 18.

[56] Schaffstein, *Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschliesungsgrund,* Leipzig,1933, págs. 25 y ss.

[57] Reproche global que los penalistas afines al nacionalsocialismo hacían del Derecho penal liberal: véase Dahn/Schaffstein, ob. citada en nota 43. Sobre estas críticas, véase Achenbach, ob. citada en nota 49, págs. 155 y ss.

[58] Véase Achenbach, ob. citada en nota 43, págs. 145 y ss.

[59] Tesis de Henkel, en Mezger-Festschrift, 1954, págs. 260 y ss.

[60] En España, aunque fue originariamente rechazada por Rodríguez Muñoz en sus notas al *Tratado* de Mezger, citado en nota 12, tomo II, pág. 217, fue posteriormente acogida a partir de la monografía de Sainz Cantero, *La exigibilidad de con-*

del dolo o de la culpabilidad y, por tanto, la relevancia del error de derecho, o en terminología más moderna error de prohibición, como causa de exención o de atenuación de la responsabilidad penal, puede considerarse hoy como una de las aportaciones características de la Dogmática jurídico-penal alemana de la República de Weimar. Frente a una jurisprudencia del Reichsgericht aferrada al principio «error iuris nocet» y que, por tanto, consideraba irrelevante el desconocimiento de la antijuridicidad, la doctrina alemana, sobre todo a partir de Binding[61], mantenía que el conocimiento de la significación antijurídica de los hechos era también un elemento integrante del concepto de dolo, concediendo al error sobre la antijuridicidad la misma importancia que al error sobre los hechos, es decir, la exclusión de la imputación dolosa y la posibilidad de castigar, en su caso, por delito culposo, si el error se debía a culpa o negligencia del sujeto.

Frente a esta concepción doctrinal, que luego se llamaría «teoría del dolo»[62], se fue elaborando en los años veinte otra teoría, «la de la culpabilidad», que consideraba también el conocimiento de la antijuridicidad como un elemento de la culpabilidad, pero dándole una significación autónoma y separada del dolo[63]. Para esta teoría de la

---

ducta adecuada a la norma en Derecho penal, Granada, 1965. Actualmente, es asumida como uno de los elementos del concepto de culpabilidad; véase Muñoz Conde-García Arán, *Derecho penal*, Parte General, Valencia, 1933. págs. 350 y ss. También en Alemania, la doctrina dominante acoge la exigibilidad como elemento de la culpabilidad, si bien con matizaciones a la teoría originaria, y reservándola para algunos casos de delitos culposos y omisivos; así, por ejemplo, Jescheck, *Tratado* citado en nota 1, pág. 658; Roxin, ob. citada en nota 1, pág. 539. Más amplia acogida tiene en Jakobs, Strafrecht, AT, 2.ª ed., 1991, quien, sin embargo, se muestra escéptico respecto a la posibilidad de una cláusula general de inexigibilidad como causa de exculpación (pág. 590 ss.). También Achenbach, *«Wiederbelebung der allgemeinen Nichtszumutbarkeitsklausel im Strafrecht?»*, en JR 1975, págs. 492 y ss., se muestra contrario a derivar directamente de la Constitución una «causa general de exculpación por inexigibilidad», rechazando la propuesta en este sentido de Lücke, Jr 1975, págs. 35 y ss. y Witting, JZ 1969, págs. 546 y ss. Sin embargo, el problema se vuelve a plantear en los casos de delincuentes por convicción, insumisos, manifestantes pacíficos, etc., que infringen leyes ampliamente cuestionadas en muchos sectores sociales; para más detalles, véase Muñoz Conde, «El delincuente por convicción en Derecho penal», Homenaje a Roxin, Barcelona, 1994 (inédito).

[61] Binding, *Die Normen und ihre Übertretung,* tomo II, reimpresión de la 2.ª ed. de Leipzig 1916, 1965, pág. 940, 955.

[62] En su versión estricta, defendida sobre todo por Binding, Nagler y originariamente por Mezger, sigue siendo defendida en Alemania por un sector minoritario, representado sobre todo por Schmidhäuser, *Strafrecht,* AT, 1.ª ed., 1972, pág. 327. Véase también Schmidhäuser, «Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewusstseins», en *Festschrift für Hellmuth Mayer,* 1966, págs. 331 y ss.; el mismo, «Unrechtsbewusstsein und Schuldgrundsatz», JZ 1975, págs. 1.087 y ss.; el mismo, «Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz», JZ 1979, págs. 361 y ss.

[63] Ya en 1989 había destacado Adolf Merkel la posibilidad del conocimiento de la infracción del deber como un elemento autónomo de la culpabilidad (véase

culpabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad no tenía el mismo significado que el conocimiento de los hechos característicos del dolo; mientras que en la teoría del dolo el conocimiento de la antijuridicidad tenía que ser un conocimiento actual (igual que el de los hechos), para la teoría de la culpabilidad el conocimiento de la antijuridicidad era más bien un conocimiento de tipo virtual: basta con que el sujeto hubiera podido conocer la antijuridicidad de su hecho. Para la teoría de la culpabilidad, si el desconocimiento de la antijuridicidad se debe a un error invencible, queda excluida la culpabilidad, pero si el error es vencible, la culpabilidad queda atenuada, subsistiendo la imputación dolosa (limitada al conocimiento y voluntad de los hechos), sin transformarse en imprudencia.

Detrás de estas elucubraciones dogmáticas, aparentemente sólo teóricas, había, sin embargo, un importante problema político-criminal que resolver: ¿hasta qué punto y dentro de qué límites había que darle relevancia al error de prohibición? Frente a la posición tradicional del Reichsgericht, de irrelevancia absoluta del error de derecho, por lo menos del error sobre las normas penales (otra cosa empezó a admitirse para el error de derecho extrapenal[64]), la doctrina venía exigiendo, por razones estrictamente dogmáticas, en coherencia con el concepto de dolo o de culpabilidad que estaba desarrollando, el conocimiento de la antijuridicidad como presupuesto de la pena. El problema era, sin embargo, que si ese conocimiento se incluía en el concepto de dolo se le tenía que equiparar necesariamente con el conocimiento de los hechos, teniendo, por tanto, que ser un conocimiento actual, lo que planteaba especiales dificultades de prueba en el proceso penal y hacía surgir en la praxis el temor a su alegación frecuente por las defensas de los acusados. Mientras que si el conocimiento de la antijuridicidad se consideraba un elemento autónomo de la culpabilidad, independiente del concepto de dolo, era más susceptible de un tratamiento valorativo, lo que en la práctica equivaldría a que se considerara suficiente con su «cognoscibilidad», es decir, con la posibilidad de su conocimiento, sin requerir la

---

Merkel, *Derecho penal,* traducción del alemán de P. Dorado, Madrid s/f, págs. 98 y ss.). La idea fue desarrollada posteriormente por algunos autores en los años veinte (Sauer, Hirschberg, Paul Merkel, etc.), pero no tuvo acogida hasta después de 1945, gracias sobre todo a su acogida y desarrollo en la teoría final de la acción de Hans Welzel (de este autor vease, por ejemplo, *El nuevo sistema de Derecho penal* citado en nota 20, págs. 112 y ss.).

[64] Sobre la evolución del Reichsgericht en esta materia, véase el trabajo de Kühnl, *Die Unterscheidung von vorsatzausschliessenden und nichtvorsatzausschliessenden Irrtum,* 1987, págs. 361 y ss. Sobre la jurisprudencia del Reichsgericht hasta los años 30 informa Mezger, *Tratado* citado en nota 12, tomo II, pág. 159 y ss. Sobre la evolución posterior, Maurach, *Tratado* citado en nota 19, 11, págs. 132 y ss.

prueba del conocimiento mismo. A ello se añadía que la teoría del dolo, al transformar el error vencible en un delito culposo o imprudente, producía lagunas de punibilidad, ya que esta forma de imputación del delito sólo es punible, en un sistema de «numerus clausus», en algunos casos. Sin embargo, la teoría de la culpabilidad, al transformar el error vencible sobre la antijuricidad en una causa de atenuación del pena, deja subsistente la imputación por el delito doloso cometido. No es, por tanto, extraño que, mientras que en la doctrina fue dominante la teoría del dolo, la jurisprudencia no tuviera el menor interés en acoger sus postulados[65]; y que sólo a partir de la teoría de la culpabilidad, desarrollada sobre el concepto final de acción por Hans Welzel en los años 30, fuera acogida, primero en la Sentencia del Bundesgerichtshof de 18 de marzo de 1952, y, luego, introducida en el StGB en 1969, constituyendo el actual parágrafo 17, si bien con una atenuación meramente facultativa para el Tribunal en caso de error de prohibición vencible[66]. En el Código penal español, la regulación del problema en el párrafo 3 del artículo 6 bis a, tras la reforma de 1983, es muy similar a la alemana, si bien la atenuación en caso de error vencible es muy cualificada y obligatoria para el Tribunal que así lo aprecie[67].

Sorprende, sin embargo, que un avance tan importante fuera más producto de discusiones doctrinales dogmáticas que de una decisión político-criminal consciente en favor de una democratización del Derecho penal, por la que se concedía una mayor relevancia a los «prejuicios jurídicos» del ciudadano frente al imponente poder punitivo del Estado[68]. Pero, como señala Achenbach, es muy característico de la Dogmática jurídico-penal de la República de Weimar prescindir de toda fundamentación de sus posiciones basándolas en la Revolución de 1918 o en la propia Constitución de 11 de agosto de 1919:

---

[65] Maurach, Tratado citado en nota 19, II, pág. 134.

[66] Dice el parágrafo 17 del actual Código penal alemán: «Si falta en el autor en el momento de la comisión del hecho el conocimiento de que está realizando un injusto, quedará exento de culpabilidad, si no podía evitar ese error. Si el autor podía evitar ese error, la pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el parágrafo 49, párrafo 1.º». Una disposición similar se recogía ya en el Proyecto de 1930. Sin embargo, el Proyecto de Radbruch en su pfo. 13 acogía la teoría del dolo.

[67] El pfo. 3 del art. 6 bis a) del Código penal español dice: «La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el artículo 66», es decir, la atenuación muy cualificada, la rebaja de la pena prevista para el delito en uno o dos grados, que es el régimen penal que se sigue en caso de existencia de una eximente, causa de justificación o inculpabilidad, incompleta. Para más detalles, véase Muñoz Conde, *El error en Derecho penal,* Valencia, 1989.

[68] Así lo entiende Hassemer, *Fundamentos del derecho penal,* traducción de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde, Barcelona, 1984, pág. 120.

> «El cambio de la situación del ciudadano individual en el Estado republicano democrático y la introducción de los derechos fundamentales no fueron concebidos como una llamada para revisar las concepciones tradicionales de la idea de culpabilidad y su acogida jurídica. Nunca se planteó que la pena como intervención en la libertad personal o en la propiedad y con ella la culpabilidad como uno de sus reguladores esenciales también tiene un aspecto jurídico-constitucional. La tradición filosófica de la Ciencia del Derecho penal había ya troquelado la relación de las teorías de la Parte General y especialmente la teoría de la culpabilidad del Código penal en la conciencia de la Ciencia del Derecho penal hasta el punto de quedar excluida completamente la vinculación de este complejo con las muchas veces poco querida Constitución republicana»[69].

Ciertamente, la elaboración de conceptos dogmáticos trascendentes, plenos de contenido filosófico, más allá de los márgenes que permitían las normas legales positivas, podría entenderse como un abandono del positivismo jurídico, característico del período inmediatamente anterior a la República de Weimar[70]; pero, curiosamente, este abandono del positivismo podía tener también una lectura estrictamente política. Como dice Kühnl[71]:

> «Este tipo de teorías en las que las «normas de rango superior» pueden ser inferidas de la esencia del hombre, de la esencia de la comunidad o de la voluntad divina, son susceptibles de adaptarse a cualquier tipo de contenido. Por ejemplo, en la época de la Ilustración y de la revolución burguesa tenían un contenido de carácter progresista que hacía referencia a los derechos humanos universales frente al sistema absolutista imperante. Sin embargo, en la República de Weimar fueron elaboradas por la derecha para limitar la vigencia de las leyes aprobadas por el Parlamento y para, de este modo, librar en lo posible al poder ejecutivo del control democrático».

---

[69] Achenbach, ob. citada en nota 49, pág. 135.

[70] Véase mi Introducción citada en nota 4, pág. 104 y ss. También Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar*, Madrid, 1989.

[71] Kühnl, ob. citada en nota 41, pág. 141.

Sería, sin duda, exagerado atribuir este significado político coyuntural al concepto de culpabilidad elaborado por la Dogmática jurídico-penal alemana en los años veinte, aunque no deja de ser paradójico que su rica elaboración prácticamente cesara con el advenimiento del régimen nazi[72], dejando su lugar a otro tipo de elucubraciones más afines con el nuevo régimen político[73].

En todo caso, no se puede discutir que el concepto de culpabilidad, en sus líneas básicas y al margen de cuál fuera su fundamentación filosófica o política, fue una de las conquistas más importantes de la Dogmática jurídico-penal alemana de aquella época. Entendido como garantía y límite frente al poder punitivo del Estado se le considera hoy como uno de los principios fundamentales de un Derecho penal democrático y respetuoso con la dignidad humana[74]. Pero un sistema estrictamente dualista, como el que se forjó en la República de Weimar, en el que la pena limitada por la culpabilidad puede ser sustituida o complementada por una medida de seguridad de duración indeterminada fundamentada en un concepto tan vago y peligroso corno el de peligrosidad, traduce una concepción del Derecho penal muy vinculada a las tesis amigo-enemigo tan caras al Estado nacionalsocialista[75]: Un Derecho penal con todas sus garantías, basado y limitado por el principio de culpabilidad, para el delincuente ocasional, integrado en el sistema, aunque alguna vez se aparte de él; y un Derecho penal basado en la peligrosidad y sin ningún tipo de limitaciones, para el delincuente peligroso y especialmente para el delincuente habitual que con su comportamiento y su forma de conducción de vida (Lebensführungschuld) cuestiona las bases del sistema mismo.

Afortunadamente, este planteamiento dualista extremo va siendo poco a poco abandonado y sustituido por un sistema combinado de penas y medidas, en el que éstas pasan a ser limitadas, además de por el principio de proporcionalidad, por los mismos criterios de duración temporal que las penas, convirtiendo el límite máximo

---

[72] Véase Achenbach, ob. citada en nota 43, pág. 199, 203.

[73] Véase Schaffstein, «Rechtswidrigkeit und Schuld im neuen Strafrechtssystem», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft,* 57, 1937. págs. 295 y ss.

[74] Aunque se discute todavía tanto su fundamento como su contenido, no cabe duda de que entendido como exclusión de la responsabilidad puramente objetiva, o como exigencia de participación o responsabilidad subjetiva, goza de reconocimiento más allá de los márgenes estrictamente dogmáticos; véase Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal,* citado en nota 5, págs. 87 y ss.

[75] Tesis defendida en varios trabajos por uno de los más destacados representantes de la Filosofía del Estado más afín al nacionalsocialismo, Carl Schmitt; véase Marxen, *Der Kampf*, citado en nota 41.

de duración de las penas en el límite máximo de duración de la medida y computando el tiempo de duración de ésta en el de la pena, de la que incluso se puede prescindir si una vez cumplida la medida se ha conseguido eliminar la peligrosidad criminal que dio lugar a su aplicación (sistema vicarial)[76].

Este sistema vicarial no acaba, sin embargo, de imponerse para los delincuentes habituales, para los que por ejemplo el StGB sigue previendo el internamiento en custodia de seguridad (parágrafo 66, modificado, en sentido restrictivo, a partir del 1 de enero de 1985) y con una duración de diez años en el primer internamiento, pero indefinida en los demás, limitando su aplicación, por lo demás bien escasa[77], al delincuente «por tendencia» (Hangverbrecher), nuevo concepto que viene a sustituir el antiguo de reincidente o habitual.

En el Código penal español se sigue, en cambio, manteniendo la agravante de reincidencia (art. 10, 15.ª), a pesar de las reservas que se han formulado contra ella desde el punto de vista de su constitucionalidad[78], y en algunos delitos (aborto, receptación) se le da un tratamiento específico al delincuente habitual, excluyéndose a los reincidentes del beneficio de la condena condicional (art. 93, l), prolongando el art. 118, 4.º los plazos para la cancelación de antecedentes penales en los supuestos de reincidencia en un cincuenta por ciento. Pero desde el punto de vista de las medidas de seguridad, no se prevé ninguna reacción especial ni en el Código penal vigente, ni en el Proyecto de 1992 (1994), renunciándose a cualquier tipo de terapia social como proponía, en cambio, la Propuesta de Anteproyecto de 1983 (art. 100)[79], y el antiguo parágrafo 65 StGB hasta que fue definitivamente derogado en 1985[80].

La renuncia o supresión de la medida de internamiento en centro de terapia social demuestra el escepticismo con el que se miran hoy los programas de tratamiento, pero también las críticas realizadas

---

[76] Véase Muñoz Conde, *Derecho penal y control social,* Jerez, 1985, pág. 71 y ss. (hay versión parcial de esta obra al alemán, publicada en dos artículos: «Monismus und Dualismus im spanischen Strafrecht», en *Goltdammers Archiv,* 1984; y «Vorschlag eines neuen Massregelsystems», en Hassemer (edit.) *Strafrechtspolitik,* Frankfurt a. M., 1987).

[77] Sobre la actual regulación del internamiento de seguridad en el Derecho penal alemán, véase Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts,* 4.ª ed., 1988, págs. 733 y ss. Según este autor, en 1967 todavía había unos 200 condenados a esta medida, en el año 1970 todavía 110, en 1985 sólo 39, y el número total de los sometidos a esta medida al 31-3-1986 era sólo de 24 (pág. 734).

[78] Véase STC 150/1991, de 4 de julio. Al respecto, Zugaldía Espinar, «Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia», en *Poder Judicial,* 13, 1989.

[79] Véase Muñoz Conde, ob. citada en nota 76, pág. 79 y ss.

[80] Sobre su regulación hasta su derogación en 1985 informa Jescheck, Tratado citado en nota 1, pag. 1.123.

contra el concepto mismo de resocialización y la imposibilidad de su realización, cualquiera que sea el contenido que se le dé, en unas prisiones cada vez más hacinadas y en peor estado[81]. Por otro lado, el reforzamiento de las garantías del ciudadano frente al poder punitivo del Estado, tanto en el ámbito de las penas como en el de las medidas, de lo que pueden ser una buena prueba los Proyectos españoles de 1992 y 1994, que siguen en esta materia la línea ya marcada por la Propuesta de 1983[82], y la consecuente atenuación del contraste culpabilidad-peligrosidad[83], que sirvió de base al sistema dualista puro[84], han determinado un cambio de imagen del tradicional marco auspiciado por los Proyectos de Código penal de la República de Weimar y la reforma nacionalsocialista de 1933.

Afortunadamente, las actuales tendencias de la Ciencia alemana del Derecho penal procuran superar la perniciosa esquizofrenia metodológica en que incurrió durante el período de la República de Weimar, introduciendo la Política criminal en el tratamiento dogmático y sistemático de los problemas jurídico-penales[85], u orientando

---

[81] Ya en 1979 me pronuncié contra una aceptación acrítica del concepto de resocialización y de las posibilidades de su consecución en los actuales establecimientos penitenciarios (véase Muñoz Conde, «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», en *Cuadernos de Política criminal,* 1979, luego recogido, con algunas matizaciones ya hechas en posteriores trabajos sobre el tema, en *Derecho penal y control social,* citado en nota 76). Actualmente parece bastante extendido este escepticismo frente al concepto de resocialización, que por cierto tiene uno de sus orígenes en el Proyecto de Radbruch citado en nota 28, quien en la pág. 55 habla de una Ley penitenciaria basada en el sistema progresivo y en la idea de mejora (Besserung), que dio lugar a los Principios del Reichsrat de 1927 que hacía de la prevención de la reincidencia la meta principal del sistema penitenciario (parágrafo 48) y del sistema progresivo o gradual (parágrafos 130, 131) un medio esencial para la realización de la idea de educación. Sobre el pensamiento de Radbruch en esta materia, véase la Introducción de E. Schmidt al Proyecto de Radbruch citado en nota 28, pág. XIII: «Las reservas que tiene el Proyecto de Radbruch en relación con la pena privativa de libertad, están dictadas por la idea de resocialización».

[82] Véase Muñoz Conde, ob. citadas en nota 76.

[83] Véase Hassemer, *Fundamentos* citado en nota 68, pág. 298: «Ante la evolución alcanzada hoy en el sistema de ejecución de las penas y medidas, la gran tarea jurídico-constitucional y político-criminal no consiste en reactivar el contraste entre culpabilidad y peligrosidad, sino en el desarrollo de instrumentos que, por un lado, determinen que se imponga al delincuente una consecuencia jurídico-penal que sea una respuesta lo más precisa posible a su hecho y a su personalidad y que, por otro lado, garanticen que el delincuente, tanto en el ámbito de las medidas como en el de las penas, quede protegido en sus derechos ante intervenciones desproporcionadas. Ante esta tarea la distinción entre penas y medidas es de importancia secundaria».

[84] Véase, por ejemplo, Maurach, *Tratado* citado en nota 19, tomo I, págs. 58 y ss.

[85] Véase, por ejemplo, Roxin, *Sistema del Derecho penal y política criminal,* traducción e introducción de Muñoz Conde, Barcelona, 1972.

el sistema penal *out put*, hacia las consecuencias preventivas que se pretenden alcanzar con él[86]. Naturalmente, tampoco estas tendencias están exentas de incurrir en exageraciones funcionalistas de las que ya hay más de un ejemplo en el momento presente[87], justificando el Derecho penal por sus efectos, sin cuestionar el sistema social, político o económico que le sirve de base. Pero éste y otros riesgos semejantes no sólo acechan a la actividad jurídico-penal, sino a cualquier otra actividad intelectual, jurídica o extrajurídica. Pero si de algo se puede acusar globalmente a los penalistas alemanes de la época de la República de Weimar, valoraciones ideológicas aparte, es de haber sido demasiado consecuentes con los postulados puramente dogmáticos de los que partían, cultivando la Dogmática jurídico-penal *l'art pour l'art*, alejándose bastante de la realidad política, social y económica que les tocó vivir, y dejando, en cierto modo, con sus exquisiteces y elucubraciones teóricas, la puerta abierta a la terrible bestia del fascismo, al que no quisieron o no supieron ver como el verdadero enemigo de la dignidad humana.

Ojalá los tiempos hayan cambiado y los penalistas de ahora estemos más preparados, si no para evitar, sí, por lo menos, para identificar los verdaderos peligros que acechan a una configuración pacífica y democrática de la convivencia social, con la manipulación ilimitada del arma más terrible de que dispone el Ordenamiento jurídico estatal: el Derecho penal. Para que no pase lo que ya Gustav Radbruch denunció con especial clarividencia en 1926:

> «Con demasiada frecuencia, tanto antes de la guerra, como durante ella, el profesor se había convertido en una especie de trompeta convencida de que era ella quien tocaba, ignorando que eran otros quienes soplaban... Con el caudillismo y su parafernalia, las Universidades fueron arrastradas por el espíritu de la época, pero con frecuencia fueron ellas quienes arrastraron a su vez al resto de la sociedad hacia aquel espíritu»[88].

---

[86] Véase Hassemer, Fundamentos citado en nota 68, pág. 35; Hassemer/Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia, 1989, págs. 15 y ss.

[87] En esta línea se mueve el Tratado de Jakobs, citado en nota 60, que está ejerciendo una gran influencia tanto en la Ciencia alemana como en la española del Derecho penal; véase, por ejemplo, Schünemann (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, introducción, traducción y notas de Silva Sánchez, 1984. Véase también, Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, págs. 67 y ss. Críticamente: Muñoz Conde, *Derecho penal*, citado en nota 76, págs. 26 y 112 ss.

[88] Citado por Kühnl, ob. citada nota 41, pág. 148.

RECUERDO DE RENATO TREVES

A Elías Díaz y a mí nos fue encomendada la tarea de dictar las dos ponencias inaugurales del Congreso Internacional sobre Derecho, Sociedad y Libertad, *en Milán el 13 de octubre de 1994, en memoria de Renato Treves. Me alegra mucho que el texto de mi discurso sea recogido ahora en el volumen de escritos en honor del amigo Elías, como testimonio de una larga y afectuosa amistad que nos ha unido a él, a Renato y a mí en un solo lazo. No puedo olvidar la deuda que nosotros, los dos viejos amigos turineses, tenemos con el más joven Elías por habernos iniciado en el conocimiento de la España libre durante el régimen de Franco.*

Estamos aquí reunidos para recordar a Renato Treves, para muchos, los más jóvenes, un profesor que ha enseñado durante años en esta universidad; para muchos otros, un hombre de estudio que ha dedicado gran parte de la propia vida, con una pasión intelectual ininterrumpida, a la investigación en los distintos campos de la filosofía, de la sociología y del derecho, para otros un colega y un compañero de ideales; para mí, en fin, un amigo de toda la vida.

Renato, permitidme llamarlo con esta confianza, en su larga existencia (nacido en 1907, murió en 1993 a los ochenta y cinco años) atravesó, casi de principio a fin, este siglo ensangrentado -y que todavía sangra- por guerras terribles cuya violencia destructiva no tiene precedentes en la historia; trastornado por la gran ilusión de una revolución liberadora y por feroces reacciones contra ella; el siglo del final de los grandes imperios europeos y de la aparición por primera vez en la historia de campos de exterminio en los cuales fueron asesinados millones de sus hermanos. Lo atravesó bien consciente de esos horrores, pero sin perder la fe firme en que podía ser rescatado por los hombres libres y justos, que no deben ceder nunca a la tentación de abandonar el campo, no sólo celebrando verbalmente,

sino practicando de hecho el principio de la tolerancia, sin traicionar nunca, ni siquiera en las horas más tempestuosas, la «misión del docto», como lo demuestra ejemplarmente la continuidad y la regularidad de sus escritos a lo largo de sesenta años, interrumpidos por el decenio del exilio argentino, serenamente, pues conoció, sí, el tormento de la duda interior, pero no se dejó paralizar por ella sino que, al contrario, encontró nuevos estímulos para corregirse y continuar caminando más allá.

Las obras académicas y de enseñanza que recubren los dos campos contiguos de la filosofía del derecho y de la sociología jurídica -el primero de los cuales desemboca poco a poco íntegramente en el otro-, se alternan con escritos de historia de la cultura, reflexiones sobre nuestro tiempo, testimonios y profesiones de fe. Unos y otros encuentran su culminación en la obra apasionadamente anhelada y largamente meditada, de la cual todos los escritos precedentes pueden ser considerados una larga preparación: el tratado de sociología del derecho. De él han aparecido varias ediciones: la primera en 1977, la segunda en 1980, la tercera, revisada y puesta al día en 1987 con el título cambiado del original *Introduzione alla sociologia del diritto* al nuevo de *Sociologia del diritto,* y el subtítulo de recapitulación *Origini, ricerche, problemi,* en 1988, después de seis reimpresiones y reaparecido en la Piccola Biblioteca Einaudi en el año 1993, el mismo año de su muerte[1]. Obra de conclusión porque es al mismo tiempo una obra de historia, de teoría, de investigación y -no por casualidad, sino intencionadamente, en la última parte dedicada al fin del derecho- de reflexión sobre la crisis de nuestro tiempo, en particular sobre la crisis del Estado social, y a la vez también una obra de perspectiva ideal.

A través de la lectura de autores que le eran queridos, entre los cuales sobresalen Hans Kelsen en el terreno más específico de la filosofía del derecho y Ortega en el terreno más amplio de la filosofía de la cultura, declara una vez más su confianza en el socialismo liberal, del cual ve como protagonista en Italia a Carlo Rosselli, y en España, su segunda patria, a Fernando de los Ríos. La obra, que es originalmente un texto de enseñanza y como tal ha sido utilizado durante todos estos años en muchas de nuestras universidades, termina con una llamada, traída de otro de sus autores, Theodor Geiger, a la función civil de los intelectuales.

---

[1] Nota del t.: En español el tratado de sociología del derecho ha sido editado en dos versiones: *Introducción a la sociología del derecho.* Traducción y nota preliminar de Manuel Atienza. Madrid: Taurus, 1978; y *La sociología del derecho. Orígenes, investigaciones y problemas.* Nota preliminar de Manuel Atienza: traducción de Manuel Atienza, María José Añón y Juan Antonio Pérez Lledó. Barcelona: Ariel, 1988.

Las obras académicas a través de las cuales da comienzo su carrera universitaria, violenta e inicuamente truncada por las leyes raciales cuando estaba a punto de superar el concurso, pertenecen en gran parte a los primeros años. Las obras testimoniales y de compromiso militante pertenecen al segundo periodo, que se puede dar por comenzado a partir de la ruptura con el pasado provocada por el exilio forzoso. Él mismo recordó muchas veces la importancia que tuvo el exilio; importancia había tenido el decenio argentino, durante el cual enseñó sociología en la nueva universidad de Tucumán. Al menos por dos razones: ante todo, porque tuvo que preparar un nuevo campo de estudios que le proporcionó las bases culturales necesarias para dar el paso decisivo y definitivo de la filosofía del derecho a la sociología jurídica. Campo relativamente nuevo, porque el tema de su tesis de licenciatura [*tesi di laurea*] había sido la recepción del saintsimonismo en Italia, y Saint Simón reaparecerá en su obra culminante entre los fundadores de la sociología. Leo en la primera carta que recibí de él desde Tucumán, fechada el 22 de febrero de 1939: «Yo aquí, como te puedes imaginar, he tenido que volver a comenzar desde el principio», pero inmediatamente después añade: «Por suerte estoy dotado de una cierta testarudez que me podrá servir de ayuda». En segundo lugar, porque, liberado del clima culturalmente plúmbeo del régimen, en el cual toda manifestación libre del pensamiento era hostigada, se encontró de pronto en un mundo más libre, donde habían encontrado refugio no sólo exiliados italianos -baste recordar a Rodolfo Mondolfo, con el cual estrechó una devota y afectuosa amistad-, sino también ilustres exiliados de la guerra civil española. En este nuevo ambiente pudo abordar temas prohibidos en Italia, como la filosofía crociana de la libertad, el pensamiento político de Gobetti o la introducción a la traducción de la obra más conocida de Gioele Solari, nuestro común maestro, *Filosofia del diritto privato*. Nunca más fue obligado a reprimir las ideas que lo habían inspirado en los años de su formación turinesa a través de la amistad de jóvenes antifascistas, como Aldo Garosci -uno de los primeros de nuestra generación en exiliarse en París, donde se convirtió en uno de los colaboradores más estrechos de Carlo Rosselli- y de Umbero Segre, cuya obra y actividad evocó en 1979 en la introducción a la recopilación de sus escritos políticos, que apareció con el título de *Verità e politica, verità della politica*. En la introducción a la recopilación de escritos que tituló *Libertà politica e verità* (1962), habla con ardor, casi conmovido, de los encuentros en Argentina entre los emigrados por motivos raciales y los exiliados de la guerra civil de España. Entre otras cosas, escribe: «Nos acercaba una recíproca simpatía debida a la comunidad de ideas y de tendencias y el recuerdo de los vínculos que sobre el terreno práctico de la acción política habían

unido a los italianos y a los españoles durante todo el siglo pasado, primero en la lucha por la libertad y la democracia, y después por la emancipación de la clase obrera.»

Nuestro muy querido maestro, Gioele Solari, había sido perentorio. El que pretendiera continuar sus estudios debía abrevar en las fuentes del pensamiento alemán. Por aquel entonces las nuevas corrientes de filosofía del derecho tras la crisis del positivismo eran bien neokantianas bien neohegelianas. Así fue como Renato y yo, junto a Ludovico Geymonat, nos encontramos en el verano de 1932 en Marburgo para asistir a un curso veraniego de alemán. Marburgo, por si alguien no lo supiera, daba el nombre a la corriente de filosofía neokantiana fundada por Hermann Cohen, considerado, con razón o sin ella, como uno de los inspiradores del jurista que era ya entonces, y aún iba a serlo todavía mucho más en los años sucesivos, uno de los protagonistas de la escena internacional de nuestros estudios: Hans Kelsen. Durante este mismo viaje a Alemania, Treves había hecho una escala en Colonia, donde Kelsen enseñaba antes de ser forzado a emigrar a Suiza tras la llegada de Hitler al poder. Este encuentro fue decisivo no sólo para la orientación de sus estudios, pues de él nació al año siguiente el amplio ensayo *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto* -donde por «fundamento filosófico» entendía precisamente la filosofía de Cohen-, ensayo que puede ser considerado como el inicio del extraordinario éxito de la teoría pura del derecho en Italia, el inicio de lo que ha sido llamado el kelsenismo italiano; sino también porque el mismo Kelsen le confió la traducción de la primera síntesis de su teoría, que apareció en el mismo año en el *Archivio Giuridico* y precedía en un año a la primera exposición completa de la *Reine Rechtslehre,* que Treves mismo traduciría muchos años más tarde. Cuando Kelsen recibió la traducción le escribió una larga carta en la cual aclara sus presupuestos filosóficos: publicada sólo recientemente, debe considerarse como una fuente original para la interpretación auténtica del pensamiento kelseniano.

Su primer libro, recientemente reimprimido, nació en el año 1934 también como fruto del encuentro con Kelsen. El título era un poco sibilino: *Il diritto come relazione.* Sibilino, digo, porque no estaba claro desde el principio si el término «relación» se refería al derecho entendido en un sentido tradicional -y no habría sido ninguna novedad- como relación intersubjetiva y bilateral, o bien a la norma jurídica tal y como era entendida por Kelsen -y ésta sí era una solución original-, como relación entre un presupuesto (el acto ilícito) y una consecuencia jurídica (la sanción). En realidad, el último capítulo está dedicado a la teoría pura del derecho y al concepto de deber ser como característica de la relación normativa. No se le

escape, sin embargo, al lector actual, a quien la discusión sobre la lógica universal del derecho a través de la cual el neokantismo reaccionaba frente al positivismo sin querer caer en el iusnaturalismo podría parecerle demasiado enrarecida, que al final de su investigación Treves mostraba su insatisfacción por el excesivo formalismo, que llevaba hacia un vaciado de contenido tal que desatendía, por considerarlos irrelevantes, muchos de los problemas más vitales de la ciencia jurídica hasta suscitar un «legítimo resentimiento entre los juristas». Era como decir que las corrientes formalistas merecían ser estudiadas como un punto de partida tras el positivismo, pero que no podían ser consideradas también un punto de llegada.

En efecto, con esta reflexión crítica puso las premisas para proseguir sus estudios más allá de las corrientes formalistas. En el prefacio al siguiente libro, que apareció en 1938, *Il problema dell'esperienza giuridica e la filosofia dell'immanenza di G.Schuppe,* recuperando el hilo interrumpido del estudio precedente y reafirmó que a través de la reducción del derecho a una mera relación Kelsen mutila su realidad y termina por provocar esa reacción antiformalista, de la cual se habían convertido en intérpretes los idealistas italianos, y descendiendo desde el cielo de la filosofía al mundo concreto de los hechos que han de ser indagados con un método científico, los sociólogos.

En un artículo poco conocido, reimprimido recientemente y en parte autobiográfico, *«Dall' idealismo storicistico alla sociologia del diritto»* (1957), explica qué distintas habían sido sus lecturas del ensayo de Max Ascoli sobre interpretación, primero cuando lo leyó en el momento de su publicación, en 1928, en los años en los cuales la filosofía dominante en Italia era todavía el idealismo historicista y, en un segundo momento, algunos años más tarde cuando en Argentina escribió el prefacio para su traducción al castellano. La primera lectura le había instruido sobre las posiciones antiformalistas que Ascoli combatía tomando como punto de referencia a las teorías elaboradas por los idealistas, en particular por el propio Croce, que sostenía la tesis de la naturaleza creadora de la interpretación jurídica. La segunda lectura, realizada después de que la enseñanza de la sociología le hubiera convencido de la necesidad de revisar la posición precedente y de «entender la experiencia jurídica esencialmente como una experiencia cultural que ha de ser estudiada y profundizada con los instrumentos de la sociología», le condujo a presentar el libro como un análisis de la experiencia jurídica «que traduce continuamente los hechos de la vida en normas». A través de este testimonio personal había querido demostrar que, contrariamente a una opinión enraizadísima entre los sociólogos, el interés por la sociología del derecho podía nacer del historicismo idealista: no obstante,

esa derivación únicamente se refiere a la batalla común contra el formalismo, porque los idealistas no se plantearon el problema de convertir en operativos sus presupuestos teóricos, sino que se limitaron «a juguetear con las fórmulas mágicas de lo abstracto o de lo concreto» (juicio crítico que se refiere, por otro lado, al actualismo [el idealismo de Giovanni Gentile]).

El derecho «como experiencia cultural». La primera fase de su pensamiento, que continúa y profundiza la reacción contra el formalismo, se concluye con el libro *Diritto e cultura*, aparecido primero en lengua española durante su estancia en Argentina, publicado también en Italia a su regreso, en 1947[2]. También este título requiere una breve explicación, pero para ello es preciso acudir a las corrientes filosóficas en las que Treves encontró la inspiración con la que colmar el vacío del análisis puramente formal del derecho, comenzando por Dilthey, quien contra la reducción de todas las ciencias en las ciencias naturales propias del positivismo, había devuelto el honor a la distinción entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu o de la cultura. En las últimas páginas Treves afirma que el derecho debe ser explicado a través de los elementos comunes que lo conectan a los otros fenómenos de la vida cultural, y añade que tal era la enseñanza aprendida del estudio de la sociología, en particular, de la sociología del conocimiento.

De ahora en adelante la consideración del derecho como experiencia cultural y el estudio de la sociología del derecho irán de la mano. En cierto sentido, la primera es el presupuesto filosófico de la segunda. Cualquiera que ojee los cursos de filosofía del derecho desarrollados en esta universidad desde 1948 en adelante, de los cuales han salido varias ediciones revisadas y ampliadas sucesivamente, se dará cuenta de que la filosofía de la cultura ocupa el lugar central del programa de enseñanza y de que desarrolla la función de marco teórico dentro del cual se sitúa el interés creciente por la sociología del derecho.

Desde entonces Treves se convierte en uno de los protagonistas del renacimiento de la sociología en Italia y, por lo que respecta a la sociología del derecho, en el pionero. Cuando en 1957 se funda la Associazione Italiana di Sociologia, es nombrado su presidente y desarrolla, en calidad de tal, la ponencia inaugural del primer Congreso Nacional de Sociología en el mismo año. Ya en 1948 había sido uno de los fundadores del Centro di Difesa e Prevenzione Sociale, en cuyas múltiples iniciativas participó en seguida activamente en colaboración amistosa con el secretario general, Beria

[2] Nota del t.: La versión en español, la primera en aparecer, fue la siguiente: *Derecho y cultura.* Buenos Aires: Editorial Depalma, 1947.

d'Argentine. Dirige investigaciones y convenios de los que nacen varios volúmenes, como *La sociologia nel contesto sociale* (1959), y *Giuristi e giudici nella società italiana* (1972)[3]. Él mismo remite el nacimiento de la sociología del derecho a 1965, cuando la primera revista italiana de sociología, *Quaderni di Sociologia*, publica un número especial dedicado a esta disciplina con el que se proponía dar a conocer la obra de algunos miembros del Comité de Investigaciones Sociológico Jurídicas, fundado en Washington en 1962, que había nacido en el interior de la Asociación Internacional de Sociología. Hasta 1974, Treves fue el presidente de este comité.

Entre el nacimiento de la Associazione Italiana di Sociologia (1957) y la primera edición del tratado de sociología del derecho (1977) transcurren veinte años de contribuciones esenciales al desarrollo y a la difusión de esta disciplina en Italia. Me limito a recordar los dos volúmenes de escritos de varios autores sobre su estado en el mundo: *La sociologia del diritto. Problemi e ricerche* (1966) y el que le sucedió, *Nuovi sviluppi della sociologia del diritto* (1968). En el año 1974 funda la revista *Sociologia del Diritto*, que cumple hoy veinte años: punto de referencia y de irradiación de los estudios sociológicos en Italia, ha sido también un lugar de encuentro con los estudiosos y las investigaciones de otros países. En el primer número Treves tuvo la feliz idea de proponer algunas preguntas sobre la naturaleza y los fines de la disciplina: el vivaz debate que surgió de ahí entre juristas y sociólogos sobre los presupuestos teóricos de una actividad que precisa de la colaboración de unos y otros puede ser considerado como el bautismo de la disciplina.

A esta colaboración le ha proporcionado una contribución teórica fundamental su obra culminante, el ya mencionado tratado de sociología del derecho, cuyo desarrollo y perfeccionamiento se despliegan a lo largo de un decenio de replanteamientos, enriquecimientos y aclaraciones. El esquema teórico general sobre el que se construye la obra y sobre el que se distribuye la materia está basado en la distinción entre el estudio del derecho en la sociedad, que se propone reconocer cuál es el lugar que ocupa el derecho entre los fenómenos sociales -tema que tiene sus presupuestos, como ha quedado dicho, en la filosofía de la cultura- y el estudio de la sociedad en el derecho, que se ocupa de la realización de las normas, problema bien conocido por los juristas como la relación entre validez formal y eficacia. Conforme a esta distinción, la sociología del derecho presenta

[3] Nota del t.: hay traducción al español con el título de *El juez y la sociedad. Una investigación sociológica sobre la administración de justicia en Italia.* Escrito preliminar de Elías Díaz; traducción de Francisco Laporta y Ángel Zaragoza; revisada y anotada por Luis Mosquera. Madrid Edicusa, 1974.

dos caras, ambas necesarias para comprender su compleja naturaleza: la cara que mira hacia el conocimiento de lo que precede a la producción de normas y la cara que mira hacia lo que la sucede. En otras palabras, el momento en el que el derecho como conjunto de reglas asciende desde la sociedad debe ser distinguido del momento en el cual desciende a la sociedad para regularla. La primera cara es aquélla cuyo conocimiento atañe a los sociólogos, la segunda es aquélla cuyo conocimiento atañe a los juristas. A través de la sociología del derecho, sociólogos y juristas son llamados a colaborar en una empresa común, que precisa de las competencias específicas de unos y otros. De este modo, la sociología del derecho se convierte en un lugar de encuentro obligado entre estudiosos de la sociedad y estudiosos del derecho.

La misma distinción entre la sociedad en el derecho y el derecho en la sociedad tiene una función discriminadora en la parte histórica de la obra, en la cual aparece diáfana la distinción entre la contribución aportada a la disciplina por los sociólogos, Comte, Spencer, Tönies, y la aportada por los juristas, Ehrilch, Gèny, Duguit, Pound. El entrecruzamiento de las dos perspectivas emerge todavía con mayor claridad en las obras de los autores que Treves considera los fundadores de la sociología del derecho: Max Weber, Georges Gurvitch, Theodor Geiger.

La obra termina con un último capítulo sobre el fin del derecho que constituye, junto con la parte histórica, la teórica, la metodológica y la informativa, una parte que no dudo en calificar de propositiva. Aparece de nuevo, casi como una conclusión, el ideal del socialismo liberal que procede filosóficamente desde el relativismo de Kelsen hasta el prospectivismo de Ortega.

El círculo se cierra. El final se abraza con el principio. Vuelven a aparecer los ideales de juventud nunca desmentidos, guardados entre unos pocos amigos en los años de formación turinesa y profesados públicamente durante el exilio argentino. De esta estancia merece ser recordado al menos el hermoso librito, no conocido porque no ha sido nunca traducido al italiano, sobre Benedetto Croce, filósofo de la libertad, aparecido en Buenos Aires en 1944. El propósito del libro era dar a conocer en la tierra del exilio, entre los prófugos del fascismo italiano y del franquismo, la existencia y la resistencia en la propia patria de una cultura no sometida. Además, desentierra un episodio mínimo que no hay que dejar caer en el olvido a propósito de las leyes raciales italianas, de las cuales habla desde la distancia del historiador. En 1938, año en el que fueron emanandas estas leyes, Croce había escrito en un breve inciso que en Alemania «todo se hincha como científico, y ahora es científico el racismo, es decir, una de las fabulaciones más pasionales y políticas que jamás hayan aparecido en el mundo».

A pesar de la continuidad y la seriedad de su trabajo científico, nunca olvidó el compromiso civil. Además del volumen ya mencionado, *Libertà politica e verità*, publicó otras dos recopilaciones de ensayos, *Spirito critico e spirito dogmatico*, anterior a él (1954) y *Sociologia e socialismo*[4], posterior, en los cuales recoge escritos sobre temas de cultura y de política y testimonios personales sobre sus maestros y amigos. Póstumo apareció el prefacio al libro de Paolo Bagnoli sobre el socialismo liberal, en el cual reafirmó, con la pasión de siempre y sin ocultar su nostalgia, sus antiguos ideales.

Renato era un perenne dubitativo, pero dirigía la duda crítica sobre todo hacia sí mismo. Tenía generalmente una confianza generosa en los demás. Nunca estaba satisfecho de sí mismo. Él también pertenecía al grupo, al que yo me honro en pertenecer, de los «eternos descontentos» [*«mai contenti»*]. Sus trabajos los hacía, los deshacía y los rehacía. A menudo me los enviaba antes de publicarlos y me preguntaba: «¿Qué te parece?». Al enviarme el escrito original de la introducción a la última redacción del tratado me escribe (24 de julio de 1987): «Revisando el libro para escribir esta introducción he advertido, como era previsible, muchos defectos: discutible la elección de los fundadores, insuficiente el análisis de muchas teorías». En una carta posterior (13 de diciembre de 1987), al enviarme una nueva redacción del mismo texto, se pregunta «si vale todavía la pena perder el tiempo con mi libro». Quién sabe si no tenía en mente a su Ortega, que se había preguntado: «¿Cómo va a luchar con otros el que vive en lucha consigo mismo? Los hombres que pelean con los demás son los fanáticos, es decir, los que están en paz consigo mismo. ¿Cómo va a tener humor de disputar con los demás el que a toda hora lo hace consigo mismo? Quien sabe que la íntima disputa es el ser auténtico del hombre no puede sentir un gran empeño en convencer a nadie de nada. [...] Es decir, los que no han pensado nada por sí son los que se afanan en convencer a los demás de muchas cosas»[5].

En las cartas del exilio, nunca un lamento, una recriminación, una invitación a ser compadecido. No hablaba de buena gana sobre la tragedia del pueblo hebreo. No recuerdo que hayamos hablado nunca sobre ello, a pesar de las muchas horas que hemos pasado juntos en nuestras casas, en los largos paseos por la montaña, en todos los congresos en los que nos tocó participar juntos. En un escrito

---

[4] Nota del t.: traducido al español por Luis C. Aparicio y Rafael de Asís: *Sociología del Derecho y socialismo liberal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

[5] Nota del t.: José Ortega y Gasset: *Revés de Almanaque,* en *Obras Completas*. Madrid: Revista de Occidente, 1946 (2ª edición, 1966), tomo II, p.737.

autobiográfico, después de haber hablado del último libro publicado por él en Italia antes del exilio, escribe: «Pero el destino quiso bien pronto que tuviera que tomar contacto con otras corrientes del pensamiento filosófico-jurídico». Dijo «el destino». Él sabía bien y nosotros sabemos bien que lo que le arrancó de los amigos y de su viejo padre no fue un destino misterioso e inescrutable, sino la maldad de los hombres. Y como también nosotros lo sabemos y no lo hemos olvidado, no dejaremos que lo olviden quienes están destinados a sobrevivirnos.

(Traducción de Luis Rodríguez Abascal)